



Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

División de Estudios de Posgrado

TESIS:

La violación al debido proceso como derecho fundamental del sentenciado, al dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia

Que sustenta el Licenciado Carlos Manuel Luna Romero
para obtener el grado de Maestro en Derecho

Director de tesis:

Maestro en Derecho
Humberto Urquiza Martínez

Morelia, Michoacán, Noviembre 2013.



DEDICATORIA

Dedico la presente tesis a mis padres que han sido pilar importante en mi formación profesional, que gracias a sus enseñanzas y consejos he logrado los objetivos que me he trazado, a mis abuelas y abuelos que Dios los tiene en su gloria, a mis hermanos que gracias a su apoyo y a esa competencia sana que existe entre hermanos preexiste el deseo de superación, así como a mi prometida Isabel López González, quien me ha enseñado a ser una persona más humana y sobre todo a valorar las cosas que nos da la vida.

Finalmente, agradezco a Dios por todo lo que me ha dado y permitirme estar vivo y disfrutar a los seres que tanto amo.

AGRADECIMIENTOS

A la Magistrada Dora Elia Herrejón Saucedo.

A quien le estoy enormemente agradecido por haber confiado en mi y brindarme la oportunidad de poder formar parte del Poder Judicial del Estado, además de brindarme sus conocimientos intelectuales y humanos que me han servido para ser mejor servidor público, y sobre todo por su apoyo incondicional en mi carrera judicial.

Al Licenciado Fidencio Calderón Zambrano.

Por ser un gran amigo y brindarme el apoyo necesario para poder desarrollar el presente trabajo de investigación, y sobre todo, por darme las facilidades para poder seguir preparándome.

A mi director de tesis Humberto Urquiza Martínez.

Quien me brindó sus conocimientos que me fueron de gran utilidad para la elaboración del presente trabajo de investigación y sobre todo por no hacer tan engorroso el proceso de revisión.

A mis revisores de tesis.

Sobre todo al Maestro en Derecho Carlos Escalera Montaña y al Doctor Ernesto Ramírez Ochoa, quienes compartieron

su conocimiento para el mejoramiento del presente trabajo de investigación.

ÍNDICE

Abstract	I
Resumen	III
Introducción	V

CAPÍTULO 1

(Fundamentos del derecho penal)

1.1. Concepto de derecho penal	1
1.1.1. Instrumentos de control social	5
1.1.2. Derecho procesal penal	8
1.2. La norma jurídica penal	10
1.2.1. Estructura de la norma penal	13
1.2.2. Concepto de delito	15
1.3. Concepto de bien jurídico	17
1.3.1. Ius puniendi	21
1.3.2. Principio de intervención mínima	24
1.4. Teoría de la pena	28
1.4.1. Teoría de la retribución	30

1.4.2. Teoría de la prevención especial	32
1.4.3. Teoría de la prevención general	35

CAPÍTULO 2

(Derechos fundamentales del sentenciado)

2.1. Derechos Fundamentales	38
2.1.1. Dignidad humana	42
2.1.2. El derecho penal y los derechos humanos	45
2.1.3 Características de los Derechos Fundamentales	49
2.1.4. México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	54
2.1.5. Armonización de los derechos humanos	57
2.2. Control difuso de Convencionalidad	61
2.2.1. El derecho a la libertad personal	63
2.2.2. La prohibición de la doble incriminación	68
2.3. El debido proceso	71
2.3.1. El debido proceso como derecho humano	74
2.3.2. El derecho penal como instrumento de tutela	76

CAPITULO 3

(Marco conceptual del daño)

3.1. Marco conceptual del daño	79
3.1.1. Concepto de daño	82

3.1.2. Concepto de perjuicio	83
3.1.3. Concepto de víctima	84
3.2. El daño material	87
3.2.1. Daño moral	88
3.2.3. Responsabilidad civil	90
3.2.4. Daño exigible a terceros	92
3.3. La reparación del daño como instrumento penal resocializador	94
3.3.1. Teoría del bien jurídico	99
3.3.2. El Estado como garante de la reparación del daño	105

CAPITULO 4

(Marco jurídico de la reparación del daño)

4.1. Análisis de la Jurisprudencia 145/2005, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	109
4.1.1. Legislación federal que tutela la reparación del daño	114
4.1.2. Instrumentos internacionales que tutelan el derecho de la víctima en el proceso penal	122
4.1.3. Código penal y procesal de Michoacán, así como el Código de Procedimientos Penales para el Sistema Penal Acusatorio del Estado de Michoacán	123
4.2. El principio de legalidad	129
4.2.1. Garantías judiciales del procesado	131
4.2.2. El fundamento y fin de la pena	140
4.3. El principio de coherencia y relación entre la acusación y la sentencia .	144
4.3.1. El principio de proporcionalidad de la pena	146
4.3.2. La relación entre los fines de la pena y la reparación del daño .	148
Propuesta	151

Conclusiones	152
Anexos	155
Glosario	179
Bibliografía	191

ABSTRACT.

This research will demonstrate that the criteria issued by the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation, in contradiction jurisprudence that takes the following caption: "Repairing the damage. Is it legal to impose conviction that although the amount can be set for implementation of this "is wrong because it violates the fundamental rights of those sentenced.

The application of this law has caused several problems of interpretation, since for corroboration, the Second Collegiate Court of the Eleventh Circuit, in October two thousand eight separate opinion issued by category: Switching of imprisonment for fine. When the decision granting such benefit reserve for the motion for execution to determine the amount of the order to pay compensation for damage shall be to grant the convicted then that within fifteen days to pay the fine substitute.

Following this approach, the order to pay for repairing the damage does not allows sentenced enjoy the benefit of custodial sanction imposed, being unable to meet one of the requirements of origin to enjoy it, therefore, will be to the incident when it can determine the amount of compensation and will be until that time may be granted that period and thereby obtain the right to enjoy freedom.

That is why, through research will show that the decision to stop paying the outstanding reparations for failure to enforce the judgment in the light of international instruments is a violation of fundamental rights of the condemned, specifically the due process to which every accused is entitled.

It is very important to note that the development of this work is analyzed in the light of international treaties on human rights, that after the amendment published in the Official Journal of the Federation on June 10, 2011, amending Constitutional Article 1 recognizes the human rights enshrined in the Constitution and international treaties to which the State is part Mexican.

In Acato to this reform, there must be a paradigm shift in how to solve for judges, for the recognition of human rights, those responsible for administering justice in all areas and at all levels (federal judges and common law), have the obligation to respect, protect and fulfill human rights, failure to do so within the scope of its powers could ever rise to liability for the Mexican State in the event of its failure.

RESUMEN.

El presente trabajo de investigación, demostrará que el criterio emitido por La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de la jurisprudencia que por contradicción lleva el siguiente rubro: *“Reparación del daño. Es legal la sentencia condenatoria que la impone aunque el monto correspondiente pueda fijarse en ejecución de ésta”*, es erróneo, ya que vulnera los derechos fundamentales de los sentenciados.

La aplicación de la citada jurisprudencia ha originado varios problemas de interpretación, ya que para corroborarlo, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, en octubre de dos mil ocho emitió la tesis aislada de rubro: *Conmutación de la pena de prisión por multa. Cuando la sentencia que concede dicho beneficio reserva para el incidente de ejecución determinar el monto de la condena al pago de la reparación del daño, será hasta entonces cuando conceda al sentenciado el plazo de quince días para que pague la multa sustitutiva.*

Atendiendo ese criterio, la condena al pago de la reparación del daño no permite al sentenciado disfrutar del beneficio de la sanción privativa de la libertad impuesta, al estar imposibilitado para satisfacer uno de los requisitos de procedencia para gozar de él; por tanto, será hasta el incidente cuando se pueda determinar el monto de la reparación y será hasta ese momento en que podrá concedérsele aquél plazo y así poder obtener el derecho a gozar de la libertad.

Es por ello que, por medio de la investigación se demostrará que la decisión de dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución

de sentencia, a la luz de los instrumentos internacionales es violatorio de los derechos fundamentales del sentenciado, en específico del debido proceso al que todo procesado tiene derecho.

Es de suma importancia, mencionar que el desarrollo del presente trabajo es analizado a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, que modifica el artículo 1º Constitucional reconoce los derechos humanos contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte.

En acato a dicha reforma, debe de existir un cambio de paradigma en la forma de resolver para los jueces, pues con el reconocimiento de los derechos humanos, los encargados de impartir justicia en todos sus ámbitos y en todos sus niveles (jueces federales y del fuero común), tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que de no hacerlo dentro del ámbito de sus competencias pudiera llegar a originar responsabilidad para el Estado Mexicano en caso de su inobservancia.

INTRODUCCIÓN.

Dentro del presente trabajo de investigación se demostrará que el criterio emitido por La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de la jurisprudencia que por contradicción lleva el siguiente rubro: *“Reparación del daño. Es legal la sentencia condenatoria que la impone aunque el monto correspondiente pueda fijarse en ejecución de ésta”*, es erróneo, ya que vulnera los derechos fundamentales de los sentenciados.

Es de suma importancia, mencionar que el desarrollo del presente trabajo es analizado a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, que modifica el artículo 1º Constitucional que reconoce los derechos humanos contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte.

En acato a dicha reforma, debe de existir un cambio de paradigma en la forma de resolver para los jueces, pues con el reconocimiento de los derechos humanos, los encargados de impartir justicia en todos sus ámbitos y en todos sus niveles (jueces federales y del fuero común), tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que de no hacerlo dentro del ámbito de sus competencias pudiera llegar a causar responsabilidad para el Estado Mexicano en caso de su inobservancia.

Dicho lo anterior, y con la finalidad de fundamentar mi planteamiento, dentro del capítulo 1 se analizarán diversos conceptos que son la base del derecho penal actual, es decir, como se contempla al derecho penal, los instrumentos de control

social con los que cuenta el Estado para poder sancionar las conductas reprochables por la sociedad y que son merecedoras de una pena y que se encuentran contempladas en nuestro Código Penal del Estado de Michoacán.

Con la finalidad de llevar una investigación adecuada del planteamiento, delimitaré mi investigación y solamente analizaré el contenido de la citada jurisprudencia que por contradicción de tesis emitió La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la forma en la que se aplica en el Estado de Michoacán.

Partiendo de ahí, demostraré que la citada jurisprudencia al ser utilizada por los Jueces y Magistrados del fuero común en el Estado de Michoacán, en los casos que determinan que no existen evidencias tangibles para condenar al sentenciado al pago de la reparación del daño, es violatoria de derechos fundamentales.

Porque, la fuerza de cuantificación del monto de la condena al pago de la reparación del daño no permite al sentenciado disfrutar del beneficio de la sanción privativa de la libertad impuesta, al estar imposibilitado para satisfacer uno de los requisitos de procedencia para gozar de él; por tanto, será hasta que en el incidente se determine el monto de dicha condena cuando podrá concedérsele aquél plazo.

Criterio que vulnera los derechos fundamentales de los que gozan todas las personas sujetas a un proceso penal, tal y como lo han reconocido diversos instrumentos internacionales como son: La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CAPÍTULO 1

(Fundamentos del derecho penal)

1.1. Concepto de derecho penal.

Cuando hablamos de derecho penal, inmediatamente se asocia a la violencia y a hechos deplorables cometidos por personas que la sociedad ha denominado delincuentes, empero, estos sujetos a pesar de haber vulnerado la norma penal, tienen derecho a un proceso justo y sobre todo, con máximo respeto de los derechos humanos.

En esa guisa, el orden jurídico penal además de ser un control normativo por normas creadas con la finalidad de prevenir las acciones que se consideran constitutivas de delito "...lo que sigue es, una reflexión sobre derecho penal, pero sobre derecho penal como parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que, de un modo u otro, es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses, también la crítica a esos intereses o a la forma de protegerlos por el derecho penal será en todo momento objeto de nuestra reflexión, teniendo siempre en cuenta que el derecho penal no es todo el control social, ni siquiera su parte más importante, sino sólo la superficie visible de un iceberg, en el que lo que no se ve es, quizás lo que realmente importa"¹.

Otra de las características del derecho penal es, que el individuo está subordinado al poder del Estado, ya que al existir la norma penal ésta forma parte del derecho público, "...no pertenecen al derecho penal, sino al derecho público en sentido

¹ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 31.

estricto, aquellos conceptos que conminan la conducta normativa con otras sanciones distintas de las del derecho criminal”².

Es decir, que en las conductas que no son tan aberrantes no debería de intervenir el derecho penal, pues este tipo de acciones deberían ser atendidas por el derecho civil o el derecho administrativo, que son los que pudieran imponer una sanción administrativa (multa), dejando exclusivamente los vocablos de privación de la libertad como pena y el de multa para sancionar delitos al derecho penal.

En palabras de Claus Roxin, “(e)l derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”³.

Otra definición del derecho penal es la elaborada por Antonio García Pablo de Molina, quien nos dice “(e)l derecho penal es uno de los instrumentos de control social a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), asegurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros de grupo. Desde un punto de vista estático y formal, puede afirmarse que el derecho penal es un conjunto de normas jurídico-públicas que definen ciertas conductas como delito y asocian a las mismas penas y medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas”⁴.

² Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad., 2ª reimp., edición alemana y notas por Luzon Peña, Diego Manuel, *et al.*, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 43.

³ *Ibidem*, p. 41.

⁴ García Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 43.

Por su parte, Manuel Cobo del Rosal, define el derecho penal como "...el conjunto de normas jurídicopositivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que se asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad"⁵.

Santiago Mir Puig, define el derecho penal como "...las normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica"⁶.

En tanto que, Fernando Velásquez Velásquez, lo conceptualiza como "...el conjunto de normas jurídicas (derecho positivo) que describe los hechos susceptibles de punición (mandatos o prohibiciones) e indica cuáles son las consecuencias jurídicas imponibles a sus transgresores (penas o medidas de seguridad)"⁷.

En ese mismo sentido, Diego Manuel Luzón Peña, define al derecho penal como "...una rama, parcela o sector del derecho u ordenamiento jurídico general; concretamente el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente le asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad"⁸.

Finalmente, Celestino Porte Petit, nos dice que el derecho penal debe entenderse como "...el conjunto de normas jurídicas que prohíban determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción"⁹.

⁵ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomas, *Derecho Penal Parte General I*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 33.

⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Barcelona, Tecfoto S.L., 1998, p. 11.

⁷ Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Colombia, Temis, 1997, p. 49.

⁸ Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Madrid, Universitas, S.A. 1996, p. 48.

⁹ Porte Petit, Celestino, *Programa de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., México, D.F., Trillas, 1990, p. 20.

Corolario a lo anterior, el derecho penal es definido como el conjunto de normas de derecho positivo o vigente que contemplan las penas y medidas de seguridad con las que cuenta el Estado como una amenaza de sanción derivada de la vulneración de la norma, que en el Estado de Michoacán, las podemos encontrar establecidas dentro del artículo 23 del Código Penal de la Entidad.

De las cuales me limitare a hablar únicamente de las penas privativas de la libertad, las pecuniarias y sobre todo del pago de la reparación del daño, que es la que me orilló a realizar el presente trabajo de investigación con la finalidad de demostrar cuándo y en que circunstancias es legal y sobre todo, en que condiciones no se vulneran los derechos fundamentales tanto del procesado como de la víctima.

Dentro del desarrollo del presente trabajo de investigación, demostraré los supuestos y las condiciones que contempla nuestra legislación adjetiva penal para hacer efectiva la condena al pago de la reparación del daño, y sobre todo, que no debe de existir la posibilidad de dejar pendiente el pago de la reparación del daño para que ésta se acredite mediante un incidente en la ejecución de sentencia.

Ahora bien, el derecho penal se fundamenta en el principio de legalidad consagrado constitucionalmente, por lo que sólo puede imponerse una pena por un hecho que se encuentre previamente tipificado en la ley como delito, es por ello que sobre la base del principio constitucional *nulla poena sine lege previa*, de que no hay delito ni pena sin ley previa, el derecho penal describe las diversas especies de delito, señala las características de toda infracción penal, y determina la naturaleza de las penas y medidas de seguridad y las bases de su magnitud y duración.

Por lo tanto, para respetar el principio de legalidad, los jueces dentro del arbitrio judicial pueden imponer una pena o medida de seguridad si derivado de la conducta desplegada por el sujeto activo del delito se encuentra acreditada su culpabilidad que es utilizada como "...responsabilidad subjetiva como exigencia del dolo o culpa para fundamentar la imposición de una pena, bien en el sentido de reprochabilidad o posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor"¹⁰, y sobre esa base podrá imponérsele una pena.

1.1.1. Instrumentos de control social.

Es evidente que toda sociedad que se rige por un estado de derecho, necesita de un sistema de control para poder garantizar su estabilidad, un conjunto de normas y sanciones que sirva de guía para sus ciudadanos y que sancione sólo aquellas conductas que pongan en riesgo a la sociedad, ya que por medio de los instrumentos de control social se garantiza el desarrollo armonioso de las personas en sociedad.

Para Antonio García Pablos de Molina, los instrumentos de control social son "...el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y las normas comunitarias. El derecho penal representa sólo uno de los sistemas normativos existentes, la infracción legal contiene nada más que un elemento parcial de todas las conductas desviadas imaginables, la pena significa la opción por una de las sanciones disponibles"¹¹.

Así, para Santiago Mir Puig, "...el derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. El derecho penal como todo medio de control social tiende a evitar determinados comportamientos sociales

¹⁰ García Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 596.

¹¹ *Ibidem*, p. 44.

que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves, *las penas y las medidas de seguridad*, como forma de evitar los comportamientos que juzga espacialmente peligrosos y que son los delitos”¹².

En palabras de Francisco Muñoz Conde, los instrumentos de control social son “...norma, sanción y proceso son, los conceptos fundamentales de todas las formas de control social. También en el control social que se lleva a cabo a través del derecho penal están presentes; pero como es lógico, dadas las peculiaridades de esta forma de control social revisten unas características propias que dan lugar a disciplinas jurídicas separadas”¹³.

De la concepción del estado de derecho, que tutela la Constitución no es posible considerar que la reinserción de las personas sujetas a proceso, sea el único fin de la pena ni que tampoco se le puedan atribuir funciones preventivas ya que “la concepción del Estado social y democrático de derecho es incompatible únicamente con las teorías absolutas de la pena, que justifican la pena exclusivamente por el delito cometido y consideran que sus efectos preventivos son ajenos a su esencia.

Una concepción unitaria de la pena, que encuentre su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de delitos en el futuro, es decir, que considere que la pena no sólo ha de ser justa, sino también necesaria, satisface en mayor medida las exigencias de un Estado social y democrático de derecho, al proporcionar un sólido fundamento a la exigencia de proporcionalidad de los delitos y las penas”¹⁴.

¹² Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 6, p. 5.

¹³ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *op. cit.*, nota 1, pp. 31 y 32.

¹⁴ Cerezo Mir, José, *Derecho Penal Parte General*, Lima, Perú, Ara Editores, 2006, t. I, p. 36.

En el Estado de Michoacán, se logra esa advertencia o intimidación que se hace al sentenciado, al momento de amonestarlo una vez que la sentencia se declaró ejecutoriada, conforme al artículo 45 del Código Penal de la Entidad, consiste en la advertencia que el juez hace al sentenciado, en diligencia formal, explicándole las consecuencias jurídicas del delito que cometió, exhortándolo a la enmienda y previniéndolo de las sanciones que se le impondrían en caso de reincidencia.

Es por ello que, el Estado debe ser garante de que los sujetos que han sido sometidos a un procedimiento no vuelvan a infringir la norma penal, y por ello, debe crear los mecanismos de readaptación o como lo contempla el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la reinserción del delincuente, con el claro objetivo de que el sentenciado se desarrolle de la manera más adecuada y no vuelva a cometer conductas deplorables, que por medio de la intimidación se podría cumplir con los efectos preventivos de la pena.

Así también, para cumplir con los fines de la pena y el fin de protección del sistema penal en el Estado de Michoacán, si el sentenciado vuelve a cometer una conducta reprochable en el catálogo represivo, "...el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión, al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama prevención general positiva"¹⁵.

Como pudimos observar, para que el hombre pueda convivir en sociedad, se debe de contar con una serie de normas de conducta que son las que forman los instrumentos de control social, que por medio de esos mecanismos de protección se garantiza la estabilidad con la que deben de contar los seres humanos para poder desarrollarse en sociedad.

¹⁵ Jakobs, Günther, *El pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2007, p. 1.

En la actualidad, ninguna sociedad moderna puede prescindir de los instrumentos de control social garantizados por el Estado, dónde su intervención más eficaz debería de ser para las conductas más reprochables, para que de ese modo se apliquen las penas y medidas de seguridad para las personas que han cometido hechos graves y no para los que son considerados delitos bagatela, que no representan un peligro para lo sociedad.

1.1.2. Derecho procesal penal.

El derecho procesal penal es el conjunto de disposiciones que regulan las acciones concatenadas de los actos jurídicos realizados por el juez, las partes y otros sujetos procesales, con la clara finalidad de solucionar los conflictos que se suscitan con la aplicación de las normas de derecho sustantivo.

El derecho procesal penal "...debe entenderse al conjunto de leyes o normas, previamente establecidas y de observación obligatoria, bajo cuyo contenido formalista debe sujetarse al procedimiento penal, en el que deben intervenir, ineludiblemente, el Juez, el agente del Ministerio Público, el acusado y excepcionalmente extraños, cuando se trate del pago de reparación de daños, leyes y normas que se practican sucesivamente de acuerdo a formas, formalidades y solemnidades, teniendo como fin fundamental la materialización del derecho penal o derecho sustantivo"¹⁶.

Para el doctrinario Francisco Muñoz Conde, "(e)l *Derecho procesal penal*. La relación entre éste y el derecho penal es tan estrecha que no pueden concebirse el uno sin el otro. El derecho procesal penal sirve para la realización del derecho penal en la realidad. Sin él, el derecho penal sería un simple objeto decorativo, sin eficacia alguna.

¹⁶ De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento Penal Mexicano*, México, D.F., Porrúa, 1995, p. 3.

Pero también el derecho procesal penal necesita que el derecho penal le suministre el objeto que tiene que imponer. La forma en que el derecho procesal penal tiene que llevar a cabo esa tarea investigadora y decisoria es, sin embargo, autónoma y no viene prejuzgada por el derecho penal. Por eso, a pesar de su interrelación, cada uno conserva su autonomía científica y académica”¹⁷.

Para Guillermo Colín Sánchez, el derecho de procedimientos penales, es “...el conjunto de normas internas y públicas, que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben observarse para hacer factible la aplicación del derecho penal sustantivo”¹⁸.

Una definición proporcionada de lo que es el derecho procesal penal, según Fernando Velásquez Velásquez, sería “...el conjunto de normas jurídicas atinentes al procedimiento judicial, en virtud del cual pueden serle impuestas al infractor las sanciones previstas en el derecho sustantivo; o, para decirlo de manera más técnica es el sector del ordenamiento que tiene por objeto organizar los tribunales en el ámbito penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso como un todo y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares”¹⁹.

Finalmente, para Antonio García Pablos de Molina, el derecho procesal penal “...comprende un conjunto de normas que tienen por objeto organizar los Tribunales de lo criminal y regular la actividad dirigida a la actuación jurisdiccional del derecho penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso como un todo, y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares”²⁰.

¹⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *op cit.*, nota 1, p. 32.

¹⁸ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 20ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 5.

¹⁹ Velásquez Velásquez, Fernando, *op cit.*, nota 7, p. 59.

²⁰ García Pablos de Molina, Antonio, *op cit.*, nota 4, p. 123.

Con la finalidad de cumplir con la máxima del debido proceso contemplada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sabemos que el derecho procesal penal marca las pautas y las formas en las que se debe desarrollar el procedimiento penal, con lo cual se logra que el derecho penal cumpla con su objeto y fines, ya que los jueces puedan analizar si se cumple con los requisitos que exige la figura delictiva que se someta al análisis, con el claro objetivo de no vulnerar alguna garantía o derecho fundamental de las partes que intervienen en el proceso.

1.2. La norma jurídico penal.

Es sabido que las normas son las regulaciones de la conducta humana con el claro objetivo de tener una sana convivencia dentro de la sociedad, ya que las personas no pueden vivir aisladas, ya que para lograr su pleno desarrollo y con la finalidad de que satisfaga todas sus necesidades.

Empero, esta sana convivencia no es del todo fácil debido a que existen diversos factores que hacen complicado el pleno desarrollo de la sociedad debido a cuestiones egoístas, es por ello que el objetivo principal de las normas es el de fijar límites a todos sus ciudadanos, pues de no existir estos límites existirían abusos tanto de poder, como entre los propios individuos.

Como parte del orden jurídico que debe estar garantizado por el Estado, las conductas que resultan más graves para el pleno desarrollo de la convivencia humana deben ser castigadas por los medios más duros y eficaces con los que cuente el Estado, es por ello que "...la norma jurídico penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida

y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista.

La realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa y la consiguiente aplicación de una pena, la reacción frente a esa frustración estructuralmente, la norma penal no difiere en nada, por tanto, de cualquier otro tipo de norma, social o jurídica; su contenido en cambio, si es distinto del de las demás normas, porque la frustración de la expectativa en la norma penal debe ser un delito y la reacción frente a ella una pena y, en determinados casos lo que se llama una medida de seguridad, que se aplica alternativa o conjuntamente con la pena”²¹.

En palabras de Enrique Díaz Aranda, “...la norma penal tiene una naturaleza pública, porque sólo puede ser emitida por el Poder Legislativo como representante del pueblo, el cual la da a conocer a los ciudadanos como ley bajo forma de normas de conductas prohibidas y penadas en las cuales se describen las conductas que el ciudadano debe evitar para no sufrir una sanción de privación de la libertad o medida de seguridad.

Por tanto, las normas penales tienen una función de llamada de atención para el ciudadano para evitar su comisión, y a su vez sirven de garantía al ciudadano, dado que el Estado sólo le podrá imponer una pena privativa de libertad, única y exclusivamente, cuando haya realizado una de las conductas descritas en la norma penal”²².

Para Santiago Mir Puig, “...puede admitirse que los preceptos que prevén los delitos y sus penas como los de la parte especial del Código Penal constituyen la

²¹ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *op cit.*, nota 1, p. 35.

²² Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, Straf, 2006, p. 3.

sede lingüística principal de las normas jurídico penales, porque por si mismos poseen sentido normativo”²³.

Finalmente, para Diego Manuel Luzón Peña, “...la estructura de las normas jurídico penales, desde una perspectiva lógico formal, es la de una proposición, compuesta de dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y articulada como proposición hipotética y debe ser formulada así: si sucede el supuesto de hecho es el delito o, en algunos casos, las circunstancias de peligrosidad del autor, y las consecuencias jurídicas pueden ser las penas, a veces medidas de seguridad o en otros supuestos también consecuencias accesorias”²⁴.

Es evidente que la norma penal contiene otra serie de elementos diversos a las demás normas, partiendo de que la norma penal es pública al ser elaborada por el poder legislativo quien la da a conocer a sus ciudadanos como medio de control del Estado, así como las penas y medidas de seguridad que contemplan los diversos delitos con los que cuentan las legislaciones represivas en el caso específico el Estado de Michoacán.

Otra característica resaltable de las normas jurídico penales es que necesariamente se debe de cometer un delito para que como consecuencia de ello se imponga una pena o medida de seguridad y en el caso de los conceptos elaborados por Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, otras de las medidas accesorias con las que cuenta el Estado es el pago de la reparación del daño y sobre éste tipo de penas es sobre la que haré mayor referencia para poder desarrollar el presente trabajo de investigación, haciendo saber el procedimiento que se debe de seguir dentro del proceso penal para poder llegar a la acreditación

²³ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 6, p. 27.

²⁴ Luzón Peña, Diego Manuel, *op. cit.*, nota 8, p. 50.

del daño y así emitir una condena por concepto de reparación del daño, pero siempre que esté debidamente acreditado en autos.

1.2.1. Estructura de la norma penal.

Ahora bien, las normas penales deben de gozar de una estructura lógica que es aquella en la que al cometer una conducta que se encuentre tipificada en la ley como delito, se debe de aplicar una pena o medida de seguridad, dependiendo del tipo de hecho y las formas de comisión del delito que pueden ser dolosas o culposas.

Una definición más acertada de la estructura de la norma penal la hace Francisco Muñoz Conde, quien nos dice que "...como toda norma jurídica, la norma penal consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica. La diferencia entre norma penal y las demás normas jurídicas radica en que en la norma penal el supuesto de hecho lo constituye un delito y la consecuencia jurídica una pena y/o una medida de seguridad"²⁵.

De la misma manera Ferrajoli indica que "...la pena como sanción *post delictum*. El problema del cuándo (*o de qué*) *castigar* es aparentemente el más sencillo de todos los problemas de la legitimación del derecho penal. La respuesta que se da generalmente a esta pregunta por parte del pensamiento jurídico filosófico es la máxima *nulla poena sine crimine*.

²⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *op. cit.*, nota 1, p. 35

Se trata del *principio de retribución* o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal que expresa no el fin sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas”²⁶.

Para Luzón Peña, “...la norma jurídico penal, frente a lo que actualmente se repite con frecuencia, en las sociedades democráticas no tiene una función de mero control social (de conductas desviadas) o, aún peor, de pura dominación o represión, sino que cumple o intenta cumplir la *función de protección* de bienes jurídicos importantes, esto es, de las condiciones indispensables de la convivencia social frente a ataques graves y, a través de ello, de protección de la sociedad mediante la prevención de delitos”²⁷.

En palabras de Cobo del Rosal existe un problema en “...la forma gramatical declarativa ya que encubre un juicio normativo de ese primer juicio normativo explícito (el que mataré a otro deberá ser castigado con la pena de prisión de diez años a quince años) que conecta a la realización del presupuesto una consecuencia jurídica gravosa, se deduce como contenido implícitamente en él, un segundo juicio normativo según el cual el presupuesto no debió de haberse realizado (no se debe matar).

La norma jurídica completa incluye estos dos juicios normativos: *el juicio normativo implícito*, que establece una determinada regla de conducta y *el juicio normativo explícito* en la ley que, en el caso de las normas incriminadoras, sanciona con un castigo la violación de esta regla. El primero de dichos juicios recibe el nombre de norma primaria (o precepto) y el segundo el de la norma secundaria (o sanción). Pero no debe de incurrirse en el error de contemplarlos como realidades

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 9ª edición, Madrid, Trotta, 2009, p. 368.

²⁷ Luzón Peña, Diego Manuel, *op. cit.*, nota 8, p. 68.

normativas independientes: la norma primaria y la secundaria constituyen sólo dos aspectos de una totalidad normativa única”²⁸.

Como pudimos observar, de la estructura de la norma jurídico penal debe ser el silogismo jurídico consistente en que, a toda violación a una norma penal o supuesto de hecho se deberá de aplicar una sanción, con lo que se puede identificar claramente la función preventiva de la norma que por medio de la intimidación hacia los ciudadanos en el sentido de que si se comete un delito se le va a sancionar a esa persona con una pena de prisión o pecuniaria.

1.2.2. Concepto de delito.

En la sociedad actual, asociamos al delito con las conductas contrarias al derecho y que son desarrolladas por personas que viven fueran de la ley; sin embargo, no todas las conductas en las que se infringe la ley son cometidas por los delincuentes, ya que incluso una persona que siempre ha sido respetuosa de la ley, si llegara a sufrir un accidente automovilístico, pudiera llegar a actualizar diversas conductas tipificadas en la ley como delito.

Es decir, puede haber privado de la vida a una persona ya sea uno de sus acompañantes o de los del otro vehículo, puede lesionar a alguno otro y sobre todo actualizar el delito de daño en las cosas, y no por eso debe de ser considerado un delincuente, y por esa razón resulta necesario allegar diversos conceptos del delito y del primero de ellos apreciamos que “(d)elito es la infracción de la norma penal, infracción que ha de ser culpable.

²⁸ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomas, *op. cit.*, nota 5, pp. 42 y 43.

No toda infracción de una norma jurídica es delito, es decir, no lo es cualquier ilícito, cualquier conducta antijurídica, sino sólo la que infringe o es contraria a la norma jurídico penal, o sea, la que es penalmente antijurídica concretamente y en virtud del principio de legalidad, la conducta ha de infligir lo dispuesto en la ley penal: el Código Penal u otras leyes penales.

También se puede decir que el delito es la conducta prevista o descrita por la ley penal, es decir, la que cumple los requisitos y por tanto encaja en la descripción de la norma jurídico penal”²⁹.

Para Roxin “...el concepto material del delito se remonta más atrás del respectivo derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del derecho penal, que aquí se entiende como protección subsidiaria de bienes jurídicos. Sin embargo, hay que penetrar por toda una jungla de cuestiones polémicas antes de poder unir un sentido seguro y suficientemente claro a esa afirmación”³⁰.

Para concluir, el concepto de delito en palabras de Pablos de Molina, “...es un concepto formal, que sólo cabe deducir, *ex post*, de las definiciones legales. Ciertamente, éstas suelen coincidir con las pautas de la ética, de la moral, y con las valoraciones socioculturales dominantes, en el caso del núcleo duro del derecho penal, esto es, de los comportamientos criminales más graves (asesinato, homicidio, robo, estafa), pero no en los demás, no necesariamente al menos porque el legislador tiene plena autonomía para definir y seleccionar sus prohibiciones con arreglo a pautas y criterios propios. Delito es, por tanto, la

²⁹ Luzón Peña, Diego Manuel, *op. cit.*, nota 8, p. 50.

³⁰ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, pp. 51 y 52.

conducta que la ley penal incrimina y sanciona como tal, cualquiera que sea la valoración ético-social o moral que ésta merezca”³¹.

Una vez que se han citado diversos conceptos del delito, podemos apreciar que el delito es toda aquella conducta que los legisladores han considerado establecerla como delito y tipificarla en los códigos penales, atendiendo además a las necesidades de la sociedad que constantemente sufre cambios.

En esa tesitura, la definición de delito lleva inmersa la concatenación de cada uno de los actos que caracterizan al delito, es decir, derivado de una acción u omisión, se tiene que verificar si existe la tipicidad y así sucesivamente, pero si llegase a faltar alguno de los requisitos que definen al delito ya no será necesaria la acreditación del siguiente elemento, pues si un acto no es típico, es evidente que tampoco será antijurídico, culpable y mucho menos será merecedor de una pena.

1.3. Concepto de bien jurídico.

La norma penal al igual que las demás normas jurídicas, se caracteriza por tener una función eminentemente protectora que de acuerdo a lo que hemos analizado sólo debe de aplicarse para las conductas más deplorables y que afecten a la sociedad o a un grupo o individuo en específico.

Pero, ¿Qué es lo que en verdad protege la norma penal? A esta interrogante debemos responder que es a la protección de bienes jurídicos, a lo que surge otra interrogante ¿Qué son los bienes jurídicos? Para lo cual debemos decir que “...los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.

³¹ García Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, nota 4, p. 131.

Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud. A ellos añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc.

A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama bienes jurídicos colectivos, que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal”³².

Presupuestos existenciales que quedan en manos de los legisladores quienes son los encargados de elaborar las normas y en el caso específico se encargan de encuadrar que tipo de bienes jurídicos deben tutelar al realizar la tarea de legislación, pues deben de tener en consideración los bienes necesarios para la subsistencia del hombre, como son la vida, la salud, la alimentación y demás.

Para Roxin, “...la concepción de bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo pero no estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales, está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”³³.

Lo que quiere decir Roxin es, que los tipos penales contemplados en las legislaciones sustantivas no son estáticos, ya que los delitos no son permanentes sino que se van transformando en el tiempo y en el espacio de acuerdo a las necesidades de las sociedades cambiantes, como por el ejemplo el tan discutido tema del aborto que a pesar de que en algunos Estados es considerado como

³² Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *op. cit.*, nota 1, p. 59.

³³ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, pp. 57 y 58.

delito, para otras Entidades no lo es, como el Distrito Federal, que dentro de su legislación penal no tipifica al aborto como delito, siempre que se encuentre justificada su práctica.

En palabras de Zaffaroni, "...el bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad pero no es, en modo alguno, un concepto legítimamente del poder punitivo (*de lege lata* ni *de lege ferenda*). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legítimamente, dado que este último termina acuñando un verdadero concepto legítimamente diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado.

El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: las normas protegen o tutelan bienes jurídicos. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos en la mayoría de los casos, resulta con un valor de verdad falso"³⁴.

Dentro de la concepción de bien jurídico elaborada por Zaffaroni, es evidentemente palpable el hecho de que al hablar de bien jurídico inmediatamente lo asociamos con el poder represivo del Estado para sancionar determinadas acciones descritas en la ley como delito, pero si esas normas no prohíben esas conductas adquiere un carácter preventivo ya que el verdadero fin de la norma penal sería el de prohibir determinadas conductas y no el de prevenir los bienes jurídicos.

³⁴ Zaffaroni Raúl, Eugenio. *et al.*, *Derecho Penal Parte General*, México, Porrúa, 2005, p. 486.

Dicho de otra manera, la legislación penal no puede crear bienes jurídicos ya que estos están tutelados por la Constitución, y la intervención de la ley penal se utiliza únicamente para individualizar determinadas conductas y lo que únicamente hace es mencionar el tipo de sanción que se debe de imponer al transgredir la norma, pero a pesar de eso no dejan de ser bienes jurídicos al estar tutelados por el mandato constitucional e incluso por los diversos instrumentos internacionales que los contemplan.

En opinión contraria a la de Zaffaroni encontramos la elaborada por Diego Manuel Luzón Peña, quien nos dice que "...el bien jurídico o bien jurídicamente protegido es una categoría elaborada y manejada sobre todo en el Derecho penal, aunque también es utilizada en otras ramas del derecho, con la que se alude, por una parte, a un objeto valioso de ahí el nombre de bien y por eso merecedor, digno de protección jurídica y, por otra, al objeto que es protegido o tutelado por el derecho.

Esa doble perspectiva del deber ser y del ser, de lo que debería ser protegido (perspectiva político criminal, de *lege ferenda*) y de lo que realmente es protegido jurídicamente (perspectiva de estudio dogmático del derecho positivo, de *lege lata*)³⁵.

De ésta definición podemos apreciar la evidente contradicción que existe con la definición elaborada por Zaffaroni, ya que éste atribuye la protección de los bienes jurídicos a la Constitución, así como a los diversos instrumentos internacionales que los contemplan, y que la única tarea del derecho penal es la de prevenir las diversas conductas que pueden ser merecedoras de una pena.

³⁵ Luzón Peña, Diego Manuel, *op. cit.*, nota 8, pp. 325 y 326.

Pues Luzón Peña nos dice que el bien jurídico al ser un objeto valioso se hace merecedor y digno de la protección jurídica dentro de la cual también reconoce el objeto que es tutelado, con lo que se cumplen los objetivos de la política criminal al elaborar la ley que es el de lo que debería de ser protegido y de lo que realmente es protegido por el derecho positivo.

1.3.1. *Ius puniendi*.

Debemos entender que el *ius puniendi* es la potestad del Estado a castigar las conductas antijurídicas contempladas en la norma penal, que dentro del Estado de Michoacán, se hace por medio de la representación social como lo estipula el artículo 337 del Código de Procedimientos Penales de la Entidad, en íntima vinculación con el párrafo segundo del ordinal 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En esa guisa, para poder establecer una definición más adecuada del *ius puniendi*, contamos con la emitida por Muñoz Conde, quien al respecto nos dice “...los problemas de legitimidad del poder punitivo o *ius puniendi* del Estado. Inherente al poder estatal, el poder se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con las que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada. Es una última instancia de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques más graves a los bienes más importantes de sus respectivos sistemas de valores”³⁶.

Otro axioma sería el elaborado por Fernando Velásquez Velásquez, quien nos dice “...el *ius puniendi* también denominado derecho penal subjetivo, relación punitiva, o subjetivación de la norma penal como prefiere la doctrina italiana, es la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud del cual este, revestido de su

³⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *op. cit.*, nota 1, p. 69.

poderío e imperio, declara punibles determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la convivencia comunitaria y les impone penas y/o medidas de seguridad a título de consecuencia jurídica; por supuesto, tal despliegue de fuerza implica el ejercicio institucionalizado de la violencia (legítima) circunstancia a la esfera penal”³⁷.

En ese guisa Diego Manuel Luzón Peña, asienta “...la potestad punitiva o *ius puniendi* (para lo que también se utiliza frecuentemente la denominación no muy conveniente por inducir a confusión, como ya he advertido de derecho penal subjetivo, derecho penal entendido como subjetivo) se refiere a la facultad que corresponde a un determinado sujeto, *en la actualidad al Estado*, de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos”³⁸.

La concepción de *ius puniendi* elaborada por Antonio García Pablos de Molina, anota “solo el *ius puniendi* estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal y las expectativas que éste genera de forma pacífica e institucional; de forma racional y previsible, formalizada, eficaz e igualitaria con escrupuloso respeto de las garantías individuales, cuando fracasan los mecanismos primarios de autoprotección del orden social. Solo el *ius puniendi* estatal se halla en condiciones de asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa”³⁹.

En el mismo orden de ideas “...el problema del *ius puniendi* puede ser concebido en dos sentidos distintos como pregunta acerca de la justificación, naturaleza y límites del poder estatal de dictar normas que definan determinadas conductas

³⁷ Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, nota 7, p. 39.

³⁸ Luzón Peña, Diego Manuel, *op. cit.*, nota 8, pp. 77 y 78.

³⁹ García Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, nota 4. p. 468.

como delitos y las conminen con penas; y como pregunta acerca de la naturaleza y límites del poder punitivo conferido al Estado por las normas jurídicas”⁴⁰.

Finalmente, Mir Puig, indica que “...el derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas. Aquí partiremos de la concepción del Estado social y democrático de derecho. El principio de estado de derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea de Estado social sirve, para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad.

Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner al derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*”⁴¹.

Como pudimos advertir, la mayoría de los autores coinciden en que el *ius puniendi* es el poder punitivo del Estado, o mejor dicho el poder de castigar con el que cuenta el Estado, ya que al estar dotado de poderío fija las conductas que deben de ser castigadas por ser inadecuadas a la función de armonía y desarrollo que debe de tener la ciudadanía para el pleno desenvolvimiento, tomando así la difícil tarea de sancionar a las personas que les gusta vivir fuera de la Ley, quitándole así a los ciudadanos la facultad de tomar venganza o aplicar los castigos o sanciones desproporcionadas.

⁴⁰ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomas, *op. cit.*, nota 5, p. 59.

⁴¹ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 6. p. 74.

1.3.2. Principio de intervención mínima.

El principio de intervención mínima, no es más que la limitación a la facultad de sancionar del Estado, pero la aplicación de éste principio trata de justificarse en que sólo las conductas más graves son las que deben ser sancionadas por el derecho penal.

En palabras de Francisco Muñoz Conde, podemos advertir que “...el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el *principio de intervención mínima*. El derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. de ahí que se diga también que el derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico”⁴².

Roxin considera que “...el derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.-. Por ello se denomina a la pena como la *ultima ratio* de la política social, y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”⁴³.

García Pablos de Molina, nos dice que el principio de intervención mínima “...expresa gratificadamente un ulterior límite político-criminal del *ius puniendi*. Un límite coherente con la lógica del Estado social, que busca mayor bienestar con el menor coste social, de acuerdo con un postulado utilitarista. El derecho penal debe hacer presencia en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los

⁴² Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *op. cit.*, nota 1, p. 72.

⁴³ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, p. 65.

bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad seleccionando los objetos, medios o instrumentos.

El derecho penal es la *ultima ratio*, no la solución al problema del crimen; como sucede con cualquier técnica de intervención traumática, de efectos irreversibles, sólo cabe acudir a la misma en casos de estricta necesidad, para defender los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves, y sólo cuando no ofrezcan garantías de éxito las restantes estrategias de naturaleza no penal”⁴⁴.

En ese mismo sentido Santiago Mir Puig, nos dice “...el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de la máxima utilidad posible para las posibles víctimas debe combinarse con el de mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible.

Entra en juego así el principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima”⁴⁵.

⁴⁴ García Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, nota 4, pp. 582 y 583.

⁴⁵ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 6, p. 89.

En el mismo orden de ideas Diego Manuel Luzón Peña, indica que “...el principio de intervención mínima, derivado directamente del de necesidad, el derecho penal ha de ser la *ultima ratio* la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe de utilizar éstos”⁴⁶.

Podemos advertir que los autores dan una descripción de lo que es el principio de intervención mínima, incluso algunos lo llegan a comparar con el principio de subsidiariedad, mientras que otros dicen que es una cosa totalmente diversa a dicho principio, así también hacen alusión a que el derecho penal no debería de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas que los lesionan, sino únicamente debe intervenir en las conductas más graves, ya que en los delitos considerados como bagatela no debería de intervenir el Estado.

Empero, resulta importante hacer una reflexión acerca de los bienes jurídicos que deberían de ser tutelados por el derecho penal, o bien establecer que otros sistemas tiene el Estado para intervenir en las conductas que no son tan agresivas, ya que de las definiciones consultadas son ambiguas y se limitan a decir que el Estado cuenta con otros medios de represión o prevención en determinadas conductas que de acuerdo a su parecer no son tan graves.

Así también, se circunscriben a decir que en los delitos bagatela no debería de intervenir el Estado, sin embargo, en la práctica se utiliza ese argumento para justificar el desahogo de expedientes por medios de los llamados criterios de oportunidad, en los que principalmente el agente del Ministerio Público, debe ponderar si en verdad resulta necesario echar a andar toda la maquinaria judicial

⁴⁶ Luzón Peña, Diego Manuel, *op. cit.*, nota 8, p. 82.

por determinadas conductas que la mayoría de ellas es por la insignificancia de la cuantía del bien jurídico que se afecta.

Por ejemplo, si una persona sabiendo perfectamente lo que implica el delito de robo y las consecuencias jurídicas, decide robarse una manzana, si es detenido y puesto a disposición del representante social, éste tendría la obligación de aplicar los criterios de oportunidad justificándose en el principio de intervención mínima y por ello decide dejarlo en libertad.

Sin embargo, si una persona derivado de la difícil situación económica que guarda el país, y tiene que mantener a su esposa e hijos se robara cien pesos de cualquier establecimiento, evidentemente sería sujeto a proceso e incluso se resolvería su situación jurídica aplicando alguna de las agravantes con las que cuenta el delito de robo y se le privaría del derecho a enfrentar su proceso en libertad caucional.

De los dos ejemplos plasmados ¿cuál sería la diferencia entre uno y otro de los robos que se acaban de mencionar? La diferencia estriba en que debido a que una manzana no tiene un precio significativo se toma la decisión de no sujetar a proceso al responsable a pesar de saber que el activo actuó con dolo; sin embargo, como los cien pesos tienen un mayor valor económico y sobre todo que representa la posibilidad de adquirir cualquier cosa, entonces aquí si se considera necesaria la intervención del Estado.

Es por ello que se debe de ser muy cuidadoso al elaborar determinadas definiciones y dar todos y cada uno de los supuestos que se pudieran presentar como en el caso que nos ocupa.

1.4. Teoría de la pena.

Resulta indispensable para los juzgadores conocer acerca de la teoría de la pena, ya que a través de ella se puede cumplir con los objetivos del derecho penal, que no es más que el castigo que sufre la persona que cometió una conducta delictiva y con la finalidad de garantizar el orden social, se tiene que pensar en la pena que le corresponde al autor por la comisión del ilícito para cumplir así con los fines de la pena.

En ese sentido Roxin, nos dice que: “(d)el contenido del derecho penal y por tanto de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto. Si el derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado.

Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del derecho penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del derecho penal que se encuentra detrás (algo que muy a menudo no se toma suficientemente en consideración)⁴⁷”.

“El vicio metodológico detectable en muchas de las respuestas examinadas hasta el momento a la pregunta ¿por qué castigar? Consiste en su confusión de la función o motivación con el fin, o del ser (de hecho o de derecho) con el deber ser axiológico) de la pena, y en la consiguiente consideración de las explicaciones como justificaciones o vicerversa. En esta confusión incurren ante todo cuantos

⁴⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, p. 81.

producen o sostienen doctrinas filosóficas de la justificación presentándolas como *–teorías de la pena–*.

De este modo hablan, a propósito de los discursos acerca de los fines de la pena, de *teorías absolutas*, o *relativas*, de *teorías retribucionistas* o *utilitaristas*, de *teorías de la prevención general*, o de *la prevención especial*, etc., surgiendo la idea de que la pena tiene un efecto (en vez de un fin) retributivo o reparador, o de que previene (en vez de que debe prevenir) los delitos, o de que reeduca (en vez de que debe reeducar) a los reos, o de que disuade (en vez de disuadir) a la generalidad de los asociados de delitos, etcétera”⁴⁸.

La definición aportada por Ferrajoli, para el suscrito es la más adecuada al concepto de teoría de la pena, ya que el objetivo de la pena es el de cumplir con sus fines, y como fin principal encontramos la resocialización del delincuente con la finalidad de que se reduzca el índice de reincidencia, el objeto preventivo que es aquél en el que la legislación debe cumplir con el objetivo de atemorizar a los ciudadanos en la forma en la que se sancionan los delitos para que así, estos traten en la medida de lo posible evitar infringir la norma.

Así, el objetivo más importante es el de reeducar al infractor de la norma, sin embargo, para que se llegue a cumplir con éste apartado es necesario que el Estado, establezca los mecanismos adecuados para que los presos se reintegren a la sociedad y como parte de esos programas podría implementar el tratamiento psicológico que sería el más adecuado para reducir la reincidencia.

⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 26, pp. 322 y 323.

1.4.1. Teoría de la retribución.

A través del tiempo han surgido diversas teorías que tratan de explicar los fines de la pena y uno de ellos es la teoría de la retribución, que en palabras de Luigi Ferrajoli, “(e)xiste una conexión evidente entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general de los delitos: la amenaza legal de la retribución penal puede prevenir solamente la comisión de hechos delictivos, no la subsistencia de condiciones personales o de *status* como de peligrosidad o la capacidad de delinquir u otras similares; y por otra parte la pena ejerce una función preventiva o intimidatoria sobre todo si se inflige al que lo ha merecido.

Retribución, es por definición, prevención. Pero no es necesariamente cierto lo contrario, dado que se puede prevenir sin retribuir algo: el fin de la prevención, si bien está implicado por el principio retributivo, no lo implica a su vez pudiendo quedar satisfecho también por el castigo terrorista del inocente.

La garantía de carácter retributivo de la pena –en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es)- sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier posible finalidad preventiva o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente aun cuando se le considere de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito, etc.

Todos los castigos de súbditos inocentes, afirma Hobbes, sean grandes o pequeños, se oponen a la ley natural; porque el castigo se hace sólo debido a trasgresión de la ley y, por tanto, no puede haber pena para un inocente”⁴⁹.

Para el doctrinario Claus Roxin, “(l)a teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino que

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *idem*, pp. 368 y 369.

mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría – absoluta- porque para ella el fin de la pena es independiente, -desvinculado- de su efecto social”⁵⁰.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, “...la constante referencia a la retribución es indicativa de que en ella se busca algo semejante a un principio regulativo, y pareciera ser, en definitiva, que esto es lo rescatable del concepto si la criminalización primaria el estado confisca un conflicto su intervención por excluir a la víctima y por ser de altísima selectividad y de gran violencia no puede presentarse como racional pero su irracionalidad reconoce grados y llegaría al límite intolerable cuando no equivalga (o no guarde cierta relación) con la magnitud de la lesión que el conflicto provoque, pues en ese caso el conflicto no sería más que el pretexto para que el poder opere en la medida de su voluntad omnímoda.

En otras palabras: al resultado rescatable de la supuesta retribución entendida como principio regulativo, es preferible llamarlo *principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva*, considerándolo uno de los límites que debe de observar el ejercicio del poder punitivo, y que *no se deriva de ninguna naturaleza ni función retributiva de la pena, sino de la necesidad de contener la tradicionalidad del poder*”⁵¹.

Para Martín Jiménez Martínez, la teoría de la retribución de la cual sus defensores son Friedrich Nowakowski, Hans Welzel y Armin Kaufman, nos dice que: “...para esta corriente la pena persigue al delincuente por la acción cometida y el fin de prevenir futuros delitos”⁵².

⁵⁰ Roxin, Claus, *op. cit.* nota 2, pp. 81 y 82.

⁵¹ Zaffaroni Raúl, Eugenio. *et al.*, *op. cit.*, nota 34, p. 486.

⁵² Martínez Jiménez, Javier, *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2006, p.875.

Como pudimos observar, la teoría de la retribución de la pena nos dice que la pena que debe de ser impuesta al acusado deberá de estar fundamentada en su culpabilidad, ya que no puede imponérsele una pena superior al grado de ejecución del delito, ya que de hacerlo así, la pena sería desproporcionada con el hecho que cometió y por medio de esa pena adecuada se pueden prevenir delitos posteriores, ya que se alerta al delincuente que en caso de cometer un delito más grave, la pena que se le pudiera imponer pudiera ser más severa.

La teoría de la retribución se adapta más a los fines de la política criminal, es decir, por medio de la retribución penal se puede prevenir los delitos, con lo que la pena cumple así su función preventiva o intimidatoria, además de que por medio de la culpabilidad establece el baremo de penalidad que le corresponde al infractor de la norma excluyendo la posibilidad de que al infractor se le sancione por su apariencia física y por lo tanto la pena impuesta es más adecuada.

1.4.2. Teoría de la prevención especial.

La Teoría de la prevención especial para Roxin, se encuentra en "(l)a posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues según esta interpretación, de la prevención especial como fin de la pena.

La teoría de la prevención especial, al contrario de la concepción de la pena retributiva, absoluta, es una teoría relativa, pues se refiere al fin de prevención especial, al contrario de la concepción de la pena retributiva, absoluta, es una teoría relativa, pues se refiere al fin de prevención de delitos. También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca

evocando la idea de Protágoras que fue transmitida por Platón, se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas. (Pues, como dice Platón: ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque)⁵³.

Zaffaroni nos dice que "...se intentó legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor. En la que ciencia social está hoy demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado. Se conoce el proceso interactivo y la fijación del rol que conlleva requerimientos conforme a estereotipo y el efecto reproductor de la mayor parte de la criminalización.

Se sabe que la prisión comparte las características de las instituciones totales o de secuestro y la literatura coincide en su efecto deteriorante, irreversible en plazos largos. Se conoce su efecto regresivo, al condicionar a un adulto a controles propios de la etapa infantil o del adolescente y eximirle de las responsabilidades propias de su edad cronológica.

No se sostiene la pretensión de mejorar mediante un poder que hace asumir roles conflictivos y que fija los mismos a través de una institución deteriorante, en la que durante tiempo prolongado toda su población es entrenada recíprocamente en el continuo reclamo de esos roles. Se trata de una imposibilidad estructural que no resuelve el abanico de ideologías *re*: resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reindividualización, reincorporación. Estas ideologías se hayan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que se esgrime como argumento en su favor de la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración.

⁵³ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, p. 85.

De este modo la prisionización se ejerce sin sentencia, en forma de pena corporal y eventualmente de muerte, lo que lleva hasta la paradoja la imposibilidad estructural de la teoría, la regla es que cuando una institución no cumple su función no debe empleársela”⁵⁴.

Para Ferrajoli, “...la opinión de Michel Foucault según la cual el giro del sentido correccional y disciplinar a la de la cultura penal habría de situarse al comienzo de la edad moderna. Las proclamaciones de fines correccionales de la pena por parte de los Ilustrados, no pasan de ser genéricas y están entremezcladas con las mucho más elaboradas de la función de prevención general negativa; y en estos términos genéricos, como se verá no son en modo alguno una novedad.

Doctrinas y legislaciones penales del tipo genuinamente correccional sólo se desarrollan por el contrario en la segunda mitad del siglo XIX, paralelamente a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social, sano, enfermo, acerca del cual son llamados a ejercitarse en el ojo clínico y los experimentos terapéuticos del poder. Es entonces cuando el proyecto ilustrado y puramente humanitario del *castigar menos* se convierte en el disciplinar y tecnológico del *castigar mejor*”⁵⁵.

En relación a la teoría de la prevención especial, debo señalar que el concepto más adecuado es el aportado por Zaffaroni, pues la imposición de la pena de prisión lejos de orientar al delincuente, genera un retroceso en el sistema penitenciario, incluso lo compara con la etapa de la madurez o de la adolescencia en la que se le impone un castigo al menor o al adolescente que en la mayoría de las ocasiones, lejos de servirle de escarmiento provoca mayor rebeldía en él.

⁵⁴ Zaffaroni Raúl, Eugenio. *et al.*, *op. cit.*, nota 34, pp. 62 y 63.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 28, p. 264.

Por lo tanto, propone imponer otro tipo de sanción con la que se logró una mejor reinserción en los procesados.

1.4.3. Teoría de la prevención general.

Finalmente, “(e)l aspecto positivo de la prevención general, comúnmente se busca en la conservación y el esfuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo. Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor, sobre todo el efecto de pacificación, mencionando en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídico penales con el término de prevención integradora”⁵⁶.

Para Zaffaroni, “(l)a prevención general, tomada en su versión pura, aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo. Con este discurso, la criminalización asumiría una función utilitaria libre de toda consideración ética y por tanto, su medida debiera ser la

⁵⁶ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, pp. 89-92.

necesaria para intimidar a los que puedan sentir la tentación de cometer delitos, aunque la doctrina ha puesto límites más o menos arbitrarios a esta medida.

Se parte de una idea del humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios. La antropología básica es la misma de la lógica de mercado, e incluso se le ha racionalizado expresamente, aplicando el modelo económico al estudio del delito, presuponiendo que los delincuentes son sujetos racionales que maximizan la utilidad esperada de sus conductas por sobre sus costos⁵⁷.

En palabras de Ferrajoli, “(l)as doctrinas penales que atribuyen al derecho penal funciones de prevención general requieren por el contrario una discusión diferenciada. Con seguridad confunden derecho y moral, inscribiéndose en el inagotable filón del legalismo y del estatismo éticos, las recientes doctrinas de la prevención general llamada *positiva*, que atribuyen a las penas funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al estado, así como de la promoción del conformismo de las conductas: desde las doctrinas que conciben genéricamente al derecho penal como un instrumento insustituible de orientación moral, y de educación colectiva, hasta la reciente doctrina de Gunther Jakobs que, inspirándose en las ideas sistémicas de Niklas Luhman, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las trasgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones⁵⁸”.

La teoría de la prevención general positiva, creo que no es más que un juego de palabras que apuntan a una utopía jurídica en el sentido de que la pena al verla como una especie de medida por medio de la cual, al autor de un delito se le

⁵⁷ Zaffaroni Raúl, Eugenio. *et al.*, *op. cit.*, nota 34, p. 57.

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 26, pp. 274 y 275.

impone una sanción que puede ser grave, a la luz de la sociedad cumple los fines del derecho penal y genera confianza en el pueblo.

Sin embargo, en la realidad no sucede así, ya que para que esta teoría pudiera cumplir con su finalidad se debería de promover la difusión de las sanciones que pudieran llegar a imponerse a las personas en caso de cometer un delito para que los ciudadanos pudieran saber que tipo de conductas son consideradas como delito y de la pena que pudiera llegar a imponérseles, entonces y sólo así pudieran llegar a cumplirse los fines de la teoría de la prevención especial.

CAPITULO 2

(Derechos Fundamentales del Sentenciado)

2.1. Derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos de los que gozan los seres humanos, por el solo hecho de ser personas; por lo tanto, el reconocimiento de esos derechos los hayamos a nivel internacional y constitucional dentro de cada Estado, que en el caso de México se encuentran reconocidos en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a partir de la reforma del diez de junio de dos mil once, reconoce los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece.

En esa guisa, resulta indispensable hacer la transcripción de los párrafos segundo y tercero del citado artículo 1º Constitucional, donde el primero de ellos indica: *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

El siguiente párrafo menciona: *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias tienen obligación de promover, respetar, proteger, y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia el Estado*

deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En esa tesitura, resulta indispensable saber que nuestra Constitución y los diversos instrumentos internacionales que se analizaran en el transcurso del presente trabajo de investigación, reconocen los derechos humanos como derechos fundamentales.

Luigi Ferrajoli nos dice que son: “...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a *todos* los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁵⁹.

Así también, podemos decir que para que el Estado pueda garantizar esos derechos fundamentales en la medida de lo posible, deben existir ordenamientos jurídicos que regulen todas las conductas de las personas o ciudadanos, sin que la función de protección por parte del Estado resulte desproporcionada ya que “un ordenamiento jurídico, por ejemplo totalitario, carece de derechos fundamentales”⁶⁰.

Se dice que los derechos fundamentales tienen un carácter universal porque solo los sujetos en su condición de persona son los titulares de dichos derechos, “...son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 19-20.

⁶⁰ *Idem*.

personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares”⁶¹.

Es decir, los derechos fundamentales siempre estarán vigentes para las personas, al no ser discriminatorios o especiales para cierta clase de sujetos, por el solo hecho de que son inseparables de los humanos, no como las situaciones jurídicas o de poder que pueden estar sujetas a caprichos, aunado a que siempre van a estar reconocidos, otra de sus características es que los derechos fundamentales no aumentan ni disminuyen la calidad de los ciudadanos por ser una característica de la universalidad.

De acuerdo a la percepción de Ferrajoli los derechos fundamentales al ser “...*personalísimos*, son *indivisibles*, en el sentido de que su falta o su injusta privación en perjuicio de cualquier persona viola el valor de la persona y por consiguiente de todas las personas. Estos derechos son en realidad *inviolables*, además de inalienables e indisponibles, en el sentido de que su violación justifica la violencia”⁶².

En otras palabras, la vulneración de los derechos fundamentales equivaldría al no reconocimiento de la persona, ya que bajo ninguna circunstancia un particular o el propio Estado, puede violar los derechos que tienen reconocidos y por citar algún ejemplo sería el derecho a la vida, la libertad, la propiedad, la salud, etcétera.

El concepto de derecho fundamental, a través del tiempo ha ido adquiriendo diversas definiciones, dependiendo de la materia que las trate de incorporar, y muchos de esos significados están vinculados al lenguaje común y dónde se

⁶¹ *Idem.*

⁶² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 26, p. 911.

marca la diferencia es cuando se utilizan en el rango constitucional como fuente de su reconocimiento.

La definición que de aquí surja será formal y que dependerá del derecho positivo, "...cada ordenamiento, en efecto, puede contener catálogos más o menos amplios de derechos fundamentales o incluso no contener ninguno. Tampoco puede decirnos nuestra definición *cuáles son de hecho* los derechos efectivamente tutelados como fundamentales en un determinado ordenamiento, ni cuáles las vicisitudes que han conducido a su afirmación, los derechos fundamentales se atribuyen a clases de sujetos, todos los cuales son titulares en igual forma y medida"⁶³.

Las normas jurídicas que tengan la intención de proteger los derechos fundamentales deberán estar encaminadas a una clase de sujetos o mejor dicho, deberán proteger cierto tipo de derechos y que son exclusivos de los "humanos y que son hoy, todos los ordenamientos avanzados, el derecho a la vida, y las libertades fundamentales, el *habeas corpus* y las demás garantías penales y procesales. Pero hay también derechos fundamentales, como el derecho-potestad a disponer con autonomía de los propios bienes, que corresponden sólo a las personas con capacidad de obrar"⁶⁴.

En corolario, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos que tienen reconocidos los seres humanos por el sólo hecho de ser personas, no pueden vulnerarse bajo ninguna circunstancia y por el contrario deben estar reconocidos por el derecho positivo y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, con la finalidad de que el Estado en su calidad de garante los proteja ante cualquier adversidad o abuso de poder.

⁶³ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris Teoría del derecho y la democracia*, Roma-Bari, Trotta, 2007, p. 685.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 685.

2.1.1. Dignidad humana.

Cuando hablamos de dignidad de la persona humana, resulta menester hablar de los documentos internacionales que existen en materia de derechos humanos, por lo tanto, el primer documento que mencionaré y que reconoce la dignidad humana de las personas lo encontramos en la Declaración Americana de los Derechos y Declaraciones del Hombre, que en su preámbulo nos dice: *Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.*

Mientras que en su artículo segundo nos indica: *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.*

Otro de los documentos internacionales que tutelan la dignidad humana es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su preámbulo nos da a conocer: *La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.*

En tanto que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 5.2 parte in fine nos dice: *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

Instrumentos internacionales que contemplan el concepto de dignidad humana, de los que podemos apreciar que todos coinciden en que es una condición de la que gozan todos los seres humanos por ese sólo hecho, y que bajo ninguna

circunstancia puede ser restringida, "...para un jurista, la palabra persona hace referencia inmediatamente al sujeto del derecho, al titular de derechos y obligaciones.

Toda relación jurídica se da entre personas, si bien tiene como objeto cosas o conductas específicas. Los anteriores análisis sobre la naturaleza humana y la persona sirven ahora como fundamento para una explicación de lo que son los derechos fundamentales de la persona, ahora más comúnmente llamados, aunque con poca propiedad, *derechos humanos*"⁶⁵.

Establecido lo anterior, el concepto de dignidad humana o como en la actualidad se les conoce como derechos humanos, resulta de vital importancia para que los legisladores a nivel federal y local formulen normas de derecho acordes a las necesidades de la sociedad, ya que estas no pueden tener la cualidad de causar terror o zozobra a los ciudadanos, sino que su principal finalidad debe ser la de crear conciencia en los individuos y el respeto mutuo, al ser humano dotado de capacidad de discernimiento y entendimiento, cualidad que nos diferencia de las demás especies animales.

Como lo apunta el doctrinario José Cerezo Mir "(e)l Derecho tiene ya fuerza obligatoria por su mera positividad, por su virtud de superar el *bailum omnium contra omnes*, pero en caso de una infracción grave del principio material de justicia, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad de la persona humana carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de derecho"⁶⁶.

Resulta palmario establecer que el derecho al ser positivo ya cuenta con una característica de obligatoriedad y dentro de éste se encuentran normas de

⁶⁵ Adame Goddard, Jorge, *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1996, p. 149.

⁶⁶ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 14, t. II, p. 24.

conducta que deben respetar todos los seres humanos con la finalidad de no vulnerar los derechos humanos que se encuentran reconocidos en ellas.

Pero si un individuo decide no respetarlas, sólo en esos casos la protección de esos derechos se deja de aplicar, sin que esto afecte a las garantías que toda persona sujeta a proceso tiene, quien deberá de gozar de otro tipo de garantías que son las que garantizan una adecuada administración de justicia, en las que podemos destacar las de legalidad y debido proceso, ya que por el hecho de formar parte de un procedimiento judicial no pierden la calidad de seres humanos, pues aunque “(h)ay preceptos que emanan de la autoridad competente y su cumplimiento puede ser impuesto por la fuerza carecen de obligatoriedad en conciencia, no son derecho, si suponen una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana”⁶⁷.

El diccionario Porrúa de la Lengua Española define la palabra dignidad como “calidad de digno. Excelencia, realce. Cargo o empleo honorífico o de autoridad. Persona que lo ejerce. Gravedad y decoro en la manera de conducirse o comportarse”⁶⁸.

En base a dicha definición las personas utilizan ese vocablo para evitar que las conductas realizadas por otros sujetos lesionen sus derechos que se conoce como dignidad humana de las personas.

En otras palabras, “la dignidad humana es una cualidad que las personas poseen por el simple hecho de ser personas. En el momento en que se pasa por encima de ésta, como sucede en los casos de esclavitud, la persona se ve reducida a la

⁶⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁸ Raluy Poudevida, Antonio y Monterde, Francisco, *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, 53ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 254.

condición de objeto y como tal, es susceptible de ser vendida o utilizada para los más diversos fines”⁶⁹.

Así pues, el ser humano por su propia naturaleza humana “...llevaría razones suficientes para otorgar un valor supremo al individuo; un valor tan supremo que se lo considera como el *príus* del orden jurídico del estado de derecho”⁷⁰.

Finalmente, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en la jurisprudencia de rubro y texto: “Dignidad Humana. Su Naturaleza y Concepto, nos dice: La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna”⁷¹.

Estableció el concepto de dignidad humana que reconoce como un valor supremo con cualidades únicas y excepcionales con las que cuentan todos los seres humanos por el sólo hecho de ser personas, calidad que debe ser cuidada y respetada principalmente por el Estado, principalmente reconociendo los derechos humanos de los ciudadanos.

2.1.2. El derecho penal y los derechos humanos.

La finalidad del derecho penal es la de prevenir los delitos y las penas arbitrarias que se encuentran fuera del marco de la legalidad, pero para prevenir esos delitos el derecho penal tiene la obligación de respetar los derechos fundamentales de los

⁶⁹ Reyes Viguera, Armando, *Dignidad humana: cuando la esencia se convierte en mercancía*, México, Miguel Ángel Porrúa, s.a. p. 29.

⁷⁰ Pelè, Antonio, *Una aproximación al concepto dignidad humana*, (Universidad Carlos III de Madrid), http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf.

⁷¹ Tesis: I.5o. C. J/31 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 3, octubre de 2011, p. 1529.

posibles actores o responsables de delito, y para lograr dicho objetivo deben existir normas eficaces que nos permitan la aplicación de una adecuada impartición de justicia.

En esa tesitura, deben de existir normas que realmente castiguen las conductas más aberrantes y no penalizar aquéllas que pudieran formar parte del derecho civil o administrativo para que de esa forma la intervención del Estado, sea únicamente para las conductas más reprochables. “(b)ajo ambos aspectos la ley penal se justifica tanto que *la ley del más débil*, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte. Las dos finalidades preventivas *la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias* están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la necesidad política del derecho penal como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales*, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos”⁷².

Lo que conlleva a determinar que la finalidad del derecho penal es la de evitar que los ciudadanos se hagan justicia por su propia mano y derivado de esa justicia se lleve por medio de una fuerza excesiva y sobrepasada, “(l)a ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales”⁷³.

De tal manera que los objetivos del derecho penal no se limita a la simple defensa de los intereses sociales representada por los delitos, sino se traduce en la defensa del más débil o del sujeto pasivo contra el más fuerte, que en el caso sometido al análisis es el delincuente, en otras palabras “...al monopolizar la fuerza y delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados, la prohibición y la amenaza penales protegen

⁷² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 26, p. 335.

⁷³ *Idem*.

a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos y a los inocentes de quienes se sospecha como reos contra las venganzas u otras reacciones más severas”⁷⁴.

Pudiera resultar contradictorio que dentro de los objetivos del derecho penal se encuentre el de proteger al sujeto responsable de delito, ya que esta es una medida basada en el garantismo, que es aquél que protege los valores o derechos fundamentales de la mayoría, “...el fin justificador del derecho penal sería la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa, de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad”.⁷⁵

En el mismo orden de ideas, si bien es cierto que un ofendido por la comisión de un delito también sufre un grave daño con excepción del homicidio éste no puede compararse con las sanciones tan graves que prevé el derecho penal por poner un ejemplo, existen países que dentro de sus sistemas jurídicos contemplan la pena de muerte o mutilación.

En el sistema de justicia penal del Estado de Michoacán, tenemos que en la *praxis* se aplican las penas privativas de la libertad y multa, empero, el pasar algunos años de la vida detrás de las rejas originan una secuela difícil de olvidar, ya que salir de prisión, primeramente se tienen que enfrentar contra el gran problema de la estigmatización que en la realidad es más grave que la propia privación de la libertad que se le impuso.

Así también, el Estado dentro de su *ius puniendi* debe tener límites para la imposición de las sanciones y uno de esos límites es que debe de respetar “los derechos humanos que son de toda la humanidad y resultan irrenunciables si

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Ibidem*, p. 336.

queremos seguir aspirando a ser cada vez más una sociedad plural y una sociedad más o menos civilizada”⁷⁶.

Para que el Estado pueda proteger los derechos humanos tiene que legislar normas que resulten eficaces para la protección de los derechos humanos tanto en el sentido previsor y sancionador, así como aplicar estrategias legales con la finalidad de poder realizar una mejor impartición de justicia.

La doctrina sostiene que “...las normas jurídico-penales debe regirse por los principios de fragmentariedad y subsidiariedad. Ello implica, por un lado, que del universo de las conductas antisociales solamente deben prohibirse, en el ordenamiento punitivo, las que realmente entrañan mayor gravedad, y por el otro que, dada la naturaleza subsidiaria del derecho penal, el Estado debe emplearlo como un último recurso, cuando no basten las normas del derecho civil o las del administrativo”⁷⁷.

De lo anterior, podemos advertir que el derecho penal debe de utilizarse como último recurso y sólo por las conductas más graves cometidas por los sujetos que quieren estar fuera del margen de la ley, ya que como se había dicho en líneas que anteceden, las sanciones penales al ser más drásticas dejan secuelas imborrables para los sujetos que fueron sometidos a un procedimiento penal, por lo que el Estado debe de ser cuidadoso al implementar este tipo de medidas y que en la actualidad han ido mejorando por los nuevos mecanismos alternos de solución de controversias que se están comenzando a utilizar en materia penal y de los que se hablara más adelante.

⁷⁶ De La Barreda Solorzano, Luis, *Justicia Penal y Derechos humanos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 233.

⁷⁷ Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Obbudsmán*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 241.

2.1.3. Características de los derechos fundamentales.

Jesús Rodríguez y Rodríguez citado por Andrés Pérez Lozano, "...define a los derechos humanos como el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, económico, social y cultural, incluidos los mecanismos de garantía de todos ellos, que reconocen al ser humano, considerado individual o colectivamente"⁷⁸.

Una de las principales características de los derechos fundamentales es que son inherentes a los seres humanos por el sólo hecho de ser personas con capacidad de discernimiento y raciocinio, y que los mismos no puede ser restringidos por la nacionalidad de las personas o la cultura, así como tampoco se pueden restringir por cualquier otra circunstancia de discriminación, de ahí deriva otra de sus características que es la universalidad.

Para el doctrinario Andrés Pérez Lozano, los derechos humanos tienen las siguientes características: "...son inherentes porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna, pues se asume que nacemos con ellos, por tanto, estos derechos dependen de un reconocimiento por parte del Estado.

Universales, porque cuanto se extienden a todo género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.

Absolutos, porque su respeto se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad.

Inalienables, es decir, irrenunciables, pues pertenecen en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano; no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse o renunciar a los mismos, bajo ningún título.

⁷⁸ Pérez Lozano, Andrés, *El Control de Convencionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano*, México, Novum, 2011, p. 193.

Inviolables, porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente contra ellos, salvo las justas limitaciones que puedan imponerse de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad.

Imprescindibles, porque no se pierden por el transcurso del tiempo, independientemente de si se hace uso de ellos o no.

Indisolubles, porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su contenido esencial, al tener igual grado de importancia.

Indivisibles, porque no tiene jerarquía entre sí, es decir, no se permite poner unos encima de otros ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro.

Irreversibles, porque todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.

Progresivos, porque, dado el carácter evolutivo de los derechos en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales o aparezcan otros que en su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona.

Es importante tener presente la relación de interdependencia existente entre los derechos humanos, es decir, que la vigencia de unos es precondition para la plena realización de los otros, de forma tal que la violación o desconocimiento de algunos de ellos termina por afectar otros derechos⁷⁹.

De lo anterior, podemos destacar nuevos elementos como es que no se pierden con el transcurso del tiempo, si por el contrario son interdependientes ya que

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 205 y 206.

dependen uno del otro para seguir subsistiendo y reconociendo los diversos derechos humanos que gozan todas las personas, y sobre todo porque todos tienen el mismo grado de importancia.

Que es aquí dónde me surgió la interrogante que me formule al elaborar el presente trabajo de investigación, ya que debido a que todos los derechos fundamentales derivado de la universalidad, inviolabilidad, progresividad y la irreversibilidad con la que cuentan, los operadores jurídicos se encuentran ante un grave problema de ponderación, que es ahí dónde el Juez tiene que ser hábil para aplicar el derecho de la mejor manera posible con la finalidad de cumplir con los estándares de justicia.

Virtud de que debido al reclamo de la sociedad y la poca cultura jurídica con la que cuentan los habitantes del Estado Mexicano, siempre se exige el castigo de la persona que comete un delito, sin embargo, al vivir dentro del estado de derecho, se tienen que respetar tanto los derechos de los ofendidos, como de los procesados o sentenciados por medio de las garantías judiciales y con máximo apego al debido proceso.

Establecido lo anterior, el juez al hacer el estudio de un proceso penal debe ser cauteloso en que no se hubieran vulnerado los derechos de los encausados dentro del procedimiento, para posteriormente analizar si se acredita alguna de las eximentes de responsabilidad y en caso de no ser así, entrar al estudio de los elementos del tipo penal y la plena responsabilidad penal del acusado.

Analizado lo anterior, el juzgador deberá realizar el estudio de la individualización de la pena y posteriormente entrar a la imposición de la pena, que como parte complementaria encontramos el pago de la reparación del daño, y es aquí dónde surge el planteamiento que trato de demostrar por medio de la investigación.

Es decir, el juez debe ser garante de los derechos tanto de la víctima como del procesado, ya que no puede analizarse de manera somera la condena de dicha pena pública, que de acuerdo al criterio emitido por la Primera Sala del máximo Tribunal de la Nación determinó en su tesis aislada de epígrafe: “Reparación del daño, naturaleza de la acción de”⁸⁰, que en otras palabras nos dice que el objetivo que pretendía el legislador al elevar la reparación del daño a la categoría de pena pública no trató de dejar fuera al ofendido, sino por el contrario, debido a la intervención del Ministerio Público se lograra la satisfacción del interés social que en las penas corporales como las patrimoniales se impusieran a los delincuentes.

En base a lo anterior, podemos observar que el objetivo principal del Estado al elevar el pago de la reparación del daño a una pena pública era con la finalidad de cumplir con las exigencias sociales, que de acuerdo a lo que hemos analizado es justificable, ya que el ofendido al haber sido víctima u ofendido de delito también sufre un detrimento que puede ser físico, moral o patrimonial y por ende debe existir el resarcimiento en la medida de lo posible siempre que ésta no sea excesiva y con ello se llegue a convertir en lucro.

Por lo tanto, el juez debe de contar con todos los elementos necesarios para poder condenar a esa pena pública y por ello deben de estar debidamente acreditados y en caso contrario resulta coherente la determinación de absolver al responsable de delito cuando la propia víctima u ofendido no tenga el interés de reclamar el pago de la reparación del daño.

De esta forma, el hecho de dejar pendiente el pago de la reparación para la ejecución de sentencia cuando no se encuentra acreditado el monto al que pudiera ascender esa reparación, excede los estándares de los derechos fundamentales principalmente con el de interdependencia pues se recarga la

⁸⁰ Tesis Aislada, Primera Sala informe 1941, abril de 1941, Quinta Época, p. 50.

balanza hacia el lado del ofendido, dejando en un estado de indefensión y sobre todo de inseguridad jurídica, al sentenciado, ya que el procedimiento que se le sigue resulta interminable ya que el pago de la reparación del daño forma parte de la condena, situación que se seguirá demostrando en el transcurso de la presente tesis.

En esa guisa, el deber de los encargados de administrar justicia "...deriva el derecho fundamental de cada persona de tener asegurado el respeto de sus derechos fundamentales, lo cual comprende básicamente dos cosas: a) que el ordenamiento jurídico reconozca y tutele esos derechos fundamentales que tiene la persona por su propia dignidad y naturaleza, y b) que conceda a todas las personas los recursos necesarios para hacer cesar una violación a sus derechos, obtener la reparación del daño consiguiente y demandar el castigo del agresor"⁸¹.

Es por ello que las garantías constitucionales juegan un gran papel en el respeto de los derechos humanos, que su finalidad principal es la de protegerlo y que los podemos identificar como el derecho a la vida, la libertad, las propiedades, posesiones o derechos, que en el Estado Mexicano su única forma de protección hasta antes de la reforma del diez de junio de dos mil once, al artículo primero Constitucional, se hacían valer o respetar por medio de "...el juicio de amparo que representa el medio procesal por excelencia para restituir las garantías constitucionales, lo cual se traduce en que los derechos referidos queden intocados.

En suma, se puede afirmar, que en donde exista un derecho humano habrá de estar presente una garantía que lo proteja y viceversa. De ahí que de existir un derecho sustantivo o derecho humano, sin la respectiva garantía constitucional; tal derecho, no pasaría de ser una simple ilusión"⁸².

⁸¹ Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, nota 65, p. 149.

⁸² Padilla, José R., *Derechos Humanos y Garantías Constitucionales*, México, Porrúa, 2012 p. XV.

Para culminar, debo decir que si los derechos humanos los encontramos inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada, éstos deben estar reconocidos por la Constitución, las leyes federales, locales e incluso en reglamentos y estatutos, y el Estado tiene la obligación de hacerlos valer, es aquí dónde “...los postulados de la escuela *iustitivist*, los reconoce no por la naturaleza o calidad del hombre, sino como un otorgamiento expreso que el Estado plasma en la ley, por medio del cual los gobernados gozan de determinadas garantías o derechos que pueden hacer valer frente a las autoridades”⁸³.

2.1.4. México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, fue suscrita en 1969, convención en la que participó el Estado Mexicano, que con recelo aceptó el reconocimiento de los derechos humanos que protege dicha convención, indicando que el respeto de ellos debía depender de la legislación interna de cada Estado, aunque al final cambio su postura derivado de la aceptación de su competencia y no fue hasta el año de 1981 en que México se adhirió a la Convención Americana, pero aún así se reservó la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte y esto se debe a que México es uno de los Estados que ha cometido múltiples violaciones a los derechos humanos.

Debido al desprestigio con el que contaba el Estado Mexicano “...el presidente López Portillo, envió para su aprobación a la Cámara de Senadores una serie de tratados de derechos humanos, los cuales aprobó el 18 de diciembre de 1980. que fueron: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de 1966); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (de 1956), la Convención

⁸³ Ríos Estavillo, Juan José y Bernal Arellano, Jhenny Judith, *Hechos violatorios de derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2010, p. 11.

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (de 1979); la Convención sobre el Asilo Territorial (de 1954) y la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (de 1948).

Es decir, todo un paquete de tratados de derechos humanos que vestían de democrata y de respetuoso de los derechos humanos al gobernante en turno, olvidándose de la protección de la soberanía. Pero se le olvidó proveer a los mexicanos de una estructura adjetiva adecuada para hacer valer sus derechos. Lo que sucedería ya en las postrimerías del sistema de partido único, en el año de 1998”⁸⁴.

Es por ello que, el seis de junio de 1990 fue creada la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, posteriormente en el año de 1992 por adición del apartado del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se elevó a la categoría de constitucional, con independencia y autonomía de los Poderes de la Unión, esto con la finalidad de no tener injerencia de los grupos de poder.

Es evidente que el Estado Mexicano ha implementado mecanismos idóneos para la protección de los derechos humanos, tan es así que aceptó “...la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998 y la firma del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional, a finales del 2000.

Sin embargo, no dejan de ser insuficientes en relación con los compromisos internacionales de la materia, con el ejercicio cotidiano de dictar el derecho en los tribunales nacionales, y frente a la posibilidad de traducir en verdaderas políticas

⁸⁴ Becerra Ramírez, Manuel, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, s.a., pp. 320 y 321.

públicas de Estado toda la propuesta doctrinal y jurisprudencial de los organismos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”⁸⁵.

Por sistema interamericano de derechos humanos debemos entender, todos aquellos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que han sido suscritos por la Organización de Estados Americanos, de los que México forma parte, dentro de los que debemos destacar la Comisión Internacional de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Para la aplicación del control interno de convencionalidad en materia de derechos humanos, los juzgadores lo deberán implementar a partir de la Jurisprudencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos o por medio de los criterios de interpretación que solicita un determinado Estado que ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte, tal y como lo establecen los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde el primero de ellos dispone:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo podrán consultarla, en lo que compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales, previo al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “...la jurisprudencia

⁸⁵ Pérez Lozano, Andrés, *op. cit.*, nota 78, p. 191.

*de la Suprema Corte de Justicia de México, con algunos precedentes en nuestro país, y muchos en otros Estados, declaró con el mayor énfasis la recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos*⁸⁶.

A través del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México tiene la obligación de reconocer toda la serie de instrumentos internacionales que forman parte de la Organización de Estados Americanos, en materia de derechos humanos.

2.1.5. Armonización de los Derechos Humanos.

El principio de armonización entre la Constitución y el tratado internacional es aquél en el que el intérprete debe procurar una interpretación que permita armonizar la norma nacional y la internacional.

Derivado de la reforma al artículo 1º Constitucional tenemos que existe una cláusula de interpretación en la que nos dice que las normas de derechos humanos se deberán de interpretar conforme a la Constitución y a los tratados internacionales, conjunción copulativa de la que podemos advertir que en materia de derechos humanos el interprete deberá de aplicar la norma que sea de mayor protección o si se puede armonizar tanto la norma Constitucional con los derechos internacionales.

Constituye en palabras de Bidart Campos, una “...interpretación conciliadora en una doble vía, en la medida de que efectúa interpretación de la constitución (derechos humanos de fuente constitucional e internacional) y desde la constitución hacia abajo (con la norma subconstitucional cuya interpretación debe ser conforme a la constitución y a los tratados internacionales)”⁸⁷.

⁸⁶ García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana Circunstancia y Actualidad* en Sainz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coord.), México, Porrúa, 2012, p. 274.

⁸⁷ Bidart Campos, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, México, Ediar-UNAM, 2003, p.388.

Eduardo Novoa afirma que "...resulta casi contradictorio suponer que dos o más derechos humanos puedan entrar en colisión o pugna entre sí, sin embargo se dan situaciones en que la vida privada de una persona choca con la necesidad de otras de poseer una mayor información sobre lo que acontece en la vida social. Es decir, de acuerdo con su pensamiento se dan casos en los cuales el derecho a la vida privada se presenta como opuesto a la libertad de información, a la cual tienen derecho los demás miembros de la sociedad"⁸⁸.

Claro ejemplo de lo anterior, sería lo que pretendo demostrar con el presente trabajo de investigación, ya que si bien es cierto que con el objetivo de no vulnerar el derecho de los ofendidos al absolver a los procesados del pago de la reparación del daño cuando no está acreditado su monto, los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinaron que era legal la sentencia que se dictara dejando pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia.

Sin embargo, creo que esa jurisprudencia se elaboró de manera superficial y sin analizar los problemas que le generan a los sentenciados, ya que con la finalidad de proteger el derecho de los ofendidos al asegurar el pago de la reparación del daño, pisotearon los derechos fundamentales de los sentenciados ya que éstos en caso de ser procedente alguno de los beneficios que contempla nuestra legislación penal, como sería la conmutación de la sanción establecido en el artículo 72 del Código Penal del Estado, o el de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción artículo 79 del cuerpo de leyes mencionado con anterioridad.

Lo anterior es así, ya que en la *praxis* para que el sentenciado se pueda acoger a cualquiera de esos beneficios es necesario que cubra los sustitutivos que le fueron

⁸⁸ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1981, p. 9.

impuestos en sentencia, así como lo correspondiente al pago de la reparación del daño, y si dentro de la sentencia el juzgador en primera o segunda instancia determinó que quedara pendiente para la ejecución de la misma, el sentenciado no podrá acogerse a dicho beneficio y por lo tanto permanecerá privado de su libertad personal sin ninguna justificación.

Argumento que no resulta absurdo, pues para ello los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, emitieron la tesis aislada de rubro: Conmutación de la pena de prisión por multa. Cuando la sentencia que concede dicho beneficio reserva para el incidente de ejecución determinar el monto de la condena al pago de la reparación del daño, será hasta entonces cuando conceda al sentenciado el plazo de quince días para que pague la multa sustitutiva (Legislación del Estado de Michoacán).

Determinación con la que supuestamente trataron de proteger el derecho del sentenciado respecto de la seguridad jurídica en cuanto a la fecha a partir de la cual los jueces lo deberían de requerir para el cumplimiento de la sentencia, con lo que podemos advertir la clara violación a los derechos fundamentales del sentenciado, ya que si el ofendido no tiene la intención de solicitar o acreditar el pago de la reparación del daño, el sentenciado deberá de esperar diez años que es el termino que establece nuestra legislación penal para poder prescribir el derecho a la reparación del daño, tal y como lo dispone el artículo 100 del Código Penal del Estado de Michoacán.

Criterio que es erróneo, ya que resulta desfasado el término de la prescripción respecto del derecho a exigir el pago de la reparación del daño, en relación a la pena que se le pudo haber impuesto al sentenciado.

Pues, en caso de que se le concediera el beneficio establecido en ordinal 79 del catálogo represivo del Estado, es evidente que se le concedió dicho beneficio porque la pena aplicada no excedió los tres años, es por ello, que se seguirá demostrando mediante el presente trabajo de investigación, la grave violación a los derechos fundamentales de los sentenciados al dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia.

Con lo anterior se demuestra que tanto los Ministros del máximo Tribunal del país, así como los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, tomaron decisiones equivocadas y violatorias de derechos fundamentales, ya que es aquí dónde los encargados de impartir justicia deben de ser cuidadosos y ponderar que el derecho a la libertad es más importante que el derecho a la reparación del daño y sobre todo cuando no se encuentra justificado en autos.

En ese sentido Jorge Carpizo nos dice "...que si la cuestión no se examina con cuidado sí pareciera que existe ese conflicto, pero si nos auxiliamos con la lupa de las ideas anteriormente expuestas, veremos que ese aparente conflicto es sólo un asunto de armonización de derechos, y desde esta perspectiva no existe jerarquía superior [...], sino que examinándose el caso concreto, el juez decide qué precepto constitucional y legal debe aplicar a dicho asunto. El juez, sin embargo, debe respetar el marco constitucional y legal que armoniza los diversos derechos humanos"⁸⁹.

En base a lo anterior, los jueces están obligados a realizar de oficio el control de convencionalidad dentro de los límites de sus competencias, ya que como se dijo en líneas que anteceden, "...la armonización de las normas no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de

⁸⁹ Carpizo, Jorge, *Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características*, Cuestiones Constitucionales, núm. 25, julio-diciembre, México 2011, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 25.

armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional”⁹⁰.

2.2. Control difuso de Convencionalidad.

El control difuso es aquél en el que los jueces mexicanos deberán de realizar un examen de compatibilidad entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos, jurisprudencia y criterios de interpretación emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el último órgano jurisdiccional capaz de interpretar el Pacto de San José de Costa Rica.

En otras palabras, cuando una norma o incluso un reglamento de carácter nacional otorgue mayor protección a los derechos humanos, se deberá de aplicar ésta a la luz de la reforma al artículo 1º Constitucional del diez de junio de dos mil once, lo que “...implicara, también, una intensa capacitación y actualización de los jueces sobre los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como del funcionamiento de la nueva técnica interpretativa de las normas relativas a los derechos humanos prevista en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional)”⁹¹.

Criterio hermenéutico que no es opcional para los encargados de administrar o impartir justicia, en éste caso los jueces tienen la obligación Constitucional de realizar éste criterio de interpretación máxime cuando se trate de violaciones a los derechos humanos o se trate de proteger un derecho humano en específico.

⁹⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*”, Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 577 y 578.

⁹¹ *Ibidem.* p. 91.

Otra de las características del control difuso de convencionalidad en relación al debido proceso y a los procesos nacionales es “...el deber de los Estados de realizar un análisis de convencionalidad. Esto significa que cualquier norma o actuación del Estado debe ser analizada no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también en función de las obligaciones internacionales asumidas por aquél en materia de derechos humanos, en general, y en función de la Convención Americana, en particular”⁹².

Es decir, con el objeto de no vulnerar el debido proceso en las diversas actuaciones judiciales, los Estados que formen parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen la obligación por medio de sus jueces que son los encargados de aplicar esa justicia de que los fines que buscaban los tratados internacionales en materia de derechos humanos no se vulneren dentro de las actuaciones judiciales, ya que si la norma local va en contra de ellas, los jueces tendrán la obligación de hacer una interpretación de tal forma que el derecho humano de las personas que intervienen en el proceso no se vulnere.

En esa tesitura, el juez no solo aplicaría bien los estándares internacionales sino que evitaría, de realizarse correctamente tal análisis, que más casos lleguen al conocimiento de la Corte cumpliendo, en última instancia, con la función preventiva del Sistema Interamericano.

Además, el control de convencionalidad puede ser positivo para las víctimas “...dado que aquel podría encontrar solución a nivel nacional mediante la aplicación de los estándares más altos del Sistema Interamericano, sin tener que

⁹² Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2012, pp. 48 y 49.

esperar un pronunciamiento internacional que retrasa la obtención de justicia y pone el peso de la espera sobre la víctima”⁹³.

2.2.1. El derecho a la libertad personal.

En el marco de los derechos humanos la restricción a la libertad debe estar justificada por motivos razonables, es decir, no se puede privar de la libertad a ninguna persona sin que exista una causa justificada y sobre todo, por deudas de carácter puramente civil como lo establece la parte *in fine* del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es aquí dónde se origina el problema que planteo en el presente trabajo de investigación, como lo he mencionado a *supra* líneas, en el Estado de Michoacán a pesar de existir diversas formas de sancionar las conductas delictivas previstas en el Código Penal del Estado, sólo se utilizan tres, que son: 1. La pena privativa de la libertad que incluso puede ser sustituida por dinero. 2. Otra sería la multa, y 3. El pago de la reparación del daño que también está contemplado como un derecho de la parte ofendida a nivel Constitucional dentro del artículo 20 apartado C fracción IV.

Ahora bien, si bien es cierto que los ofendidos dentro del proceso penal tienen reconocido su derecho a solicitar el pago de la reparación del daño, éste debe ser como claramente lo establece la Constitución, en otras palabras, cuando esté plenamente acreditado su monto, pero si dentro del expediente no se encuentra acreditado el monto al que debería de ascender la reparación del daño, no debe de existir ninguna causa para que los Jueces de Primera Instancia o los Magistrados tomen la decisión intransigente de dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia.

⁹³ Pérez Lozano, Andrés, *op. cit.*, nota 78, p.223.

Pues como se ha demostrado en párrafos que anteceden, tomando como base el criterio sustentado por los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, el juez no puede requerir al sentenciado para que dentro de los quince días posteriores a la fecha de la notificación de cumplimiento con la sentencia hasta en tanto no esté acreditado el derecho a la reparación del daño, y será hasta éste momento en que se podrá requerir al sentenciado para tal efecto.

Determinación que a todas luces resulta violatorio de los derechos fundamentales o humanos de toda persona sujeta a proceso penal, ya que de acuerdo al Pacto de San José de Costa Rica de 1969 o la Convención Americana de Derechos Humanos del que México forma parte, en su artículo 7 nos indica:

Derecho a la Libertad Personal.

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales;*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas;*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios;*
4. *...;*
5. *...;*
7. *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.*

Instrumento Internacional del que podemos advertir que tutela el derecho a la libertad y a la seguridad personal, los cuales no pueden estar sujetos a decisiones arbitrarias y tomadas fuera del raciocinio, además de que incluso reconoce que la libertad de las personas estará sujeta a las disposiciones de la Constituciones Políticas de los Estados.

Dicho lo anterior, si nuestra Carta Magna no justifica de ninguna forma la privación de la libertad de las personas y sobre todo como se menciono por deudas de carácter civil, ¿Porqué tomar la determinación de privar de la libertad a los sentenciados al no estar acreditado el pago de la reparación del daño? Cuando ésta se puede tramitar y en su caso justificar ante los juzgados Civiles correspondientes.

Así también, tenemos que el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 sólo justifica la privación de la libertad de una persona cuando los mandatos de la autoridad judicial sean por incumplimiento de deberes alimentarios, pero en el caso sometido a estudio la privación de la libertad se suscita por una deuda de carácter civil, lo que para una sociedad racional y que apunta hacia el progreso no debe de suceder.

Otro de los instrumentos internacionales que tutelan el derecho a la libertad personal es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en sus artículos 3 y 9 tutelan lo relacionado al tema de investigación que nos ocupa y que disponen lo siguiente:

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; y,

Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido.

Ahora bien, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aborda de manera general el derecho a la libertad señalando que todos los individuos tienen derecho a la libertad, así como también nos dice que nadie podrá ser detenido arbitrariamente.

Entonces, aquí debemos hacer uso de la hermenéutica para poder establecer que la libertad de todas las personas y sobre todo de los que se encuentran sujetos a proceso tienen derecho a la libertad o de poder seguir su proceso en libertad o en el caso que nos ocupa no pueden ser detenidos arbitrariamente por el hecho de no estar justificado el monto de la reparación del daño correspondiente al delito que se someta a estudio.

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.1 dispone lo siguiente:

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Como podemos advertir, éste instrumento internacional tutela el derecho a la libertad personal y sobre todo que no puede ser restringido por detenciones arbitrarias, es por ello que la determinación de dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia cuando no está determinado su monto en el expediente, vulnera y causa un agravio irreparable para el sentenciado debido a que si éste se encuentra privado de su libertad

personal y le es concedido alguno de los beneficios que contempla el Código Penal del Estado, no puede acogerse a ellos hasta en tanto no se encuentre acreditado el monto de la reparación del daño.

Es por ello, que el objetivo primordial que pretendo demostrar al elaborar el presente trabajo de investigación, no es más que el grave perjuicio que se le causa al sentenciado al no poder gozar de su libertad por no poder dar cumplimiento con la sentencia, debido a la mala decisión tomada por los juzgadores al aplicar el criterio que estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al dejar pendiente el pago de la reparación del daño.

Pues para cualquier ser humano debe ser una indeseable estar detenido y sobre todo sin que exista ninguna razón justificada y acorde a derecho, además de que puede resultar traumática, ¿Entonces porqué tomar la decisión de dejar pendiente el pago de la reparación del daño cuando no está acreditado su monto dentro del expediente?

Esa será la interrogante que seguiré debatiendo en el transcurso del presente trabajo de investigación hasta demostrar que se afectan los derechos fundamentales del sentenciado al no poder gozar de la libertad personal al no existir ninguna evidencia tangible y sobre todo demostrable dentro del expediente para poder determinar el monto de la reparación del daño.

2.2.2. La prohibición de la doble incriminación.

Dentro de los instrumentos internacionales tenemos que el artículo 8.4 de la Convención Americana señala que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Así también el ordinal 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nos indica que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Disposiciones Internacionales que contemplan el principio del *non bis in idem*, que es aquél que prohíbe la doble incriminación por los mismos hechos que ya fue procesada una persona con independencia de que sea condenada o absuelta por falta de elementos o por no acreditarse su responsabilidad penal.

En palabras de García Pablos de Molina el principio *nen bis in idem* es “(l)a prohibición de que unos mismos hechos (*recte*: un mismo contenido del injusto o una misma infracción) puedan sancionarse dos o más veces, es un principio general del derecho sancionador. O si se quiere, un criterio concursal básico que veda la pruralidad de sanciones a una idea idéntica infracción, esto es, si se aprecia identidad de sujeto, de hecho y de fundamento”⁹⁴.

Debo resaltar que el concepto aportado por éste autor se refiere a que no se puede hacer la afirmación de que nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos, ya que si un mismo hecho lesiona intereses distintos en normas distintas, entonces sería correcto el procesamiento de esa persona.

⁹⁴ García Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, nota 4, pp. 114 y 115.

Para Cobo del Rosal el principio *ne bis in idem* "...tiene un doble significado: de una parte, es un principio material, según el cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción y, de otra, es un principio procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos"⁹⁵.

Para Alfredo Haro Goni, "...uno de los límites al poder punitivo del Estado es el principio *non bis in idem*, también conocido como *ne bis in idem*. La diferencia entre dichas expresiones radica en que *ne* se usa para dar inicio a una oración negativa subordinada a una principal y se traduce como *para que no* o *que no*; *non*, por el contrario, es una simple negación que se traduce como *no*.

De lo anterior resulta, que la forma correcta de enunciar el principio en estudio es *non bis in idem*, toda vez que la utilización de *ne bis in idem*, se traduciría *para que no dos veces por lo mismo*, oración que hace manifiesta la necesidad de una oración principal que la anteceda.

El principio en referencia, tal y como lo ha sostenido la doctrina norteamericana, europea en general, española en particular y mexicana, tiene dos modalidades, una sustantiva material, consistente en que nadie debe ser castigado dos veces por la misma conducta, en otras palabras, que no se impongan o atribuyan dos sanciones a una misma conducta y otra adjetiva o procesal, consistente en que nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo hecho, siempre que sobre el mismo haya recaído sentencia firme, auto de sobreseimiento o confirmación del no ejercicio de la acción penal"⁹⁶.

Corolario a lo anterior, podemos observar que el principio *non bis in idem*, es aquél que prohíbe la doble incriminación de una persona que fue sometida a procedimiento judicial, ya que, si dentro de un proceso penal se juzga y se sanciona una persona por encontrarla responsable de haber cometido un delito y

⁹⁵ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomas, *op. cit.*, nota 5, p. 91.

⁹⁶ Haro Goni, Alfredo, *El Non Bis In Idem en México*, México, Tirant lo blanch, 2012, pp. 25 -28.

se acredita su responsabilidad en el hecho, al dejar pendiente el pago de la reparación del daño para que sea tramitado mediante el incidente de ejecución de sentencia, ante la misma autoridad y sobre los mismos hechos, podemos arribar a la conclusión de que nuevamente se le está juzgado sobre los mismos acontecimientos.

Ahora bien, en relación a la hipótesis que planteó, podemos decir que se sujeta a los sentenciados a un doble procesamiento por un mismo hecho, al adoptar el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que después de haber sido procesado por el delito que cometió, haberse desahogado y analizado las pruebas necesarias para la acreditación del delito y la plena responsabilidad del acusado.

Resulta absurdo que después de habersele impuesto una pena de prisión y multa tenga que seguirse otro procedimiento dentro de la ejecución de sentencia para que se demuestre el importe de la reparación del daño, y así poder condenar al sentenciado a dicha pena pública, y sólo así pudiera estar en condiciones de hacer el pago respectivo para poder acogerse a alguno de los beneficios que le fueron concedidos en la sentencia principal.

Procedimiento que para el suscrito resulta erróneo y sobre todo violatorio de derechos humanos del sentenciado, ya que el hecho de volver a presentar pruebas para la acreditación del importe de la reparación del daño, sería como aceptar que no existe ningún elemento para acreditar tanto el delito y la responsabilidad penal del acusado en su comisión, al no ser idóneos para tal efecto.

2.3. El debido proceso.

El proceso es un medio para que en la medida de lo posible se pueda dar solución a las diversas controversias que se plantean ante los tribunales, dentro de éste se desarrollan una serie de actos jurídicos que deben regirse bajo el principio del debido proceso.

Es decir, de todos los actos que sirven para hacer valer el ejercicio de un derecho, requisitos que se deben de cumplir con la clara finalidad de proteger y garantizar la adecuada defensa y sobre todo que la actuación judicial sea la apropiada. Podríamos decir que el debido proceso garantiza el pleno desarrollo del proceso en las instancias procesales.

El debido proceso es una garantía constitucional, que para que pueda cumplir con sus objetivos será necesaria la interpretación que pueda dársele a la norma que lo consagra. La interpretación que se debe de realizar deberá de ser a la luz de los derechos fundamentales que sería la interpretación más amplia que pudiera considerarse.

Para el autor Antonio Pérez Luño, citado por Arturo Hoyos, "...empieza por distinguir los diferentes papeles de los derechos fundamentales como valores, principios y normas, entendiéndose que los valores constitucionales suponen el contexto de valor fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la constitución y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad.

Los valores tienden a concretarse en principios constitucionales que explican su contenido, pudiéndose establecer una distinción entre los unos y los otros basada en el diferente grado de concreción existente entre valores y principios.

Los principios, a su vez, se incorporan en disposiciones constitucionales específicas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas que se hayan tipificadas en términos de mayor precisión.

Tal proceso se realiza, en primer lugar, en las propias disposiciones constitucionales y a partir de ellas, en las restantes normas de interior jerarquía que integran el sistema jurídico⁹⁷.

Así pues, el debido proceso resulta un requisito indispensable para la protección de cualquier derecho ante los órganos jurisdiccionales. Siendo su principal característica la limitación del poder estatal dentro de una sociedad democrata.

La intervención de los órganos judiciales dentro del proceso no es mínima, sino por el contrario, éstos deberán de ser garantes de que se respeten todos los requisitos tanto de forma y fondo para asegurar tanto la apropiada defensa del procesado, así como que también se hubiera aplicado o dejado de aplicar una norma con lo que se vulneren los derechos del procesado y traiga como colación la violación al debido proceso.

Para Fernando Silva García, “(s)i bien el artículo 8 de la Convención Americana se intitula Garantías Judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

⁹⁷ Hoyos, Arturo, *Debido Proceso y Democracia*, México 2006, ed. Porrúa, pp. 89 y 90.

Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos de los artículos 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁹⁸.

Determinación que también es avalada por el jurista Sergio García Ramírez, ya que éste nos dice que “(e)n materia penal incluye tanto las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como otras adicionales que pudiera ser necesarias para la integración de este concepto.

Requiere, en consecuencia, que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”⁹⁹.

Para Linares Quintana, citado por Juan Colombo Campbell, debemos recordar que “...existe un debido proceso adjetivo y un debido proceso sustantivo. El primero de ellos está identificado con lo que en Argentina se llama debido proceso o bien defensa de juicio, es decir, que se trata de una garantía de tipo procesal, tendiente a la defensa de los derechos de una persona en un proceso judicial.

Ahora bien, intentando una definición más formal, sostiene que el debido proceso sustantivo, o garantía de la razonabilidad, es la exigencia constitucional de que las leyes deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción, teniendo en

⁹⁸ Silva García, Fernando, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, criterios esenciales*, México, s. e., 2011, pp. 108-110.

⁹⁹ García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, p. 363.

cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que, como prestación o sanción, establece dicho acto”¹⁰⁰.

Podemos notar que para éste autor el debido proceso se divide en dos vertientes, la primera que sería aquella que garantiza el desarrollo del adecuado procedimiento con la finalidad de no vulnerar los derechos de las personas, y la segunda trata que las normas tengan un grado de constitucionalidad y sobre ella sus objetivos y fines estén debidamente justificados con el objetivo de que la norma sea apropiada y sobre todo justa.

Es por ello que “...el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional. Desde este punto de vista hasta podría considerarse que es la única garantía, y así comprende dentro de esta disciplina los lineamientos generales de la acción procesal, del debido proceso, tanto procesal como sustancial, y de manera específica el debido proceso penal”¹⁰¹.

2.3.1. El debido proceso como derecho humano.

Al hablar de debido proceso no podemos limitarnos sólo a analizarlo a la luz del constitucionalismo sino también como un derecho fundamental o derecho humano que como ya se dijo se encuentra tutelado a nivel internacional por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, que a partir de aquí, es un derecho inviolable y sobre todo se convierte en un derecho reconocido para todos los seres humanos.

“Modernamente, el debido proceso aparece vinculado al constitucionalismo, el cual, dentro de sus muchas acepciones, aparece siempre ligado a la idea de un gobierno limitado, sobretodo, a través del derecho, ya que dicho principio, a través de una evolución histórico-política, ha encontrado sitio en las constituciones

¹⁰⁰ Colombo Campbell, Juan, *El Debido Proceso Constitucional*, Porrúa, México, 2007, p. 36.

¹⁰¹ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 119.

modernas y democráticas como un derecho fundamental que no sólo garantiza la actuación del derecho material sino que impone límites importantes a la acción del Estado al punto de constituir un frente a la potencial acción arbitraria de este frente a todas las personas sujetas a dicha acción”¹⁰².

“El derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado ampliamente en distintos instrumentos convencionales, ha contribuido sustancialmente al desarrollo del proceso de positivación y de afirmación de las garantías del debido proceso, al igual que lo ha hecho el derecho constitucional comparado.

En el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, el debido proceso entendido como un medio pacífico de solución de conflictos, como un remedio idóneo de conflictos a través de la erradicación de la fuerza ilegítima, y como un debate en el que participan dos partes con la intervención de un tercero independiente e imparcial que interpreta y aplica la ley a cada caso concreto, se rige por una serie de principios, disposiciones y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que están en juego en los procesos judiciales, y, en definitiva, garantizan un juicio justo a las partes”¹⁰³.

Dentro del derecho internacional encontramos reconocidos los principios y garantías del debido proceso que están reconocidos para ambas partes del proceso penal, es decir, tanto para los imputados como para las víctimas u ofendidos por la comisión de un hecho delictuoso, garantías que no pueden ser suspendidas bajo ninguna circunstancia.

Dentro de esas garantías podemos apreciar el principio de legalidad, principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia, principio de publicidad procesal, derecho de acceso a la jurisdicción, derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a un juez natural predeterminado por la ley, derecho a la

¹⁰² Hoyos, Arturo, *op. cit.*, nota 97, p. 15.

¹⁰³ Mélenz, Florentín, *Las Garantías del Debido Proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 195-197.

tutela judicial efectiva; derecho a un juicio justo, derecho a un trato humano, derecho a la celeridad judicial y derecho a un recurso efectivo.

Con lo anterior, podemos apreciar que tanto los procesados como los ofendidos gozan de la garantía del debido proceso, el cual se debe de respetar por todos los encargados de impartir justicia, sin embargo, al adoptar el criterio emitido por los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de dejar pendiente el pago a la reparación de sentencia para la ejecución de la misma, se vulneran los mencionados en el parágrafo que antecede.

Determinación que de seguirla aplicando puede generar responsabilidad internacional para el Estado Mexicano, ya que con ello se vulneran los derechos fundamentales de los sentenciados al mantenerlos privados de su libertad por existir una deficiencia dentro del proceso que a todas luces es imputable al Ministerio Público.

2.3.2. El derecho penal como instrumento de tutela.

El objetivo principal del derecho penal es el de proteger a los ciudadanos, y es por ello que pugna por que sólo se penen las conductas que resulten más reprochables para la sociedad y sobre todo, respetando los derechos fundamentales de los procesados y es por ello que le da un reconocimiento significativo a la norma constitucional que es la que se encuentra destinada a regularlo.

“La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos *efectos lesivos* y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al derecho penal. La intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo.

Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, *las prohibiciones mínimas necesarias*, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave a la lesión de derechos de las generadas institucionalmente por el derecho penal.

El segundo límite deriva, por imponerlo así la secularización del derecho y su separación de la moral, de la consideración utilitarista de la necesidad penal como tutela de bienes fundamentales, no garantizables de otro modo. Y se explicita en el *principio de lesividad*, que constituye el pensamiento axiológico del primero de los tres elementos sustanciales o constitutivos de delito: la naturaleza lesiva del *resultado*, esto es, de los efectos que produce”¹⁰⁴.

Es por ello que el derecho penal como instrumento de tutela, como objetivo principal es el de evitar que los terceros hagan justicia por propia mano, así como el de minimizar la violencia sobre los ataques arbitrarios, por lo que el derecho penal busca proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Un concepto negativo de pena tiene el efecto discursivo de acabar con los componentes negativos, pues permite mediante sus vínculos ópticos poner de manifiesto el poder punitivo en toda su dimensión.

No cabe duda que la incorporación de ese poder al discurso del derecho penal (y con ello al control y reducción jurídicos) será una tarea lenta y difícil, sea para declararlos inconstitucionales, para cerrarles los espacios de abuso de poder que los permitan o para incorporarlos a las decisiones jurisdiccionales. Se trata de un programa de lucha por el poder jurídico acotamiento y reducción que se

¹⁰⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 26, pp. 464-466.

sintetizaría en una formidable pugna por la progresiva realización del principio de máxima subordinación a la ley penal”¹⁰⁵.

Cuello Contreras citado por Miriam Herrera Moreno, “...acierta a entrever en estos planteamientos, no estrictamente una huida del sistema penal centrado en torno a la defensa de los bienes jurídicos, sino una ocasión de hacer la crítica a las categorías axiológicas más insustanciales, irrelevantes y socialmente vacuas.

Y ciertamente, la teoría subjuntiva de Jakobs no supone tanto una renuncia como una furiosa exaltación, de modo que, a su pesar, viene a realzar, más que humillar, la relevancia de la función valorativo-tutelar del Derecho Penal. En efecto, si entender por victimización una lesión de bien jurídico supone ya un intenso nivel de abstracción, la del *quebrantamiento de la norma* supone la metaforización de la metáfora, la más radical apelación a un tropo jurídico para aludir a un fenómeno social”¹⁰⁶.

Como pudimos apreciar, la mayoría de los doctrinarios coinciden en que el derecho penal debe de ser utilizado como el último recurso ante las conductas más inapropiadas, por lo que los legisladores deberán tener la importante tarea de poder identificar cuáles son aquellas conductas en las que se requiere la intervención por parte del Estado, por medio del derecho penal, para no penar precisamente aquellas conductas que resultan insignes o que son consideradas como delitos bagatela.

¹⁰⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 34, pp. 44-46.

¹⁰⁶ Herrera Moreno, Miriam, *Trasgresión y pena: expresión simbólica en la Teoría de la Prevención General Positiva*, en Daza Gómez, Carlos, *El pensamiento Filosófico y Jurídico Penal de Günther Jakobs*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2007, p. 289.

CAPITULO 3

(Marco conceptual del daño)

3.1. Marco conceptual del daño.

La reparación del daño para el derecho penal es aquella en la que derivado de una conducta realizada con dolo o culpa se produce un daño que puede lesionar directamente al afectado o de forma indirecta a terceras personas, por lo tanto, esa reparación debe de ser subsana en la medida en que se afectó el bien jurídico sin que esto se convierta en un lucro para la parte afectada.

Así también, no podemos olvidarnos del daño social que representan determinadas conductas con las que se vulneran los intereses públicos, que es dónde si bien es cierto no existe una persona específica a la que se hubiera causado un daño si existe, sólo en éste caso el daño ocasionado no puede ser solucionado de manera privada con la víctima en virtud de que no existe propiamente una persona en específico a la que se le hubiera causado un daño, siendo más difícil de acreditar la reparación del daño que tuviera que resarcir el encausado.

En otras palabras, “(e)l daño social causado por el delito puede afectar a una persona en particular, quien tiene la posibilidad de intervenir en el proceso penal en defensa de su interés o de sus derechos, pero también es un daño que atenta contra la generalidad, al lesionar el ordenamiento jurídico.

Es decir, el daño social es aquel que deriva del ataque o menoscabo del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y del modo en que se ha producido la conducta delictiva (desvalor de la acción).

Este daño que provoca el delito y que interesa al Derecho penal es aquel que atañe a la generalidad y que no puede ser solucionado de forma privada, por un simple acuerdo de restitución o compensación entre el autor y la víctima.

Sobre la base de la teoría del bien jurídico y la reparación del daño social, es decir, marginalizando a la víctima directa y asumiendo un papel de prevención y satisfacción de los intereses de una víctima potencial, se construyeron las modernas teorías de la pena. Sin embargo, esta base puede ser ampliada para albergar (nuevamente) a la víctima directa pero no con la finalidad de satisfacer un deseo de venganza sino para cumplir con su derecho a la reparación del daño social según las funciones del sistema penal y los fines preventivos de la pena¹⁰⁷.

Ahora bien, el derecho penal deberá de contar con los mecanismos más adecuados para que el pago de la reparación del daño sea resarcido de la mejor manera para la víctima o afectado directo, y es por ello que se deben de crear procedimientos por medio de los cuales el sujeto responsable pueda realizar esa reparación, por medio de gravámenes o de forma voluntaria por parte del sujeto responsable.

Para poder establecer cuál es la naturaleza jurídica de la reparación del daño, necesariamente debe de existir un daño causado que produzca una lesión. “(a)demás, es preciso que el daño provenga de un hecho del hombre, puesto que

¹⁰⁷ Galain Palermo, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, México, D.F. 2012, Tirant lo blanch, p. 109 -112.

así el responsable estará obligado para con el perjudicado a responsabilizarse de sus actos.

Diremos que el efecto de la reparación del daño es entonces el obligar al responsable a pagar lo que debe, esto es, volver al estado anterior la cosa lesionada, de lo que se deduce que ya hay una responsabilidad respecto de la indemnización ya que trae como consecuencia la devolución de la cosa a ciertos casos, o el pago de su precio.

Se puede agregar, que siendo la reparación del daño un pago o una indemnización, tendrá como consecuencia el resarcimiento de ese daño o perjuicio ocasionado, demostrándose asimismo que la naturaleza jurídica de tal reparación viene a ser una obligación legal, civil, penal, social y moral”¹⁰⁸.

Para poder acreditar el pago de la reparación del daño se deberá de analizar por medio de la “...culpabilidad o responsabilidad subjetiva, donde se hace palpable el reproche social; es la conformación de cierta tipicidad del daño resarcible, incluso la extensión de lo indemnizable no se mide en función del daño efectivamente sufrido, sino en torno a él las consecuencias (conforme al modelo social de la culpa o negligencia y el dolo)”¹⁰⁹.

Lo que conlleva a determinar que si dentro del expediente no se encuentra acreditada la culpabilidad del responsable o sujeto activo del delito no podrá exigirse el pago de la reparación del daño, pues evidentemente, si un hecho al ser típico y antijurídico, pero no se encuentra acreditada la culpabilidad del sujeto, evidentemente no podrá ser sentenciado por la comisión de un delito.

¹⁰⁸ Malvárez Contreras, Jorge, *La reparación del daño al ofendido o víctima del delito*, México, Porrúa, 2008, pp. 95 y 96.

¹⁰⁹ Alberto Gershi, Carlos, *Teoría general de la reparación de daños*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 32.

3.1.1. Concepto de daño.

Para el objetivo que se pretende demostrar con el desarrollo del presente trabajo de investigación, es importante conocer el significado de la palabra daño o lo que debemos entender por ello, para lo cual, Irma Amuchiategui Requena, al hablarnos del concepto de daño, nos dice: "...proviene del latín *damnum*, que significa daño, aunque ha tenido una acepción bastante amplia al dársele significados tales como: deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores morales de alguien"¹¹⁰.

Para la Dra. Matilde Zavala de González, al hablarnos del concepto de daño, nos dice: "...el daño es la pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido; ello no significa que la protección jurídica tenga que ser expresa ni que deba manifestarse a través de la ley. También merecen tutela los intereses simples o de hecho no opuestos a la moral, el orden público, las buenas costumbres o los derechos de terceros"¹¹¹.

Finalmente, para Malvárez Contreras, "...el daño es el menoscabo, agravio, detrimento o mengua que sufre, padece o resiente una persona ya sea física o jurídica colectiva (persona moral) en cualquiera de sus bienes jurídicos de tutela, a virtud de la conducta típica realizada de manera dolosa o culposa por el sujeto activo del delito"¹¹².

De los conceptos señalados podemos apreciar que el daño es considerado como un detrimento que se causa, ya sea por la afectación de la cosa o por el daño que se causa al dejar de utilizar la cosa dañada, así también podemos observar que

¹¹⁰ Amuchiategui Requena, Irma, *Derecho penal*, México, Arla, 1982, p. 215.

¹¹¹ Zavala de González, Matilde, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina, 1976, p. 79.

¹¹² Malvárez Contreras, Jorge, *op. cit.*, nota 108, p. 97.

existen dos tipos de acción al cometer el daño y puede ser de manera dolosa o culposa.

3.1.2 Concepto de perjuicio.

El concepto de perjuicio para Elizabeth Carrizales Chávez, “(s)e identifica con lo que antiguamente se llamaba lucro cesante, es decir, la privación de una ganancia lícita que deja de obtenerse, o bien, gastos que ocasiona una acción ajena, culpable o dolosa, y que da lugar a una indemnización civil o penal, sin importar que sea el resultado de un daño moral y que afectan a la esfera patrimonial.

La legislación civil en México define a los perjuicios como la privación de cualquier ganancia lícita que deba obtenerse en cumplimiento de una obligación, esto es que una persona deje de obtener los beneficios que le correspondan en condiciones normales, con la acción de su trabajo o por la explotación que obtenga de sus bienes”¹¹³.

Así pues, otro concepto sería el aportado por María Beatriz Bustos Rodríguez, quien nos dice “(c)ualquier persona que dejó de obtener por el incumplimiento de una obligación pactada entre las partes o señalada en la ley y por actuar de manera ilícita contra las buenas costumbres o violando una norma de cuidado.

La figura de los perjuicios deben ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación para ser exigibles al igual que los daños, los perjuicios pueden ser pactados de antemano por los contratantes mediante el establecimiento de una cláusula penal en su contrato”¹¹⁴.

¹¹³ Carrizales Chávez, Elizabeth, *Acreditación del daño moral en Materia Penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, p. 361.

¹¹⁴ Bustos Rodríguez, María Beatriz, *et al., Diccionario de derecho civil*, México, Oxford, 2007, p. 117.

Para el diccionario Porrúa de la lengua española, “(e)l perjuicio es el efecto de perjudicar o perjudicarse. Privación de utilidad lucro o provecho, lícito y seguro, o al menos muy probable, causada en el patrimonio de una persona, por un acto u omisión imputable a otra, que da lugar a indemnización”¹¹⁵.

De los conceptos analizados podemos observar que el perjuicio es considerado como la pérdida de una ganancia que se deja de obtener, ya sea por una acción u omisión y que puede ser dolosa o culposa, y para poderla exigir ante los tribunales penales o civiles, sin embargo, podemos apreciar que es un concepto que resulta más apropiada su utilización para el derecho civil, ya que dentro del derecho penal no se sanciona a una persona por haber impedido el desarrollo o ganancia de algo lícito, ya que lo que pune el derecho penal es la acción realizada por el agente del delito y que se ve plasmada en un hecho en si.

3.1.3. Concepto de víctima.

Para Elizabeth Carrizales Chávez, “(s)on varios los conceptos que se establecen alrededor de la víctima, determinando que ésta es la persona que sufre un daño o afectación por responsabilidad propia, ajena o por caso fortuito. El derecho penal y sus ramas han estudiado la figura de la víctima del delito, pero dentro de los procesos penales no se ha dado la importancia a quien recibe toda la afectación por la comisión del delito.

En todo momento se ha dado mayor importancia al victimario, desde su peligrosidad y las circunstancias que lo han llevado a delinquir, así como se le ha cuidado que no se violen sus derechos humanos. La víctima es un ser que sufre de forma injusta un menoscabo y una alteración en el estado normal sobre sus

¹¹⁵ Raluy Poudevida, Antonio y Monterde, Francisco, *op. cit.*, nota 68, p. 566.

bienes, su salud y sus derechos, violentados por la comisión de un delito, es decir, en detrimento de sus bienes jurídicamente protegidos.

La declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de Delito y Abuso de Poder, en su artículo primero define a las víctimas de delitos como: *Artículo 1. Se entenderá por víctimas las personas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.*

En esta categoría se considera víctima de un delito no sólo al que lo sufre de forma directa, sino que además se contempla a sus familiares y dependientes inmediatos y a aquellos que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”¹¹⁶.

De ésta definición podemos apreciar que el concepto de víctima se establece como la persona que sufre directamente el daño causado con motivo de la conducta delictiva, haciendo un énfasis notable con el hecho de que a la víctima no se le toma en consideración como se debiera ya que se le da más importancia al sujeto activo del delito que al afectado de delito.

Empero, el suscrito no se encuentra de acuerdo con ese criterio, ya que el ofendido o víctima de delito también tiene reconocidos sus derechos a nivel Constitucional dentro del artículo 20 apartado C, pero a pesar de ello, los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, llegaron a la

¹¹⁶ Carrizales Chávez, Elizabeth, *op. cit.*, nota 113, pp. 98 y 99.

determinación de pisotear los derechos fundamentales de los sentenciados justificándose en el hecho de dejar pendiente el pago de la reparación del daño y por ello era prudente que este se acreditara por medio de un incidente en la ejecución de sentencia.

Otro criterio acerca de la víctima en el delito es el aportado por Guillermo Colín Sánchez, quien nos dice: “(e)l ofendido, según los penalistas es la sociedad que sufre la conmoción que la altera con la conducta ilícita del delincuente o presunto delincuente. El ofendido es la persona física que resiste, directamente, la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el Derecho penal.

La víctima es el calificativo que se divide en dos: Directa, la persona física o moral que resiente el detrimento jurídico, en aquellos aspectos tutelados en el derecho penal, e Indirecta, que es aquélla que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica, y la víctima directa es la afectada por el hecho ilícito”¹¹⁷.

Para Pablo Galain Palermo, “...se podría decir con De la Cuesta que víctima es el sujeto individual o colectivo titular del bien jurídico (vida, integridad, honor, propiedad, salud pública, orden público...) que a través de la prohibición penal se intenta salvaguardar y proteger, sujeto en ocasiones genérico pero que habitualmente coincide con el llamado sujeto pasivo de la acción, víctima directa, en su propia carne, del actuar delictivo.

La criminología no brinda una definición de víctima con la dificultad añadida de que existen tantos conceptos (y clases) de víctimas como autores se ocupen del tema. Si seguimos las pautas del Derecho penal material tradicional, víctima sería

¹¹⁷ Colín Sánchez, Guillermo, *op. cit.*, nota 18, p. 258.

únicamente el sujeto pasivo del delito, esto es, el titular del bien jurídico lesionado lo puesto en objetivo peligro”¹¹⁸.

Definición que se queda corta en cuanto a su objetivo, ya que la víctima no sólo es la afectada directamente por el delito cometido o la afectación al bien jurídicamente protegido, ya que en éste caso coincide con la definición aportada por Guillermo Colín Sánchez, quien hace un análisis más detallado de lo que es la víctima del delito y sus distintos tipos de víctimas y pueden ser la persona física y la moral, así como los familiares del ofendido directo.

3.2. Daño material.

En relación al daño material debemos decir que es aquél que recae sobre bienes patrimoniales, “(a)quellos que son susceptibles de aplicación pecuniaria, cuantificables, cuyo valor puede ser determinado en dinero sin ninguna complejidad, lo material es aquello que se cuantifica, puede traducirse en dinero, fácilmente reparable por su clara naturaleza líquida”¹¹⁹.

El daño material lo podemos encontrar en los delitos de carácter patrimonial como es el robo, el daño en las cosas, el fraude, es decir, aquellos en los que resulte afectado el patrimonio de las personas, en este caso del afectado directo o víctima.

Luis Rodríguez Manzera, citado por Elizabeth Carrizales Chávez, “...considera al daño material como aquel que consiste en el menoscabo pecuniario al patrimonio de tercero. Los daños patrimoniales son todos aquellos que tienen una repercusión económica en los bienes de una persona por causa de la acción u

¹¹⁸ Galain Palermo, Pablo, *op. cit.*, nota 107, pp. 118-120.

¹¹⁹ Kobets, Yacov, *Reparación del daño moral*, México, Porrúa, 2007, pp. 3 y 4.

omisión de un ilícito son tangibles y que reputan la obligación al responsable de repararlos”¹²⁰.

En corolario, podemos decir que el daño material es considerado como aquél que se genera a los bienes patrimoniales por la comisión de un delito que puede ser cometido de manera dolosa o culposa, sobre todo que esa afectación puede ser cuantificada de tal forma que el responsable de delito tenga la obligación en cubrir su importe, repare el daño en igual forma hasta antes de la comisión del evento delictivo.

3.2.1. Daño moral.

Para Elizabeth Carrizales Chávez, “...el daño moral en materia penal es aquél causado por el delito y que ataca directamente en la seguridad personal o goce de los bienes o afecciones legítimas de los entes físicos sujetos pasivos de dicho delito.

Consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los procedimientos inflingidos a la víctima por el evento dañoso. En un acontecer conmovedor captado por el derecho al considerar éste, como supuesto esencial, que toda persona vive en estado de equilibrio espiritual, de homeóstasis. Es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como repercusiones anímicas o espirituales”¹²¹.

¹²⁰ Carrizales Chávez, Elizabeth, *op. cit.*, nota 113, p. 71.

¹²¹ *Idem*, pp. 72 y 73.

Así también, “(l)a figura del daño moral surge cuando son lesionados bienes extrapatrimoniales, aquellos que por su naturaleza inmaterial no pueden valuarse en dinero”¹²².

Al hablar de daño material, evidentemente tenemos que hacer uso del vocablo patrimonial; sin embargo, cuando hablamos de daño moral tenemos que recurrir a “...los derechos de la personalidad que, una vez lesionados, nos ubican en el supuesto de la configuración del daño moral”¹²³.

Al referirnos al daño moral, tenemos que considerar el dolo, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y los demás padecimientos que sufre la víctima cuando éstos no pueden ser considerados materialmente, ya que éste tipo de daño no puede ser palpable, sino más bien repercute en la salud psíquica y emocional de los afectados, pero no por eso debe de pasar por alto.

Por lo tanto, “lo que define el daño moral no es dolor o los padecimientos; estos serán resarcibles en la medida en que sean consecuencia de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

De este sentido, podemos decir que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica; es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de la personalidad o extrapatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión de un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir, por el acto antijurídico. La

¹²² Ochoa Olvera, Salvador, *La demanda por daño moral*, México, Montealto Editores, 1999, p. 7.

¹²³ Kobets, Yacov, *op. cit.*, nota 119, pp. 3 y 4.

noción de daño moral, se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado”¹²⁴.

Como pudimos apreciar, el daño moral es el que no puede ser tangible ya que no se encuentra a la vista del ser humano, sin embargo, con motivo de ciertas conductas antijurídicas las personas llegan a sufrir una afectación en su *psique*, ya que por el daño sufrido puede resultar afectada su honra o decoro, el tipo de creencia que tenga, e incluso puede llegar a afectar su salud mental.

Que a la vista de todos no pudiera ser perceptible, empero, éste tipo de afectación puede resarcirse por medio de tratamiento, y para lo cual, los juzgadores deben tener la audacia de imponer una pena en ese sentido, para que el derecho de la víctima no se afecte, pena que puede analizarse al momento de resolver la sentencia definitiva del sujeto responsable, siendo innecesaria su cuantificación para la ejecución de sentencia.

3.2.2. Responsabilidad Civil.

La responsabilidad civil es aquella que consiste en el pago de los daños y perjuicios que resultan del daño causado directamente por una persona que sería la responsabilidad civil subjetiva y la objetiva es aquella en la que esos daños son originados por una cosa u objeto.

La responsabilidad civil en el Estado de Michoacán, en lo que corresponde a la materia penal la encontramos dentro del artículo 35 del Código Penal del Estado, ordinal que contempla los diversos sujetos y condiciones por las que se puede derivar la responsabilidad civil.

¹²⁴ Vega Ruiz, Juan Francisco, *El daño moral por el servidor público federal*, México, Montealto, 2008, pp. 224 y 225.

Así también, contempla la responsabilidad civil que genera la conducta de los menores o personas que se encuentren bajo la patria potestad de los adultos. “(l)os padres, tutores o representantes legales de los incapaces o de las personas que se encuentren bajo su mando asumirán la responsabilidad, a menos que demuestren que en la comisión del daño no se les puede imputar culpa o negligencia, ya que ellos pusieron todos los cuidados y llevaron a cabo las acciones necesarias para impedir el daño y que les ha sido imposible evitarlo”¹²⁵.

Así pues, “...el daño puede ser material o moral y producirse en las personas o las cosas; cuando es material conforme a la sistemática positiva civil debe restituirse totalmente y cuando es moral sólo en forma parcial. El daño a las cosas existe como contraprestación a la obligación de restituirla, pero en el daño moral que comprende aquellos valores espirituales y sentimientos o afecciones del individuo la reparación deberá consistir en un equivalente como es el pago de una suma de dinero, ya que no es posible lograr una restitución para que las cosas vuelvan a su estado inicial.

Se observa también que para el derecho civil no se requiera la imputabilidad, para responder por el daño causado, así que un menor puede ser declarado culpable civilmente y estar obligado por ende a reparar el daño, contrariamente a lo establecido en la ley penal que se basa en la culpa. Por otra parte, también conforme al código civil quienes o a falta de éstas sus herederos o quienes dependan económicamente de ellas.

Interesante es fijar la esencia de los actos dañosos que concomitantemente producen el delito penal y civil, porque ambos delitos nacen y se originan en un mismo ámbito, el penal; actos dañosos que sólo pueden ser apreciados dentro de

¹²⁵ Carrizales Chávez, Elizabeth, *op. cit.*, nota 113, p. 160.

un proceso penal, el cual tiene garantías, límites y liberaciones que no son ni pueden ser los que caracterizan el proceso civil”¹²⁶.

Como pudimos apreciar, tanto en el derecho civil como en el derecho penal se puede exigir el pago a la reparación del daño por responsabilidad civil que en éste caso sería aquella que se origina por una persona inimputable o que también no cuenta con la capacidad económica para poder resarcir el daño causado, y es por ello que éste detrimento tiene que ser cubierto por la persona, padre o tutor del responsable de cometer el perjuicio, así también, debemos establecer que lo que diferencia al derecho penal del civil es que en el penal se tiene que acreditar la culpabilidad del sujeto responsable, mientras que en el derecho civil no, ya que únicamente es necesario establecer la afectación del patrimonio para poder solicitarse ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

3.2.3. Daño exigible a terceros.

El daño exigible a terceros es aquél en el que los daños también tienen su origen en la responsabilidad civil como consecuencia de un hecho ilícito, y que es originada por los terceros responsables que aunque no cometieron el hecho de manera directa, si tienen obligación de pagar el daño en forma de responsabilidad civil.

“Esta obligación no tiene el carácter de pena pública, por lo tanto, algunos autores expresan que no puede hablarse en este rubro, de que los preceptos que la reglamentan sean por su trascendencia violatorios del artículo 22 de la Constitución General de la República, el cual proscribe la confiscación aclarando que no se considera como tal, la aplicación total o parcial de los bienes de una

¹²⁶ Malvárez Contreras, Jorge, *op. cit.*, nota 108, p.185.

persona, hecha por autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito.

Al referirse a la ley penal a los terceros obligados no lo hace con la significación de que se trate de cualquier persona sino que se refiere a aquellos sujetos que por ciertos hechos o circunstancias tengan o tuvieran una vinculación directa con el sujeto”¹²⁷.

“A diferencia de lo que sucede en el Derecho civil, en materia penal no es indiferente que el daño social que produce el delito sea reparado por el autor (no por terceros civilmente responsables) y cuando esto suceda, el sistema penal permita que el autor se beneficie de determinadas prerrogativas procesales o materiales que mejoren su situación en el procedimiento penal, sea en ocasión de determinación de la pena o en la etapa de ejecución de esta.

La coherencia intrasistemática que debe gobernar en un ordenamiento jurídico tampoco debería ser indiferente a que, cuando la reparación sea monetaria, tales sumas de dinero se imputen a la cuenta del autor y debiten su responsabilidad civil frente al ofendido. Ahora bien, el daño a reparar puede ser material o moral y puede resarcirse en dinero o a través de la realización de determinados actos positivos posteriores en beneficio de la víctima directa o de la sociedad”¹²⁸.

En efecto, si el agente del delito al cometer la conducta ilícita debe de responder por la comisión de esos hechos y sobre todo, debe de garantizar el pago de la reparación del daño; sin embargo, creo que el criterio aportado por Jorge Malvaez Contreras, no es el adecuado ya que el daño exigible a terceros se da cuando el agente responsable es menor de edad y no cuenta con la capacidad económica

¹²⁷ *Ibidem.* 240.

¹²⁸ Galain Palermo, Pablo, *op. cit.*, nota 107, pp. 116 y 117.

para resarcir el daño o porque el sujeto responsable sea una persona que cuente con algún tipo de incapacidad, pero en éste último caso al no existir culpabilidad por parte del activo la reparación del daño evidentemente no podría solicitarse por la vía penal, y sólo sería válida su tramitación por medio de la vía civil.

En el supuesto del menor de edad, los padres o tutores del autor del hecho serían los obligados a cubrir el concepto de reparación del daño en las formas establecidas en los diversos ordenamientos procesales, por lo que no coincide con el hecho de que todos los responsables de delito sean obligados a cubrir el importe de dicha reparación.

3.3. La reparación del daño como instrumento penal resocializador.

La reparación del daño para que funcione como instrumento penal resocializador deberá procurar que en la medida de lo posible garantizar el resarcimiento o el pago de la cosa lo más cercano posible al estado que se encontraba hasta antes del hecho ilícito cometido, con la clara finalidad de restituir los derechos de la víctima.

Para lograr esa restitución en torno a la reparación del daño el Estado tiene la "...obligación de tutelar los derechos de las personas que es mucho más amplio del espectro que se contempla, puesto que incluye en su haber figuras de orden y control, de organización, de sanción, entre otras tantas, pero fundamentalmente más allá de perseguir y castigar por la comisión de un acto ilícito y de procurar la reparación del mismo, debe procurar por el bienestar social a través de la prevención del delito, que sería su máxima, a nivel social y administrativo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la fuente que da origen a las leyes locales y a su reglamento, quien vela por sus instituciones jurídicas.

La reparación del daño en materia penal, la encontramos en su parte dogmática propiamente en el artículo 20, apartado C fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone lo siguiente:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, Contradicción, Concentración, continuidad e inmediación.

...

...

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

...

...

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

Como podemos observar, la ley otorga al ofendido y a las víctimas del delito varias garantías, destacando entre ellas:

1. La asesoría técnica en materia jurídica por parte del Estado;

2. La coadyuvancia con el Ministerio Público;
3. El aporte de elementos en el proceso;
4. La recepción por profesionales médicos y psicólogos de manera urgente; y,
5. La observancia de la reparación del daño por todos los medios legales por parte del Estado; entre otras.

La coadyuvancia se establece como el derecho a la víctima u ofendido del delito a actuar en el procedimiento penal de la misma forma que el inculpado, asistiendo a las diligencias, participando en ellas por si o por medio del Ministerio Público, ofreciendo pruebas, y también ejerciendo todos aquellos recursos que en su calidad de coadyuvante y víctima del delito que dentro del proceso le favorezcan”¹²⁹.

Como pudimos observar los derechos de la víctima se encuentran reconocidos a nivel Constitucional dentro del artículo 20 apartado C, que nos da la pauta a que la víctima pueda solicitar el pago de la reparación del daño *en los casos que sea procedente*, y ¿Qué es lo que deberíamos de entender como procedente? Por procedente deberíamos entender algo que es viable y en el caso de la reparación del daño sería si se encuentra acreditado su pago, pero en el caso de que no exista evidencia al respecto, no debería de existir argumento alguno para tratar de justificarla a pesar de su inexistencia.

Insisto en lo anterior, en virtud de que conforme al precepto Constitucional sometido al análisis éste nos dice que para poder acreditar el pago a la reparación del daño necesariamente deberá de ser solicitado por medio del agente del Ministerio Público, o en el caso de que se constituya la parte afectada como coadyuvante lo hará por si misma.

¹²⁹ Carrizales Chávez, Elizabeth, *op. cit.*, nota 113, pp. 139-141.

Al hacer una interpretación del texto constitucional podemos advertir que tanto el representante social al momento de integrar la averiguación previa o dentro del procedimiento una vez que se sujetó y dictó auto de plazo constitucional al encausado y se abre el periodo de pruebas tanto el Ministerio Público de la adscripción como el afectado cuentan con el tiempo necesario para poder aportar pruebas idóneas para la acreditación de la reparación del daño.

Lo anterior es así, porque desde el momento en que se abre el periodo probatorio en el supuesto de que la parte ofendida sea la única que aportó pruebas para acreditar tanto la responsabilidad del acusado como para acreditar el pago de la reparación del daño, el juez tiene la obligación de desahogar todos los medios de prueba que oferte la parte ofendida o la representación social y hasta en tanto no se desahoguen todos y cada uno de ellos, el juzgador no podrá cerrar la etapa probatoria con la finalidad de no vulnerar los derechos fundamentales de la víctima.

Dicho lo anterior, si la parte ofendida y la representación social contaron con suficiente tiempo y tuvieron dos oportunidades para acreditar el pago de la reparación del daño y de autos se advierte que no tuvieron la intención de acreditarla ¿Porqué los Jueces o Magistrados tendrían que vulnerar el derecho fundamental del sentenciado al dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia?

Interrogante que seguiré respondiendo en el desarrollo del presente trabajo de investigación, y con dicha finalidad "(l)a reparación es un instrumento de pacificación social que no se orienta en una sola dirección, siendo al mismo tiempo tan provechosa para la víctima como para el autor, pues a través de esta se obtiene tanto la *(re)socialización* del beneficiario como la del oferente.

Como contrapartida del derecho de la víctima, la reparación que sirve a los efectos resocializadores de ambos protagonistas del delito no puede cuando se trata de determinar su naturaleza y graduación lesionar la dignidad del delincuente ni las reglas de la proporcionalidad como aquí se ha planteado, si es que no se pretende, también, excluir a uno de los protagonistas del conflicto y volver a negar sus derechos, no puede obviarse que tendría que ubicarse el derecho de la víctima a la reparación dentro de los fines preventivos de la pena.

Se ha sostenido antes que existe un derecho constitucional a la *(re)socialización* del autor y de la víctima, que puede servir de amparo a una finalidad inclusiva del Derecho penal, al que también se puede exigir que contribuya con el grado de socialización de los individuos. De este modo, podríamos decir que funcionalmente la reparación sería para la víctima como la pena (de resocialización) para el delincuente.

De esta forma, la reparación puede satisfacer una finalidad preventiva especial y general que bien puede denominarse de integración o integradora, no solo de la validez de la norma (aspecto jurídico) sino también de los sujetos involucrados en el conflicto (aspecto social)”¹³⁰.

Como pudimos observar la doctrina considera el pago de la reparación del daño como un aspecto de carácter social y con esa finalidad es que intenta satisfacer el reclamo de la sociedad y trata de que el responsable de un delito responda tanto penalmente por medio de una sanción privativa de la libertad y pecuniaria por el hecho cometido, así como también deberá de responder por el pago o resarcimiento en torno al daño causado.

¹³⁰ Galain Palermo, Pablo, *op. cit.*, nota 107, pp. 331-333.

Por otra parte, la reparación del daño es considerada como un instrumento resocializador tanto como para el ofendido como para la víctima, empero, ¿En qué aspecto se resocializaría a la víctima u ofendido? Ya que la tendencia de todos los ciudadanos con capacidad de obrar, sería la de evitar verse inmiscuidos en un asunto judicial y mucho menos de carácter penal, por lo que no comparto el hecho de que la reparación del daño sirva como instrumento de resocialización para la víctima, ya que esa resocialización está diseñada para el agente activo del delito, al hacerlo reflexionar sobre su actuar y sobre esa base tratara de evitar el volver a verse inmiscuido en un proceso penal.

Insisto en lo anterior, ya que si el objetivo de la reparación del daño es el de resarcir los daños ocasionados por la conducta desplegada por el agente activo del delito, su significado "...presupondría definir con precisión aquel vacío material o económico que habiéndosele producido al perjudicado debe serle colmado. Se trataría de estimar [...] con criterios objetivos de mercado la disminución de valor sufrida en el patrimonio del perjudicado y atribuir a éste una suma de dinero suficiente para devolver al patrimonio el valor que tenía antes del hecho dañoso"¹³¹.

3.3.1. Teoría del bien jurídico.

Elizabeth Carrizales Chávez, considera que para poder definir el bien jurídico protegido, existen diferentes concepciones que sustentan a las teorías del bien jurídico, siendo las siguientes:

"Teoría de Ihering sobre el bien jurídico dice que es: Aquella cosa que puede ser capaz de servir era un bien.

¹³¹ García López, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, p. 100.

Teoría Psicológica. El bien jurídico son los intereses objeto de protección del delito a todos aquellos que producían una sensación de placer (*Lustgefühl*).

Teoría de Liszt. Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital del bien jurídico.

Con la teoría del bien jurídico se pretende, a través del principio del bien jurídico, poner límite material al *ius puniendi*, en cuanto limita al legislador como juzgador en la imposición de sanciones penales para que no sancione comportamientos que no sean lesivos de bienes jurídicos, ni los pongan en peligro. Como juzgador lo limita a que si no se prueba que una conducta ha lesionado o puesto en peligro a un bien jurídico, no será susceptible de sanción.

En cuanto al principio de proporcionalidad, el cual se considera que parte del principio de culpabilidad, alude a que la exigencia de la gravedad de la sanción debe resultar proporcionada a la del hecho cometido, pues sirve de base a la graduación de las penalidades, dado que la pena no debe sobrepasar la que corresponde a la culpabilidad. De esta forma se asegura la proporcionalidad necesaria entre delito y pena¹³².

El objetivo principal de la teoría del bien jurídico es el de limitar el poder sancionador del Estado, sólo a las conductas que vulneran bienes jurídicos tutelados por la norma, con la clara finalidad de respetar el principio de legalidad, con lo cual los jueces estarán limitados a imponer una sanción si la conducta realizada vulnera o pone en peligro algún bien jurídico.

¹³² Carrizales Chávez, Elizabeth, *op. cit.*, nota 113, pp. 141 y 142.

Ahora bien, para poder aplicar el principio de proporcionalidad, es menester que la conducta realizada por el agente del delito encuadre en el tipo penal y una vez acreditados los elementos del delito que son: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad se podrá imponer una sanción acorde con el delito cometido, es decir, la pena no deberá sobrepasar el hecho cometido por el imputado.

En otras palabras, "...antes de decir cuáles deben ser los fines de la pena, es necesario sentar posición sobre cuál ha de ser la materia protegida penalmente, así como sobre el alcance e intensidad con que se puede castigar (con penas o medidas de seguridad), a los ciudadanos que han cometido un delito; pues la intensidad con que esté justificada una intervención penal (y los fines que persiga con el castigo) tiene que guardar relación con la importancia del bien protegido, y no simplemente con la vulneración de la norma"¹³³.

Para Pablo Galain Palermo, "(l)a teoría del bien jurídico ha sido desarrollada por la política criminal y la dogmática penal con el objetivo de legitimar tanto la criminalización como la aplicación de una sanción especialmente grave. Se trata por tanto de la legitimación y justificación de una amenaza de pena que limita libertades generales de una manera intensa y, por otra, de una limitación de libertades específicas como la libertad ambulatoria, el honor y, en especial, la afectación de posibilidades de contactos sociales, etcétera.

Así la dañosidad social viene a servir a la respuesta del merecimiento de la pena, de manera de hacerla proporcionada a la forma e intensidad de la sanción. Esta teoría pone en el centro de la argumentación y como medida de prueba de dicha proporcionalidad a los intereses de las personas, la realidad social y la realidad entre estos intereses y ciertas formas de comportamientos lesivos con los mismos.

¹³³ Galain Palermo, Pablo, *op. cit.*, nota 107, pp. 33 y 34.

La función dogmática de la teoría del bien jurídico consiste en determinar las condiciones y presupuestos que debe reunir un comportamiento para justificar la pena (merecimiento de pena), pero ella no resuelve con esta discusión los presupuestos o condiciones que, en concreto se deben reunir para aplicar la pena (necesidad de la pena).

La pregunta sobre qué rol juegan los intereses de la víctima y la reparación del daño por parte del victimario, no se agotan en la discusión del merecimiento de la pena, y por tanto, de la teoría del bien jurídico. Lo anterior no significa que la tarea de protección de bienes jurídicos que se le impone al derecho penal no juegue un rol, aunque limitado, en la determinación de la necesidad de pena en el caso concreto”¹³⁴.

Para Alberto Gershi, “(l)os elementos básicos en toda reparación son: el hecho humano, representado por la interferencia de conducta, el resultado dañoso y la relación de causalidad entre el supuesto de hecho y el daño.

Por otra parte (aquí si os expedimos acerca de la polémica responsabilidad subjetiva-objetiva), la idea de responsabilidad sólo puede asentarse en la concepción de *reprochabilidad*, que es la que observa el daño desde el agente productor para obligarlo a reparar su *inconducta* (la reprochabilidad de la conducta socialmente inadecuada), e incluso medir el alcance de la extensión por su grado de culpa-dolo.

En este esquema es indudable que hay dos ideas madre para entender conceptualmente esta situación: la antijuricidad y la culpabilidad.

¹³⁴ Galain Palermo, Pablo, *Ibidem*, pp. 72-75.

Al analizar la responsabilidad objetiva, es difícil contemplar todos los supuestos existentes en el ordenamiento jurídico (civil, administrativo, etc.), pero, como idea común, podemos decir que hay responsabilidad porque así lo dispone la ley, por diversas razones y fundamentos, llamados *factores de atribución*.

La segunda conclusión mencionada es el daño como realidad in cuestionada, y también lo debe ser su reparación.

Todo esto permite extraer una línea de pensamiento: la reparación (no la responsabilidad) es una necesidad social que debe tener los elementos comunes enunciados.

Ese corolario proviene de la envergadura de la obligación incumplida, que nos ha llevado tantas veces a decir que tiene dos fundamentos de singular importancia: a) la convivencia social, basada precisamente en una idea de solidaridad con fuerte respaldo en el patrimonio moral individual y comunitario, y b) la preservación de bienes y servicios de la comunidad y de sus integrantes individuales”¹³⁵.

La reparación del daño a la víctima es: “... la posibilidad de atenuación de la pena o, incluso, en la posibilidad de substitución de la pena, por una consecuencia jurídica diferente, más acorde a la entidad del delito cometido y más adecuada al fin preventivo que persigue el Derecho penal. Se trata de una institución que responde al movimiento político criminal de consideración de la víctima del delito.

¹³⁵ Alberto Gershi, Carlos, *op. cit.*, nota 109, pp. 38-40.

La reparación del daño no es una pena ni una medida de seguridad, sino una medida penal independiente que contiene elementos del Derecho civil y cumple con los ya conocidos fines de la pena”¹³⁶.

Como pudimos apreciar la teoría del bien jurídico es la base de todos los enjuiciamientos criminales, ya que fue elaborada por la política criminal con la clara finalidad de sancionar la conducta del agente activo del delito por medio de los organismos judiciales con los que cuenta el Estado, con el objetivo de obligarlo a reparar el daño producido derivado de su conducta delictuosa, la cual se deberá de acreditar en el desarrollo del proceso penal, en el que una vez que se acredite la culpabilidad del sujeto responsable se hará acreedor a una pena que contrario a lo que manifiesta Javier Martínez Jiménez, el pago de la reparación del daño encuadra más en la categoría de una pena y no como una atenuante que pudiera llegar a sustituir a la pena.

Pues como lo he hecho notar, el criterio sostenido por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hace que el pago a la reparación del daño pueda llegar a considerarse como una pena principal, delegando incluso a la pena privativa de la libertad y a la multa que pudiera imponerse al sujeto activo del delito, ya que hasta en tanto no se encuentre acreditado su monto, el sentenciado no podrá dar cumplimiento con la sentencia y por consecuencia, no podrá gozar del beneficio concedido hasta en tanto no se trámite el incidente de reparación del daño.

Criterio que corroboraron los Magistrados del Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, quienes consideraron que el juez no podría requerir al sentenciado para el cumplimiento de la sentencia hasta en tanto no se tuviera por acreditado el monto de la reparación del daño, lo que evidentemente vulnera los derechos

¹³⁶ Martínez Jiménez, Javier, *op. cit.*, nota 52, pp.860 y 861.

fundamentales del procesado al no poderse acoger a los beneficios que le fueron impuestos en la sentencia.

3.3.2. El Estado como garante de la reparación del daño.

Para Elizabeth Carrizales Chávez, “(l)a naturaleza jurídica de la reparación del daño, tiene dos caracteres de los cuales desentrañaremos sus causas para poder definirla. En su aspecto formal la reparación del daño tiene como interventor principal al Estado, como garante de que se cumpla, e incluso, como mediador en algunos casos buscando la alegre composición y satisfacción de las partes. Desde la intervención del agente del ministerio público, que exhorta a las partes a llegar a un arreglo, como en los delitos de daño a la propiedad por accidente de tránsito, *verbigracia*, hasta en los juzgados de paz o en los de primera instancia, donde se impone la reparación del daño, como una pena pecuniaria.

Sin embargo a lo anterior, la naturaleza jurídica de la reparación del daño tiende a no seguir las reglas de las formalidades gubernamentales, sino de las disposiciones legales, motivo por el que tiene contenido implícitamente material que conlleva a decidir que la reparación del daño corre a cargo del agresor y que es lo que implica que la reparación del daño a las víctimas del delito es meramente de derecho administrativo, es decir de derecho penal, a través de una sanción pecuniaria. Además debemos recordar que la reparación del daño a las víctimas del delito, es una garantía constitucional¹³⁷.

“Una de las principales preocupaciones del Estado es tutelar las garantías de sus gobernados. Además de vigilar y velar por sus derechos busca la armonía entre las instituciones y sus relaciones con los particulares y con el ente gobernante. De

¹³⁷ Carrizales Chávez, Elizabeth, *op. cit.*, nota 113, pp. 116 y 117.

tal suerte que el propósito de ser del Estado perdure con miras hacia un estado de bienestar pleno, que impulse al desarrollo social”¹³⁸.

“No olvidemos que todo daño significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto, por lo tanto una injusticia. Frente a la falta de una norma legal que declare la responsabilidad del Estado, es necesario dictar una norma, que establezca dicha responsabilidad.

Cuando el Estado obra como persona del derecho Público o del Derecho Privado, es responsable por los actos de sus agentes en límites de sus funciones; el Estado sanciona el Derecho y debe vivir dentro de él; ya que es inconcebible que el daño originado por éste sea soportado únicamente por el sujeto que sufrió el daño.

El Estado cumpliendo con sus fines y de conformidad con cualquiera de sus funciones, puede ocasionar daños injustos esta responsabilidad afirman algunos autores, nace de la conducta de cualquiera de sus órganos de forma extracontractual que origine un perjuicio o un excesivo sacrificio al particular quebrando el principio de igualdad”¹³⁹.

Es cierto que el Estado debe de intervenir en los asuntos de carácter penal y sobre todo para lograr el pleno resarcimiento de los daños ocasionados con motivo de los hechos delictuosos cometidos por el sujeto activo del delito, y que dicha intervención la deberá realizar incluso como mediador por medio de su representante que es la Procuraduría General de Justicia del Estado, a través del agente del Ministerio Público puede obtener la solución más adecuada al conflicto.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 142 y 143.

¹³⁹ Malvárez Contreras, Jorge, *op. cit.*, nota 108, pp. 272-274.

Que ahora con la reforma al sistema penal del dieciocho de junio de dos mil ocho, existen los medios alternativos de solución de conflictos y "...son aquellos medios no tradicionales distintos al Poder Judicial que dan solución a conflictos entre partes, esto es, mediante una negociación, acuerdo, o con la intervención de un tercero, como es el caso de la conciliación y el arbitraje, es decir, sin la intervención del Poder Judicial"¹⁴⁰.

Otra opinión al respecto de los medios alternativos de solución de controversia es el aportado por Diana Cristal González Obregón, quien dice al respecto: "(s)on salidas alternas en cuya virtud el imputado y la víctima u ofendido convienen formas de reparación satisfactorias de las consecuencias dañosas del hecho punible y que, aprobado por el Juez de Garantía, produce como consecuencia, la extinción de la acción penal.

Se entiende por acuerdo reparatorio el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado, que lleva como resultado la solución del conflicto a través de cualquier mecanismo idóneo que tiene el efecto de concluir el procedimiento"¹⁴¹.

Es por medio de éstos mecanismos que el Estado, disminuye la carga y costo de los procesos penales, así como la celeridad en la solución de los conflictos, y es así como se puede justificar el interés de la víctima en torno al pago de la reparación del daño, pues en caso de que se desahogue la audiencia sobre mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el artículo 103 del Código de Procedimientos Penales del Sistema Penal Acusatorio para el Estado de Michoacán.

¹⁴⁰ Peña González, Oscar, *Técnicas de litigación oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2012, p. 2

¹⁴¹ González Obregón, Diana Cristal, *Manual práctico del juicio oral*, 3ª ed., México, Ubijus, 2013, p. 79.

Se podrá acreditar el interés de la víctima en obtener el pago de dicha reparación, y en caso de que la parte afectada u ofendida no esté interesada en obtener el pago a la reparación del daño, así como tampoco existan pruebas fehacientes dentro del expediente para acreditar el pago de la reparación del daño, no debería optarse por el criterio de dejar pendiente su cuantificación para el incidente de ejecución de sentencia.

No se soslaya, el hecho de que la reparación del daño es una garantía Constitucional, sin embargo, no debe de ser interpretado en el sentido de que se tengan que vulnerar los derechos fundamentales y constitucionales de los sentenciados, al privarlos de manera ilegal en caso de que se encuentren detenidos, a gozar de la libertad cuando les fue concedido alguno de los beneficios que contemplan los ordinales 72 y 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado, al no existir pruebas plenas que demuestren el monto al que pudiera condenarse al sentenciado respecto del pago de la reparación del daño.

Pues como lo he dicho con antelación, al aplicar éste criterio, se rompe el principio de igualdad entre las partes y el Poder Judicial como representante del Estado, excede sus atribuciones, en virtud de que se carga la balanza únicamente del lado del ofendido, al dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia, ya que jamás será más protector de derechos fundamentales y de garantías constitucionales el privar a una persona del derecho a gozar de la libertad cuando le ha sido concedido un beneficio en sentencia, para que la víctima pueda ejercer su derecho al pago de la reparación del daño.

CAPITULO 4

(Marco jurídico de la reparación del daño)

4.1. Análisis de la ejecutoria pronunciada en la Jurisprudencia 145/2005, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Dentro de la ejecutoria 145/2005 pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en marzo de 2006 y que se anexa al presente trabajo de investigación como anexo 1, Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, utilizaron como argumento toral que el espíritu del Constituyente al consagrar como garantía individual de los gobernados, víctimas de un delito, la reparación del daño, fue asegurar de manera puntual y suficiente la protección a sus derechos fundamentales y responder al reclamo social frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre la víctima.

Optando así, por el derecho de los ofendidos a obtener una reparación pecuniaria por los daños ocasionados con motivo de la conducta desplegada por el agente activo del delito, dando la pauta a que se tramite un procedimiento adverso al principal para que la víctima pueda ser resarcida en su derecho a la reparación del daño.

Por otra parte consideraron que la justicia debería de ser pronta y expedita para el ofendido, con la finalidad de que sus derechos no quedaran desprotegidos; sin embargo, al adoptar ese criterio se olvidaron de los derechos de los procesados, ya que al dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia, el proceso del acusado se vuelve interminable hasta en tanto no prescriba el derecho de la víctima a solicitar el pago de la reparación del daño.

Además de que no existe una certeza jurídica respecto del tiempo que podría transcurrir para que el acusado pudiera acogerse a los beneficios que le fueron concedidos en sentencia, ya que hasta que el ofendido tenga el interés de solicitar y tramitar el incidente de reparación del daño en caso de quedar acreditada una cantidad es que se pudiera acoger a los beneficios concedidos, y hasta éste momento es cuando el sentenciado pudiera acogerse al beneficio de la libertad.

Pero que sucedería si el ofendido no tiene la obtención de tramitar el incidente de reparación del daño para la ejecución de sentencia, atendiendo la jurisprudencia que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el sentenciado tendría que permanecer privado de su libertad, por diez años, que es el término que fija el artículo 100 del Código Penal del Estado, para que pueda prescribir el derecho de la víctima a solicitar el pago de la reparación del daño.

Lo anterior, atendiendo el artículo 192 de la antigua Ley de Amparo, que para el momento en que se emitió la jurisprudencia aludida, se encontraba vigente y que establecía lo siguiente: *La Jurisprudencia que establece la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y Tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.*

Disposición que sigue prevaleciendo en la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el dos de abril de dos mil trece, en su artículo 217 que dispone exactamente lo mismo; entonces, si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea que fuera emitida por el Pleno o alguna de sus Salas, es obligatoria para los tribunales del orden común, los jueces y Magistrados del fuero común, en acato a la Jurisprudencia aludida, tienen la obligación de no concederle el derecho a gozar de su libertad personal, hasta en

tanto no prescriba el derecho de la víctima a solicitar el pago de la reparación del daño.

Sin importar, que la pena privativa de la libertad que se le pudo haber impuesto al sentenciado no excediera de los dos años y se le hubiera concedido el beneficio de la conmutación de la sanción previsto en el artículo 72 del Código Penal del Estado, o fuera superior a ese término, pero menor a tres años y se le concediera el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción previsto en el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado.

Por otra parte, si bien es cierto que otro de los argumentos de los Ministros de la Corte para justificar su decisión era que una vez que el Constituyente elevó el derecho de la víctima a garantía individual, a partir de la reforma del diez de junio de dos mil once, al artículo 1º Constitucional que reconoce los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece.

Existe un cambio de paradigma en la forma de resolver para los jueces, cambio de interpretación de la Constitución y las leyes que consiste en la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en relación con el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella, ya que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, dentro del cumplimiento de su deber, pudiera constituir un hecho imputable al Estado, que compromete su

responsabilidad en los términos previstos por la propia convención y por citar un ejemplo podemos citar el (*caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, y caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70*).

De la misma manera, la responsabilidad del Estado puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por dicho instrumento internacional (*caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171*), y cuando un Estado ha ratificado un instrumento internacional como el mencionado, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

En vista de lo anterior, si el Estado Mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, y por virtud de su artículo 1, numeral 1, en términos de los mencionados artículos 1o. y 133 constitucionales, existe la obligación de toda autoridad jurisdiccional nacional, con independencia de su fuero o jerarquía, de respetar los derechos y libertades reconocidos en el referido pacto, así como el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a favor de toda persona sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Criterio que fue sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en la tesis aislada de rubro: *Control de convencionalidad. es una obligación ineludible de la autoridad jurisdiccional*

ejercerlo, aun de oficio, cuyo incumplimiento vulnera el mandato constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos y compromete la responsabilidad internacional del estado mexicano en su conjunto, criterio que fue avalado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis que por contradicción lleva el siguiente rubro: Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011)¹⁴².

Como pudimos apreciar, el argumento fundamental que utilizaron los Ministros que conforman la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, era el de proteger los derechos de la víctima, que para ese entonces el Constituyente los acababa de reconocer dentro de su artículo 20 apartado C, enalteciendo el hecho de que se debería de garantizar la impartición de justicia pronta y expedita para la víctima y evitar que sus derechos fueran desprotegidos, o en su defecto la justicia se viera retardada.

No obstante que para poder cumplir con esa disposición se pisotearan los derechos fundamentales del sentenciado, así como la garantía de pronta y expedita impartición de justicia para el sentenciado, sin que se soslaye el principio de seguridad jurídica al no existir una certeza del tiempo que el sentenciado estaría privado de su libertad al quedar pendiente el pago de la reparación del daño y que esté se acreditara dentro de la ejecución de la sentencia.

Corolario a lo anterior, podemos establecer que si bien es cierto que al momento en que los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinaron que era legal el hecho de dejar pendiente el pago de la reparación del daño para que éste pudiera tramitarse en la ejecución de la sentencia, ahora con el cambio de paradigma, los Jueces tienen la obligación de

¹⁴² Época: Décima Época, Registro: 2002264, Instancia: Primera Sala, Tipo Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Materia(s): Común, Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.), Pag. 420.

respetar los derechos humanos de las personas sobre todo de las que se encuentran sujetas a un proceso penal.

Es por ello que, los Jueces tienen que considerar que sobre el derecho a la libertad como derecho humano, y que después de la vida es uno de los derechos de mayor preponderancia, no debe de prevalecer el derecho a la reparación del daño cuando éste no se encuentra acreditado dentro del proceso, y sobre todo, no debe de ser una condicionante para que el sentenciado pueda gozar de la libertad, cuando la propia Constitución Mexicana y los diversos Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, reconocen el derecho a la libertad.

4.1.1. Legislación Federal que tutela la reparación del daño.

Con la finalidad de demostrar que el ofendido no se encuentra desprotegido Constitucionalmente, ni por las leyes secundarias, es necesario exponer los diversos ordenamientos a nivel Federal que contemplan los derechos del ofendido o víctima de delito, y sobre todo, que establecen los mecanismos y el procedimiento para que éstos puedan solicitar el pago de la reparación del daño ante los juzgados penales, que es dónde se produjo la controversia que pretendo demostrar con el presente trabajo de investigación.

Es por ello que en orden de prelación y de mayor importancia analizaremos en primer lugar el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo numeral dispone:

“Artículo 20. ...

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

B...

C. De los derechos 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 procedimiento penal;

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 investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando 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, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”¹⁴³.

En primer lugar, podemos observar que el ofendido debe ser informado sobre las garantías y derechos que tiene sobre el desarrollo del proceso penal, así como a coadyuvar con el agente del Ministerio Público con la finalidad de aportar las pruebas necesarias para la acreditación del delito y la responsabilidad del agente del delito.

Así también, la víctima u ofendido tiene como garantía Constitucional el que se le repare el daño siempre que sea procedente condenar al sentenciado a dicha pena, y si bien es cierto que el artículo menciona que el juzgador tiene la obligación de condenar al sentenciado al pago de la reparación del daño cuando

¹⁴³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, texto vigente, última reforma publicada DOF 26-02-2013.

emitió una sentencia condenatoria, resulta absurdo condenarlo cuando dentro del expediente no existen elementos que permitan cuantificar el monto de dicha reparación.

Sin embargo, con el objeto de respetar el mandato constitucional, existen jueces que hacen una aproximación del daño que pudo haber erogado la víctima por la conducta ilícita realizada por el agente activo del delito, o en su caso cuando la reparación no puede ser cuantificable en dinero y el daño ocasionado consiste en ayuda psicológica para la víctima el juez puede condenar al sentenciado al pago de las terapias que considere necesarias para la recuperación de la víctima u ofendido, determinaciones que resultan más protectoras de derechos fundamentales y constitucionales tanto para el sentenciado y como para el ofendido que el dejar pendiente el pago de la reparación del daño para promover un incidente de ejecución de sentencia.

Así también, nuestro país cuenta con la Ley General de Víctimas que en su capítulo III, correspondiente al derecho de acceso a la justicia en su artículo 10 contempla lo siguiente:

“...Las víctimas tienen derecho a un recurso judicial adecuado y efectivo, ante las autoridades independientes, imparciales y competentes, que les garantice el ejercicio de su derecho a conocer la verdad, a que se realice con la debida diligencia una investigación inmediata y exhaustiva del delito o de las violaciones de derechos humanos sufridas por ellas; a que los autores de los delitos y de las violaciones de derechos, con el respeto al debido proceso, sean enjuiciados y sancionados; y a obtener una reparación integral por los daños sufridos”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Ley General de Víctimas, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013, texto vigente, última reforma publicada en el DOF 03-05-2013.

Texto del cual podemos apreciar que los ofendidos o víctimas del delito, tienen derecho a promover los recursos que consideren necesarios ante las autoridades competentes y con lo que se garantice su derecho a conocer la verdad, así también a que no se vulneren sus derechos fundamentales al ser víctimas de delito, y que los responsables sean enjuiciados y sentenciados respetando el principio del debido proceso.

Finalmente, debemos destacar que la Ley General de Víctimas, contempla el derecho de los afectados de delito a solicitar una reparación de los daños ocasionados sufridos con motivo de la conducta ilícita desplegada por el sentenciado.

Por otra parte, la Ley General de Víctimas, en su artículo 12 fracción II, nos dice que las víctimas gozaran de los siguientes derechos:

“...II. A que se les repare el daño en forma expedita, proporcional y justa en los términos a que se refiere el artículo 64 de esta Ley y de la legislación aplicable. En los casos en que la autoridad judicial dicte una sentencia condenatoria no podrá absolver al responsable de dicha reparación. Si la víctima o su Asesor Jurídico no solicitaran la reparación del daño, el Ministerio Público está obligado a hacerlo”¹⁴⁵.

Contexto del que apreciamos el derecho que tienen los afectados de un delito a que se les repare el daño sufrido de forma libre, proporcional y justa en los términos que fija el propio artículo 64 del cuerpo de leyes mencionado, que en pocas palabras establece los lineamientos que deben ser tomados en consideración para poder condenar al sentenciado a dicha pena pública.

¹⁴⁵ *Idem.*

Sin embargo, para poder condenar al responsable del delito deberá estar debidamente acreditado ese daño, y para eso, tanto el ofendido como el Ministerio Público tendrán la obligación de acreditar los gastos que pudo haber erogado el afectado o víctima del delito, ya que de no estar demostrado ningún concepto el juez no debe exceder su función y vulnerar los derechos fundamentales del sentenciado con la finalidad de proteger los derechos de los ofendidos, ya que debe de respetar la igualdad jurídica que debe de existir en todo procedimiento judicial.

Ahora, corresponde analizar el Código Civil Federal que en su capítulo V, de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, en relación a la reparación del daño contempla lo siguiente:

“Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Artículo 1911. El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922”¹⁴⁶.

Texto legal del que podemos apreciar, que la persona que al obrar de manera ilícita cometa un daño está obligado a repararlo, a menos que el responsable demuestre que dicha afectación fue producida por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, es decir, que jamás tuvo la intención de cometer la afectación al patrimonio.

¹⁴⁶ Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, texto vigente, última reforma publicada DOF 08-04-2013.

De igual manera nos dice que los menores que llegaren a cometer algún daño, los padres o tutores serán los responsables de cubrir el importe de la afectación causado por los infantes.

En tanto que el Código Penal Federal, en su artículo 29 dispone:

“...La sanción pecuniaria comprende [...] y la reparación del daño.

Artículo 30. La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, comprenderá cuando menos:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, a su valor actualizado;

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiera la víctima, como consecuencia del delito. En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en su salud mental, así como de violencia familiar, además comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;

IV. El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de sufrir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;

V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;

VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;

VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públicos¹⁴⁷.

Precepto legal, que fija los lineamientos que deben seguir los jueces o en su caso, los Magistrados para poder condenar a un sentenciado al pago de la reparación del daño, sin soslayar que dicha reparación deberá ser proporcional al daño causado y sobre todo adecuada, además de que establece una serie de requisitos que deben ser tomados en consideración para que esa reparación del daño sea efectiva.

Empero, toda esa serie de requisitos y formalidades deben de ser allegadas por el afectado y principalmente por el Ministerio Público, como representante de la sociedad, por lo que, ante la clara omisión efectuada por ambos el juez deberá emitir un fallo con las pruebas que obren en el expediente, y de no ser así, podría realizar una cuantificación proporcional sobre los gastos que pudo haber erogado la víctima u ofendido, con lo que se respetaría la igualdad jurídica de las partes dentro del proceso penal.

Evidencias que nos permiten demostrar, que los afectados o víctimas de delito, cuentan con leyes federales que reconocen su derecho como víctimas y sobre todo, que les dan a conocer los mecanismos o procedimientos con los que cuentan para poder hacer valer su derecho, así como para acreditar el pago de la reparación del daño a que pudiera ser condenado el responsable de delito.

¹⁴⁷ Código Penal Federal, Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, texto vigente, Última reforma publicada DOF 03-05-2013.

4.1.2. Instrumentos internacionales que tutelan el derecho de la víctima dentro del proceso penal.

A nivel internacional, también encontramos reconocidos los derechos de las víctimas u ofendidos de delito, y lo encontramos por medio de la coadyuvancia que se encuentra contenida en los siguientes instrumentos internacionales:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XVIII, primer párrafo establece: *“Toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos”*¹⁴⁸.

Precepto internacional del que se desprende el derecho de todo sujeto, y para el caso que nos ocupa el ofendido o víctima de delito a acudir a los Tribunales para hacer valer sus derechos, y por derechos podemos entender el ser informados del procedimiento a seguir dentro del proceso penal, así como a solicitar el pago a la reparación del daño.

Otro de los instrumentos internacionales que reconocen los derechos de los ofendidos o víctimas de delitos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 7º señala: *“Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley”*¹⁴⁹.

Precepto del que podemos apreciar la igualdad que tienen todos los individuos ante la ley, y en éste caso debemos hacer uso de la hermenéutica con la finalidad de decir que tanto el procesado como el ofendido deben de contar con ciertos derechos inherentes a su persona y en igualdad de circunstancias, con la finalidad de que ninguno de ellos quede desprotegido por la ley.

¹⁴⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

¹⁴⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Finalmente, tenemos la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y las de Abuso de Poder y en sus artículos 1 y 18 se establecen los derechos de las víctimas entre los que se encuentra el derecho a la coadyuvancia¹⁵⁰.

Documentos internacionales, con los que podemos demostrar que los ofendidos y víctimas de delito cuentan con instrumentos Internacionales para hacer valer su derecho a la reparación del daño, ya que como pudimos observar que como característica principal existe la igualdad de las partes ante las instancias judiciales y por dicha igualdad debemos entender que tanto el procesado o sentenciado deben de contar en igualdad de circunstancias con los mismos derechos que el ofendido o víctima de delito para poder hacer efectivo su derecho al pago de la reparación del daño.

4.1.2. Código penal y procesal del Estado de Michoacán, así como el Código de Procedimientos Penales para el Sistema Acusatorio del Estado de Michoacán.

En relación a la reparación del daño el Código Penal del Estado de Michoacán, dispone lo siguiente:

“Artículo 30. La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y sus frutos, y si no fuere posible, el pago del precio correspondiente; y,

II. El resarcimiento 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; y,

¹⁵⁰ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y las de abuso de poder, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.

III. La indemnización de los perjuicios ocasionados.

Artículo 31. La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene carácter de sanción pública.

Cuando la reparación sea exigible a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil, y se podrá reclamar en forma conexas a la responsabilidad penal o con exclusión de ésta. En el segundo caso, la acción se ejercitará ante el juez civil competente¹⁵¹.

Como podemos apreciar, el catálogo sustantivo penal del Estado de Michoacán, contempla la reparación del daño y como tal, comprende la restitución de la cosa y sus frutos y en caso de no ser posible el pago correspondiente.

De igual manera, reconoce como parte de la reparación el aspecto material y el moral, así como el tratamiento curativo necesario para la víctima con motivo de la conducta delictiva producida por el agente del delito, y si bien es cierto que el Código Penal del Estado de Michoacán, nos dice que la reparación del daño tiene carácter de pena pública, ésta debe de estar debidamente acreditada en autos para que pueda imponerse dicha sanción al sentenciado.

Sin embargo, aunque dentro el expediente no se encuentre acreditado el monto de la reparación del daño a que pudiera ser condenado el sentenciado, el Código Penal del Estado, no deja desprotegido al afectado o víctima del delito tan es así que contempla el trámite del juicio conexas civil y no sólo eso, ya que en caso de que no se realice dicho juicio a la par del proceso penal, deja a salvo los derechos

¹⁵¹ Código Penal del Estado de Michoacán, publicado en el Periódico Oficial del Estado, el uno de febrero de dos mil doce.

de los afectados para que éstos los puedan ejercitar ante los juzgados civiles correspondientes.

Con lo anterior, queda debidamente demostrado que los ofendidos o víctimas de delito no están desprotegidos dentro del procedimiento penal, y por el contrario se les reconocen sus derechos y sobre todo el de poder solicitar el pago de la reparación del daño, por lo que insisto que no se encuentra justificado el hecho de dejar pendiente el pago de la reparación del daño en sentencia para que ésta pueda ser solicitada por medio de un incidente en ejecución de sentencia, cuando la propia ley establece los mecanismos para que los afectados puedan hacer valer ese derecho ante los tribunales correspondientes.

Otro de los ordenamientos que resulta indispensable someter al análisis es el Código Procesal Penal del Estado, que en relación a la reparación del daño encontramos los ordinales 55 y 94 que en orden de prelación disponen lo siguiente:

“Artículo 55. Funciones del Ministerio Público. Corresponde al Ministerio Público dentro del proceso penal, comprobar los elementos constitutivos del tipo penal y la responsabilidad de los inculcados, exigir la reparación del daño cuando deba ser hecha por el acusado y promover lo necesario para la recta y pronta administración de justicia, amén de lo señalado en el artículo 7° de este Código.

Artículo 94. Restitución del ofendido en el goce de sus derechos. Todo tribunal, cuando esté plenamente comprobado el delito, dictará las providencias necesarias para restituir al ofendido en el goce de sus derechos. La solicitud podrá ser formulada por el ofendido o por el Ministerio Público.

*La autoridad judicial, siempre que sea preciso, puede hacer uso de la fuerza pública para restituir los objetos muebles o inmuebles materia del delito, y para ejecutar cualquier auto relativo a la restitución en el goce de los derechos acreditados*¹⁵².

Derivado de los textos legales transcritos podemos apreciar que el encargado principal de solicitar y sobre todo acreditar el monto de la reparación del daño es el Ministerio Público como representante de la sociedad, pero aquí debemos resaltar que el dispositivo 55 del ordenamiento adjetivo penal del Estado de Michoacán, es claro al referir que el representante social deberá solicitar el pago de la reparación del daño en los casos en que sea procedente.

Pues es de explorado derecho que si el Ministerio Público y el ofendido no tuvieron el interés de solicitar el pago de la reparación del daño, desde la averiguación previa y sobre todo en la etapa probatoria, los Jueces y Magistrados no pueden exceder sus funciones y condenar al sentenciado a una condena genérica para que ésta pueda ser solicitada por medio de un incidente en ejecución de sentencia.

En virtud de que como lo he tratado de demostrar en el desarrollo del presente trabajo de investigación, es más violatorio de derechos fundamentales el hecho de tratar de garantizar el pago de la reparación del daño sobre el derecho que tienen los sentenciados a gozar del beneficio a la libertad al haberles sido concedido un beneficio en sentencia.

Finalmente, no debemos soslayar que la legislación adjetiva penal del Estado de Michoacán, fija los procedimientos para que los jueces restituyan al ofendido o

¹⁵² Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, publicado en el Periódico Oficial del Estado, el 31 de agosto de 1998.

víctima del delito en el ejercicio de sus derechos, siempre que el afectado esté interesado en recuperar el importe del daño sufrido o el resarcimiento de lo afectado, por lo que resulta absurdo que los juzgadores sometan a los afectados a una doble victimización al dejar pendiente el pago de la reparación del daño para la ejecución de la sentencia cuando dentro del expediente quedó debidamente acreditado que no tienen ningún interés en seguir participando en el desarrollo del proceso penal.

En tanto que el Código de Procedimientos Penales del Sistema Penal Acusatorio, dentro de sus numerales 51 y 90 mencionan lo inherente a la reparación del daño:

“Artículo 51. Restablecimiento de las cosas. En cualquier estado de la causa y a solicitud de la víctima u ofendido, el juez o el tribunal podrán ordenar, como medida provisional, cuando la naturaleza del hecho permita, restablecer a la víctima u ofendido en los bienes objeto del delito, la reposición o restitución de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo.

Artículo 90. Objeto de la reparación del daño. En los casos en que el delito haya producido daño físico, material, económico, psicológico o moral a la víctima u ofendido, el Ministerio Público estará obligado a reclamar su reparación, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente”¹⁵³.

Ahora bien, el catálogo adjetivo penal para el Estado de Michoacán del Sistema Penal Acusatorio, es más amplio ya que incluso faculta al juzgador a que en cualquier etapa de la causa se restituya al afectado o víctima del delito en el goce de sus derechos hasta antes de haberse cometido el delito, empero, también es

¹⁵³ Código de Procedimientos Penales, Sistema Procesal Penal Acusatorio, publicado en el Periódico Oficial del Estado, el trece de enero de dos mil doce.

claro en decir que podrá hacerlo siempre que esté plenamente demostrado en la carpeta de investigación.

Así también, contempla el hecho de que tanto el afectado o el Ministerio Público puedan solicitar el pago de la reparación del daño, con lo cual queda debidamente demostrado que los afectados o víctimas del delito no quedan desprotegidos en torno al pago de la reparación del daño, ya que en cualquier parte de la investigación e incluso en el desarrollo del procedimiento el ofendido o el Ministerio Público pueden aportar los medios de prueba necesarios para acreditar el pago de la reparación del daño.

Empero, dentro del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Sistema Penal Acusatorio, los legisladores quisieron ser pioneros en el sentido de aprobar el criterio sostenido por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que en el artículo 322 dispone que cuando la prueba producida no permita establecer con certeza el monto de la reparación del daño, el tribunal deberá condenar en abstracto para que se cuantifique en ejecución de sentencia.

Criterio que evidentemente resulta violatorio de derechos fundamentales y de garantías Constitucionales, como lo he demostrado en el desarrollo del presente trabajo de investigación, es más perjudicial para el sentenciado el dejar pendiente el pago de la reparación del daño, ya que los sentenciados no pueden acogerse a ninguno de los beneficios que les fueron concedidos en sentencia hasta en tanto no esté acreditado el monto de la reparación del daño a que pudiera ser condenado.

Lo que evidentemente se convierte en una privación ilegal de su libertad, ya que el sentenciado no puede estar supeditado al capricho de los juzgadores que con el argumento de no vulnerar los derechos fundamentales y constitucionales de los

afectados si quebrantan uno de los bienes jurídicos más ponderados por el hombre y que después de la vida es el derecho a la libertad.

4.2. El principio de legalidad.

El principio de legalidad es la seguridad jurídica por medio de la cual, los gobernados tienen el conocimiento previo de los delitos y las penas, además de ser una garantía política de que los ciudadanos no podrán ser sometidos por el poder del Estado, a penas que no estén previamente establecidas en las normas con anterioridad al hecho cometido.

En torno al principio de legalidad debemos establecer que “(e)l artículo 9 de la Convención Americana, que se refiere al principio de legalidad y no retroactividad, que en el momento de la aplicación de la ley penal el juez debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y verificar con el mayor cuidado la adecuación de la conducta del inculcado a la descripción legal, para evitar la penalización de actos que no sea delictuosos conforme al ordenamiento penal, y en seguida –a la luz del caso *sub judice*–”¹⁵⁴.

“Como es habitual, desde las declaraciones norteamericanas de derechos (la de Filadelfia de 1774, y las de Virginia y Maryland de 1776) y la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, el principio de legalidad aparece unido al de irretroactividad de las leyes penales, *nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, aunque sean conceptualmente independiente”¹⁵⁵. “El que los delitos y las penas tengan que estar regulados en una ley no prejuzga si la ley ha de aplicarse o no con carácter retroactivo”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 99, p. 261.

¹⁵⁵ Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho Penal español. Parte general*, 15a ed., Dikynson, Madrid, 1992, p. 210.

¹⁵⁶ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 14, p. 30.

“Como ya se ha expuesto anteriormente, un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán. Como instrumentos de protección que brinda el estado de derecho al sujeto amenazado por las sanciones públicas hemos visto ya el principio de culpabilidad [...] y el principio de proporcionalidad [...], principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se imponga sanciones demasiado duras. Frente a esto, el principio de legalidad [...], sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva”¹⁵⁷.

El principio de legalidad es aquél, por medio del cual se garantiza la certeza jurídica al procesado, ya que a éste se le debe juzgar por los hechos que cometió y que los mismos se encuentren previstos por una norma elaborada con anterioridad a los hechos, así también, el principio de legalidad garantiza al procesado que no se le impondrá una pena retroactiva a la prevista al momento de la comisión del hecho.

Por otro lado, debemos destacar que a la persona imputada no se le podrá instruir un procedimiento penal por un hecho que no encuadre perfectamente en la descripción típica, con lo anterior se garantiza el estado de derecho que debe conservar todo Estado, ya que con ello se garantizan los derechos de los individuos que conforman parte de la sociedad, además de que con ello se evita la imposición de medidas desproporcionadas, ya que al estar debidamente

¹⁵⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, p. 137.

contempladas en la norma fija los límites que tiene el Estado para la imposición de las sanciones.

4.2.1. Garantías judiciales del procesado.

El acceso a la justicia constituye uno de los derechos fundamentales del hombre, es por ello que las personas sujetas a un procedimiento penal deben de contar con garantías que les brinden seguridad jurídica como es el derecho a una adecuada defensa, garantías jurisdiccionales, debido proceso, igualdad en el proceso, principio de proporcionalidad y demás garantías.

Garantías judiciales que se encuentran tuteladas por la "...Corte Interamericana, situación que también se presenta en la experiencia europea, se halla bajo el amparo de diversos preceptos de la Convención Americana, reiteradamente examinados en los pronunciamientos de la Corte, entre aquéllos destacan pero no son las únicas normas invocables, los artículos 8 (Garantías Judiciales), con correspondencia en los artículos 6 del Convenio Europeo de 1950 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 25 (Protección judicial de los derechos fundamentales).

La Corte ha insistido en que la falta de pleno respeto a las garantías del debido proceso y la protección judicial constituye una actuación arbitraria en perjuicio de particulares, también vulnera el acceso a la justicia la incertidumbre sobre la vía para impugnar la violación de garantías y protección judiciales. También ha afirmado el Tribunal que es deber de los jueces internos ejercer un control de convencionalidad, vigilando la intangibilidad del efecto útil de la Convención Americana; para ello, los jueces internos deben tomar en cuenta el tratado mismo como la interpretación de éste por la Corte Interamericana"¹⁵⁸.

¹⁵⁸ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 99, pp. 251-253.

Dentro de los instrumentos internacionales que contemplan las garantías procesales de las personas sujetas a proceso tenemos el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
y,

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”¹⁵⁹.

Garantías judiciales que podemos afirmar que se encuentran vinculadas al principio de legalidad, ya que se garantiza el derecho de toda persona sujeta a proceso a ser oída y vencida en juicio por un tribunal competente e imparcial y dentro de un plazo razonable.

Es aquí dónde debo de hacer un paréntesis, ya que al hablar de un plazo razonable debemos entender que los jueces deben de contar con normas que les hagan saber que los procesos judiciales no pueden ser eternos y por lo tanto debe de procurarse la pronta administración de justicia, es por ello, que el criterio que estoy debatiendo en torno a dejar pendiente la reparación del daño para ser

¹⁵⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, convención publicada en el diario oficial de la federación, el jueves 7 de mayo de 1981. p. 6.

reclamada en el incidente de ejecución de sentencia, viola las garantías procesales de los sentenciados.

En virtud de que el sentenciado no tiene una certeza jurídica en torno al tiempo que debe de durar su proceso, pues como lo he resaltado la prescripción de la reparación del daño en nuestro sistema actual prescribe en diez años, situación que vulnera las garantías procesales del sentenciado ya que su libertad queda supeditada al capricho de los juzgadores que con el argumento de no vulnerar los derechos de la víctima, pisotea los derechos fundamentales del sentenciado.

Creando así un sistema totalitario y absurdo y que rompe con los principios del debido proceso al crear penas excesivas y absurdas, con lo que también se rompe el Estado de Derecho con el que debe de contar cada Estado.

En esa tesitura, otro de los instrumentos internacionales que contemplan las garantías procesales de las personas sujetas a proceso es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus arábigos 9.2 y 14.3, que en orden establecen lo siguiente:

“Artículo 9.

1. ...

2. *Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.*

Dentro del artículo 14 establece:

1...

2...

3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas...¹⁶⁰.

Como pudimos observar, dentro de las garantías judiciales del procesado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nos dice que las personas sujetas a un proceso penal deberán ser juzgadas sin dilaciones indebidas, y por dilaciones indebidas podemos entender el incidente de reparación del daño para acreditar el perjuicio pecuniario una vez que se sentenció al sujeto responsable.

Lo anterior es así, pues como lo he demostrado a *supra* líneas, los sentenciados debido al criterio emitido por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sobre todo por el sostenido por los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Primer Circuito (correspondiente al Estado de Michoacán), determinaron que era ilegal el hecho de que el juez de la causa requiriera al sentenciado para dar cumplimiento con la sentencia definitiva por el término de quince días, hasta en tanto no estuviera acreditado el pago de la reparación del daño al que pudiera ser condenado.

¹⁶⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto publicado en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el miércoles 20 de mayo de 1981.

Determinación con la que podemos establecer, que evidentemente los sentenciados que se encuentran privados de la libertad y que les fue concedido alguno de los beneficios que contempla el Código Penal del Estado de Michoacán, para gozar del beneficio de la libertad, no pueden acogerse a dicho beneficio por encontrarse pendiente el monto a la reparación del daño a que pudiera ser condenado el sentenciado.

Razonamiento que a todas luces vulnera lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que al considerar de mayor relevancia jurídica el derecho a la reparación del daño que a la libertad de una persona, puede generar responsabilidad internacional para el Estado Mexicano, pues consideró que es de mayor jerarquía jurídica el derecho a la libertad personal que el derecho a la reparación del daño, máxime que como lo he dado a conocer cuando no se tiene el interés de reclamar el pago de dicha reparación, los juzgadores no pueden exceder sus funciones y a pesar de ello dejar pendiente el pago de la reparación del daño para la ejecución de la sentencia.

Así también, dentro del artículo 20 Constitucional se encuentran las garantías procesales del acusado, donde dicho numeral dispone:

El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o

exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares”¹⁶¹.

En ese orden de ideas y con la finalidad de demostrar que el criterio adoptado de dejar pendiente el pago de la reparación del daño es violatorio tanto de derechos fundamentales como de derechos Constitucionales, nuestra Carta Magna en su artículo 20 apartado B, tutela las garantías judiciales de las personas sujetas a proceso, para lo cual debo destacar que para los fines del presente trabajo de investigación la prisión o detención de las personas no podrá prolongarse por ningún motivo y mucho menos si se trata por cualquier tipo de prestación de dinero o por algún motivo análogo.

Además, de que si el propio texto constitucional es claro en decir que mientras al sujeto imputado no le sea impuesta una sentencia transcurrido el término de dos años deberá de ser puesto en libertad inmediatamente, porque sería ilegal el hecho de que el individuo que ya fue sentenciado no pueda acogerse a ningún beneficio concedido por el hecho de que no se encuentre acreditado el pago de la reparación del daño.

Circunstancias que evidentemente resultan violatorias de derechos fundamentales, constitucionales y sobre todo que vulneran el principio de legalidad jurídica ya que los sujetos que son procesados penalmente no cuentan con la certeza jurídica de haber sido vencidos legalmente y con las debidas garantías, ya que la sentencia no puede dejar al aire cuestiones tan fundamentales como lo es la reparación del daño.

¹⁶¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 167ª edición, México 2012, ed. Porrúa, pp. 45-48.

4.2.2. El fundamento y el fin de la pena.

En este apartado es importante destacar que el Estado tiene la facultad de castigar las conductas consideradas delictivas, sin embargo, esa facultad debe ser proporcional al delito y a la forma de cometer el delito, por lo que deben de existir las normas que fijen las sanciones penales que corresponden a los delitos.

Así pues, "...la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal, las características de la pena son las siguientes:

- a. Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos: libertad, propiedades, honor o vida.

- b. Es impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico.

- c. Debe ser impuesta por los Tribunales como resultado de un procedimiento penal.

- d. Hay de ser personal, lo que quiere decir que nadie puede ser castigado penalmente por hechos ajenos.

- e. Debe ser estatuida por la ley, como consecuencia jurídica de un hecho que, de acuerdo con la misma ley, tenga el carácter de delito.

Fundamentos: Existen diversas teorías que fundamentan la pena en la necesidad de un orden jurídico y que tratan de justificar a la pena a través de sus doctrinas, que son las relativas, las absolutas y las mixtas:

1. Las teorías relativas consideran a la pena como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad, asignándole a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento.

2. Las absolutas la pena carece de una finalidad práctica; se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el hecho ejecutado, de ahí que estas orientaciones absolutas se clasifiquen en retribucionistas y reparatorias.

3. Las teorías mixtas intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad. La justicia absoluta desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena no es sólo la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, es lícito prever y sacar partido de los efectos que pueden causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se les prive de su carácter de legitimidad.

Las teorías anteriormente citadas, determinan la naturaleza y el objeto de las penas y, a su vez, de las medidas de seguridad. Al lado de las penas o medidas represivas existen la de seguridad o preventivas: según su naturaleza, la diversidad entre autores es grande: la pena es represión y se halla destinada al fin de la compensación; las medidas de seguridad por el contrario, son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad; en consecuencia, éstas se encuentran dentro del campo penal y corresponden a la autoridad administrativa. Pena y medida de seguridad, por el contrario y objetando lo anterior, son análogas e inseparables, son dos círculos secantes que pueden reemplazarse mutuamente; sólo cabe su diferenciación práctica, no la teórica, en

consecuencia, una y otra corresponden a la esfera penal. Penas y medidas de seguridad son idénticas.

Finalmente, el Estado provee a una doble tutela; represiva y preventiva; la primera corresponden las medidas que tienen un fin de retribución; a la segunda las medidas de seguridad, nace aquí una doble categoría de sanciones criminales: represivas o retributivas (penas) y preventivas (medidas de seguridad), pudiendo aplicarse a los irresponsables y a los que no lo sean después de expiada la pena; la pena es siempre aflicción y la medida de seguridad no requiere siempre de la eficacia aflictiva; pero una y otra forman conjuntamente el objeto del Derecho Penal”¹⁶².

Por otro lado, el vocablo pena deviene del latín “...*poena* (del griego *poine*) que significa dolor, trabajo, fatiga o sufrimiento, según Rodríguez Devesa, la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito”¹⁶³.

En esa guisa, “...la pena como sanción post delictum. El problema del cuándo (o de qué) *castigar* es aparentemente el más sencillo de todos los problemas de la legitimación del derecho penal. La respuesta que se da generalmente a esta pregunta por parte del pensamiento jurídico filosófico es la expresada por la máxima *nulla poena sine crimene*. La pena según este principio formulado nítidamente en las célebres definiciones de Grocio, Pufendorf y Thomasius, es una sanción inflingida *ob malum actionis*, o *antegressi*, o *Procter delictum*, esto es aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica.

¹⁶² Carrizales Chávez, Elizabeth, *op. cit.*, nota 113, pp. 117-120.

¹⁶³ Parma, Carlos, *Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el derecho penal?*, Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009, pp. 65-67.

Se trata del *principio de retribución* o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal y que, como escribe Hart, expresa no el fin sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas, gracias a él la pena no es un *prius*, sino un *posterius*, no una medida preventiva o *ante delictum*, sino una sanción retributiva o *post delictum*¹⁶⁴.

La sanción como pena derivada de un delito, es considerada más como la consecuencia derivada de la conducta ilícita y por ello es que se justifica la imposición de una sanción, que es considerado como el principio retributivo de la pena, la consecuencia por haber cometido un delito, y que debe de ser considerada como una de las garantías del derecho penal.

“Del cometido del derecho penal y por tanto de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto. Si el derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado”¹⁶⁵.

El fin de la pena estriba en la sanción que debe de imponerse al agente infractor de la norma, por lo que el derecho penal tiene la obligación de garantizar la protección de los bienes jurídicos para el pleno desarrollo de los gobernados dentro de la sociedad, con la finalidad de conservar la paz y la seguridad.

¹⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 26, p 368.

¹⁶⁵ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, p. 81.

4.3. El principio de coherencia y relación entre la acusación y la sentencia.

“El principio de congruencia o de correlación entre la imputación y el fallo determina el ámbito de la sentencia al hecho descrito en la acusación con todas sus circunstancias y elementos materiales, normativos y psíquicos.

En otras palabras, la sentencia debe tener como fundamento el hecho histórico investigado durante el proceso que ha sido concretado en la acusación, aun cuando se le haya dado una calificación jurídica diferente, siempre que el cambio de calificación no sea de tal naturaleza que afecte su derecho a ser oído, en la medida que sobre la calificación jurídica del delito se orienta la defensa”¹⁶⁶.

El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”¹⁶⁷.

El principio de congruencia entre la acusación y la sentencia debe contener una relación entre la acusación formulada por el representante social y los hechos, por lo que el juzgador no podrá emitir un fallo en el que la acusación sea diversa a los hechos por los que se le dictó el auto de plazo constitucional.

“Al dictar sentencia el juez debe adecuar el pronunciamiento al principio de congruencia, lo que constituye en realidad un componente lógico. Es un postulado de la lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento, de cualquier carácter o índole que el mismo sea. Toda vez que el decisorio debe guardar correspondencia con las pretensiones deducidas por las partes, debatidas y probadas en el proceso. Lo importante de la información acerca del hecho que se

¹⁶⁶ Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *op. cit.*, nota 92, p. 334.

¹⁶⁷ Silva García, Fernando, *Jurisprudencia Interamericana sobre derechos humanos*, México, s.e., 2011, p. 150.

atribuye pasa por la circunstancia de que pueda ser comprendida cabalmente por el imputado y éste tenga la posibilidad de oponer los medios que hacen a su defensa, en tiempo oportuno.

Así la congruencia es consecuencia directa del principio de contradicción que debe presidir en esencia todo proceso, entendido éste como sinónimo de juicio, y también como un elemento fundamental para que se respete la inviolabilidad de la defensa. Ambas garantías se encuentran consagradas constitucionalmente, tanto en el derecho al juicio previo respetuoso del debido proceso, como en el mandato de que la defensa sea inviolable (art. 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”¹⁶⁸.

En relación a ésta definición surge un elemento importante sobre el principio de coherencia entre la acusación y la sentencia, el llamado principio de contradicción, como se ha dicho el principio sometido al análisis consiste en que la imputación formulada por el representante social coincida con los hechos por los cuales fue procesado el acusado, esto es que los hechos no pueden variar, así como tampoco se puede variar la acusación por la que se le proceso al sujeto activo, eso con la finalidad de no vulnerar la debida defensa del procesado.

Pero como característica fundamental, debe de prevalecer el principio de contradicción para que las partes puedan dar una respuesta adecuada a las pretensiones de su contraria, en éste caso, si el agente del ministerio público solicita la reparación del daño como parte integrante de la pena, pero no fundamenta su solicitud aunado a que no existe ninguna evidencia que la corrobore, y si la defensa o el acusado dieron contestación a dicha solicitud, la autoridad jurisdiccional excedería sus funciones al condenar al sentenciado a dicha pena dejando pendiente el pago de la reparación del daño para la ejecución

¹⁶⁸ Ester Ledesma, Angela, *Principio de congruencia en el proceso penal. Reglas aplicables*, s.l.i, s.e., s.a., pp. 4 y 5.

de la sentencia, con lo que también se vulneraría también el principio de coherencia entre la acusación y la sentencia.

4.3.1. El Principio de proporcionalidad de la pena.

“El principio de proporcionalidad en materia penal ha sido parcialmente incorporado al texto constitucional mediante la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, la cual introdujo una última frase en el párrafo primero del artículo en comento, en los siguientes términos: Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad en general nos indica que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional.

La proporcionalidad supone un límite a la cantidad de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de penalización que puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el tipo de conducta que se puede sancionar penalmente y por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Utilizando el criterio de proporcionalidad un juez constitucional puede considerar que la inclusión por el legislador de un delito dentro del catálogo de delitos graves viola el principio de legalidad penal del párrafo tercero del artículo 14 de la Carta Magna. Es una forma de atajar, desde la Constitución misma, la arbitrariedad con que el legislador se ha conducido a los años recientes al considerar como delitos graves conductas que no lo ameritaban, evitando de esa forma que los imputados

por esos delitos tuvieran derecho a la libertad caucional, violando en consecuencia, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia”¹⁶⁹.

Por otro lado, “...la doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en contrapartida al principio de culpabilidad que limita la penas, pero también este principio debe ser necesario para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo derecho penal.

El principio de culpabilidad no es suficiente para asegurar la proporcionalidad entre delito y el delincuente. Aquel principio sólo exige que pueda culparse al sujeto de la lesión por la que se castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión. Nada dice esto de la gravedad de la lesión y, por lo tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena.

Este principio establece dos premisas: la primera que la pena sea proporcional al delito y la segunda que la medida de la proporcionalidad se establezca con base en la importancia social del hecho. Esto es, entonces, que un Estado democrático debe exigir, además que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionales, no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas.

De esta manera, las sanciones o medidas de seguridad tendrán que ser proporcionadas con el hecho cometido, es decir, con la lesividad de la conducta, y si los delitos graves –así establecidos por los legisladores- no representan esa lesividad, no tienen por qué traer aparejada a la *prisión provisional*, ya que merman la libertad personal del sujeto.

¹⁶⁹ Carbonell, Miguel, *Los Juicios Orales en México*, 4ª ed., México, Porrúa, 2012, pp. 159-162.

Con este principio entonces se legitima la pena como retribución, sin embargo sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo, esto obliga a jerarquizar las lesiones y establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, con fundamentos de la legislación secundaria”¹⁷⁰.

El principio de proporcionalidad de la pena está enfocado a cuantificar la pena correspondiente al sujeto activo del delito, derivado del tipo de delito cometido, el juez en base a las normas elaboradas por el legislador cuenta con parámetros establecidos para poder imponer una sanción, de tal manera que la sanción impuesta no es una determinación arbitraria y con lo que se sigue conservando el estado de derecho.

4.3.2. La relación entre los fines de la pena y la reparación del daño.

“La pena que se fundamenta en la protección de bienes jurídicos se limitará según los principios de proporcionalidad y culpabilidad, y cumplirá con una finalidad preventiva, pero también la pena debería cumplir con una función reparadora para con la sociedad en general y para con la víctima directa del delito.

La pena, entonces, persigue finalidades preventivas y se determina con base en la reunión de otros criterios que podrían llamarse *reparadores* (que brindan no solo los límites de la proporcionalidad sino también la integración de ambos protagonistas del delito), junto con otros principios político-criminales (merecimiento de pena, subsidiariedad, necesidad de pena, fragmentariedad, etcétera)”¹⁷¹.

¹⁷⁰ Cázarez Ramírez, José Jesús, *Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán*, México, Porrúa, 2008, pp. 38 y 39.

¹⁷¹ Galain Palermo, Pablo, *op. cit.*, nota 107, pp. 350-354.

Como pudimos observar los fines de la pena, encuentran su fundamento en los principios de proporcionalidad y culpabilidad, que mediante ellos busca prevenir la conducta delictiva, pero también busca la función reparadora tanto para el reclamo social como para el ofendido o víctima del delito.

“El fundamento de la pena es la protección de intereses de la vida que permiten el desarrollo de los individuos en el seno social, y la conservación de la propia sociedad (protección de bienes jurídicos). La pena entonces, es una reacción a la lesión o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos para evitar futuras lesiones de bienes jurídicos.

En ese sentido el porqué de la pena depende del para qué del castigo y el merecimiento de pena se vincula con la necesidad preventiva puede tener una función de retribución (reacción a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos), así como también cumplir con una función de prevención general y especial (protección de bienes jurídicos). Lo que todavía no se ha discutido con profundidad es si la pena también puede cumplir con una función de reparación del daño social (como retribución del daño causado a la víctima del delito).

El hecho de aceptar una función de reparación del castigo no implica que se haya que considerar la pena como una amarga necesidad, sino que lo que realmente importa es que la intervención penal brinde una satisfacción a la víctima directa y a la sociedad (víctima potencial).

En ese sentido, la función de reparación puede servir para compensar el daño producido por el delito (función de reparación *stricto sensu*) y al mismo tiempo cumplir con una finalidad preventiva para evitar futuras lesiones de bienes con una finalidad preventiva para evitar futuras lesiones de bienes jurídicos.

El acuerdo reparador surgido del consenso (equivalente funcional de la pena) servirá para obtener convenios encaminados a reparar el daño y para evitar nuevos daños, cumpliendo con los fines preventivos (negativos y positivos) que se exige a la pena¹⁷².

El fundamento de la pena lo encontramos en la protección de los bienes jurídicos con la finalidad de garantizar el pleno desarrollo de los individuos que forman parte de la sociedad, es por ello que la pena es la respuesta a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

De esa forma podemos decir que el carácter preventivo de la pena lo encontramos con la amenaza que se encuentra inmersa en las normas, es decir, al existir normas de carácter penal se establece el tipo de delito que se configura al realizar determinada conducta, así como la penalidad aplicable en caso de cometerla, es por ello que los ciudadanos deben tener en consideración que al cometer un delito se pueden hacer acreedores a una pena privativa de la libertad o pecuniaria y con la finalidad de no ser sancionados, se mantienen al margen de la ley, con la finalidad de no ser sancionados.

Así también, al existir el pago de la reparación del daño a la víctima u ofendido del delito se dice que la pena tiene una función de carácter retributivo ya que se brinda una satisfacción directa al ofendido o víctima del delito y sobre todo se cumple con el reclamo de la sociedad consistente en que se castigue al responsable de un delito.

¹⁷² Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., México, Oxford, 2006, pp.716 y 717.

PROPUESTA.

A través de la investigación se demostró, que la determinación de dejar pendiente el pago de la reparación del daño para el incidente de ejecución de sentencia, adoptando el criterio sustentado por los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis de rubro: *Reparación del daño. Es legal la sentencia condenatoria que la impone aunque el monto correspondiente pueda fijarse en ejecución de ésta*, en base a ella, se deja pendiente el pago de la reparación del daño para que sea tramitado mediante un incidente en la ejecución de sentencia, atenta contra los derechos fundamentales del sentenciado.

Pues se demostró que el sentenciado no puede acogerse a ningún beneficio que le hubiera sido concedido en sentencia, hasta en tanto no se tramite el incidente de reparación del daño y se acredite el monto de la reparación para que el sentenciado esté en condiciones de hacer el pago correspondiente y hasta entonces pueda gozar del beneficio y así poder obtener su libertad.

Por ello, la propuesta que se hace, es utilizar el control de convencionalidad al que todos los operadores jurídicos y sobre todo los Jueces y Magistrados, tienen la obligación de aplicar a partir de la reforma publicada el 10 de junio de 2011 en el Diario oficial de la Federación, que modificó el artículo 1º Constitucional, para que por medio de ese control de convencionalidad se pueda hacer una interpretación armónica de los instrumentos internacionales con nuestras leyes locales y así respetar el derecho a la libertad que tienen todos los sentenciados, que como derecho humano y después del derecho a la vida, es uno de los bienes jurídicos más preciados para el ser humano.

CONCLUSIONES.

Primera. Producto de la investigación, se demostró que el derecho penal se encarga de las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias que como corolario se castigan con una sanción o medida de seguridad, y entre las más comunes tenemos: la multa, la privación de la libertad, y el pago de la reparación del daño.

Segunda. Se demostró que la pena de la reparación del daño, al ser una pena pública, exige el pago de la misma, para que el sentenciado pueda acogerse a alguno de los beneficios que le fueron concedidos en sentencia, esto es, si se adopta el tan debatido criterio de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que consideraron legal toda aquella sentencia que deje pendiente el pago de la reparación del daño para su ejecución, si dentro del proceso penal el Ministerio Público en cuanto representante de la sociedad o el propio ofendido o víctima del delito no allegaron los medios de prueba necesarios para acreditar el pago de la reparación del daño.

Tercera. De igual manera, se demostró que de seguir aplicando la Jurisprudencia de rubro: *Reparación del daño. Es legal la sentencia condenatoria que la impone aunque el monto correspondiente pueda fijarse en ejecución de ésta*, se vulneran los derechos fundamentales del sentenciado, ya que en primer lugar se vulnera el derecho a la libertad personal que se encuentra tutelado por el artículo 18 Constitucional.

Cuarta. Se demostró que a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a partir de la reforma al artículo 1º Constitucional, el Estado mexicano y sobre todo los órganos encargados de impartir justicia, tienen la obligación de reconocer los tratados internacionales que hubieran sido ratificados por el Estado mexicano, sobre todo cuando se trate de derechos humanos.

Quinta. En esa tesitura, los Jueces y Magistrados del Poder Judicial del Estado, como encargados de impartir la justicia en el Estado de Michoacán, tienen la obligación de respetar los derechos fundamentales de las partes que intervienen en el proceso penal, y en relación al pago de la reparación del daño deberán hacer una ponderación de derechos y considerar el derecho de los sentenciados a gozar de los beneficios que les son impuestos en sentencia, para así con el uso de los diversos instrumentos internacionales que existen, realicen una argumentación adecuada y se deje de aplicar la jurisprudencia que permite dejar pendiente el pago de la reparación del daño para que sea tramitada en ejecución de la misma.

Sexta. Se demostró que al dejar pendiente el pago de la reparación del daño, se atenta contra el principio de progresividad tanto de los derechos humanos como del derecho penal, ya que el objetivo del derecho penal es el de castigar al responsable, mientras que al ofendido se le repare el daño por el perjuicio sufrido, o se le repare en la medida de lo posible, pero con ésta determinación no sucede así, y por el contrario puedo asegurar que la aplicación de ese criterio se pudiera comparar con el de una pena inusitada.

Séptima. Es cierto que el derecho penal busca castigar al responsable de delito, y al ofendido o víctima del delito trata de resarcirlo en la medida de lo posible al pago de la reparación del daño, lo que debe de ser equitativo y sobre la base que la pena por el delito cometido no podrá exceder el grado de culpabilidad del

responsable, así como el daño cometido, es decir, la pena deberá ser adecuada en torno a la comisión del hecho, así como al daño que causó y ésta no podrá sobrepasar el perjuicio que causó, respetando los principios del debido proceso, de legalidad, de coherencia entre la acusación y la sentencia y el de proporcionalidad de la pena.

ANEXOS.

Anexo 1

175459. 1a./J. 145/2005. REPARACIÓN DEL DAÑO. ES LEGAL LA SENTENCIA CONDENATORIA QUE LA IMPONE AUNQUE EL MONTO CORRESPONDEINTE PUEDA FIJARSE EN EJECUCIÓN DE ÉSTA.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 97/2004-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

CONSIDERANDO:

TERCERO. Con el propósito de establecer y delimitar la materia de la contradicción, se estima conveniente transcribir, en la parte que interesa, los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales que emitieron los criterios en contradicción.

I. El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, sustentó igual criterio al resolver los amparos directos números 160/2004 y 236/2004, respectivamente, promovidos por ... resueltos en sesiones celebradas el veinticuatro de junio y diecinueve de agosto, ambos de dos mil cuatro, por lo que a fin de evitar repeticiones innecesarias, sólo se transcribirá, en la parte que interesa, el último fallo.

En el amparo directo 236/2004, el Tribunal Colegiado resolvió lo siguiente:

De tal forma que la dependencia pública encargada de otorgar la ayuda a la víctima del delito no está exenta de probar los gastos que erogó con ese motivo, pues su sola manifestación no puede ser suficiente para tal efecto, máxime si, como se advierte de la disposición en cita, en el tema de la reparación del daño la autoridad queda subrogada en los derechos del ofendido, lo cual indica que frente al Juez y al acusado tiene la calidad de parte, no propiamente de autoridad, en ese supuesto, atento a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado, que establece que el que afirma está obligado a probar, debió demostrar su pretensión, lo que no ocurre en el caso, por ende, debe estimarse que la cantidad a que fue condenado el quejoso por concepto de reparación del daño material es violatoria de garantías. No obstante, a pesar de lo anterior, tal condena debe subsistir, pues como ya se dijo es obligación del juzgador decretarla como ineludible consecuencia de un fallo condenatorio por ser una garantía establecida constitucionalmente en favor de los ofendidos. Por ende, se concluye, la condena a la reparación del daño material es correcta, no así la determinación de su monto, puesto que el documento en que se fundó es insuficiente para tal efecto. En esa medida, la sentencia sujeta a control

constitucional, por cuanto hace a este apartado relativo al quántum de la condena a la reparación del daño material, transgrede en perjuicio del quejoso las garantías de legalidad y certeza jurídica que consagran los artículos 14 y 16 del Pacto Federal. Por lo que en las aludidas condiciones, lo que se impone es conceder a ... el amparo y protección que solicita, para el efecto de que la Sala responsable declare insubsistente el fallo reclamado y en su lugar emita uno nuevo, en el que deberá reiterar la acreditación del cuerpo de los delitos de portación de instrumento prohibido y lesiones, previstos y sancionados por los artículos 179, fracción I, 181, 305 y 306, fracción I, del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla; la plena responsabilidad del peticionario de garantías en su producción; la sanción privativa y monetaria impuesta; y la condena a la reparación del daño moral. Y luego, conforme a los lineamientos señalados en este fallo, sostener la condena al pago de la reparación del daño material, prescindiendo de fijar monto alguno, mismo que podrá fincarse en ejecución de sentencia, previas pruebas debidamente presentadas. (fojas 173 a 175 del expediente).

Asimismo, el órgano colegiado de que se trata, al resolver por unanimidad de votos el amparo directo 222/2004, promovido por ... en sesión de diecinueve de agosto de dos mil cuatro, consideró lo siguiente:

Por otra parte, en relación con la condena al pago por concepto de reparación del daño material y moral, es verdad que a partir de la modificación que sufrió el primer párrafo del artículo 20 constitucional, publicada el veintiuno de septiembre del año dos mil, en el Diario Oficial de la Federación, en vigor a los seis meses de su publicación, esto es, el veintidós de marzo de dos mil uno, a través de la cual se adicionó al contenido de esa norma un apartado que más adelante se transcribirá, la víctima u ofendido tiene derecho al pago de la reparación del daño en tratándose de sentencia condenatoria contra el reo, por lo que, si en el caso, esto último aconteció, es decir, el fallo de primer grado dictado contra la amparista y confirmado por la Sala, fue condenatorio, entonces, por imperativo constitucional, es legal que el tribunal de alzada condenara al pago de la reparación del daño. El apartado constitucional en cuestión es del tenor literal siguiente: ‘... en todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A. Del inculpado. ... B. De la víctima o del ofendido. ... IV. Que se le 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. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño ...’. En tanto que, los artículos 50 bis y 51 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado, disponen:

‘Artículo 50 bis. La reparación del daño por el delincuente, tiene el carácter de pena pública independientemente de la acción civil y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, determinando su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso.’. ‘Artículo 51. La reparación del daño y de los perjuicios causados por el delito, comprende: I. La restitución del bien obtenido por el delito y de sus frutos

existentes, o si no fuere posible, el pago del precio de ambos a valor comercial; y II. La indemnización del daño material y moral, así como el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.’ Sin embargo, resulta violatorio de garantías que la Sala responsable confirmara la condena por concepto de reparación del daño moral y material, atento a las siguientes consideraciones. En efecto, el Juez de Primera Instancia, sustentó el daño moral en los artículos 1993 y 1995 del Código Civil para el Estado de Puebla y fijó la cantidad que resulte del equivalente a ciento ochenta y cinco días de salario, considerando que el artículo 75 del Código Civil para el Estado de Puebla establece que son ilícitos en relación a las personas individuales, aquellos hechos o actos que -entre otros supuestos- dañen o puedan dañar la vida, lo cual estimó, ocurrió con la menor ... quien a raíz de la acción desplegada por la quejosa resultó intoxicada por la incorrecta aplicación de un medicamento. Por lo que se refiere al daño material, la condena se basó en diversos documentos relativos a medicamentos, honorarios médicos y hospitalización que requirió la menor con motivo de la sobredosis que le fue suministrada por la hoy quejosa. Tal decisión es ilegal, puesto que el delito de usurpación de profesión es de peligro, no de resultado, por ende, para condenar por concepto de reparación de daño moral y material, no se puede tomar como base las consecuencias o efectos que sufrió la menor derivados del actuar de la quejosa, pues esos daños o alteraciones no se derivan directamente de la comisión de dicho antisocial, precisamente por no ser de resultado material, sino en todo caso, pudiera ser producto de otro ilícito como el de lesiones -del que no se acusó a la impetrante de amparo-, supuesto en el cual la materialidad del ataque padecido por la víctima se derivaría directamente de su ejecución, y entonces sí procedía tal condena. En esa medida, la sentencia sujeta a control constitucional, por cuanto hace a tales apartados, transgrede en perjuicio de la quejosa las garantías de legalidad y certeza jurídica que consagran los artículos 14 y 16 del Pacto Federal. Por lo que en las aludidas condiciones, lo que se impone es conceder a ... el amparo y protección que solicita, para el efecto de que la Sala responsable declare insubsistente el fallo reclamado y en su lugar emita uno nuevo, en el que deberá reiterar la acreditación del cuerpo del delito de usurpación de profesión, previsto y sancionado por el artículo 258, fracción II, del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla; la plena responsabilidad de la peticionaria de garantías en la producción del referido injusto; la sanción privativa y monetaria impuesta; así como la amonestación y el beneficio concedido. Y luego, conforme a los lineamientos señalados en este fallo, absolver por lo que hace a la reparación del daño moral y material. (fojas 215 a 218 del expediente).

II. El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, el siete de mayo de dos mil cuatro, por unanimidad de votos, resolvió el juicio de amparo directo número 118/2004, promovido por ... considerando lo siguiente:

Se impone mencionar que este Tribunal Federal, en asuntos anteriores se ha pronunciado en el sentido de que no es violatoria de derechos fundamentales la sentencia en la que se condena al inculpado al pago de la reparación del daño, sin determinar el monto de dicha sanción; sin embargo, una nueva reflexión sobre el

tema obliga a este cuerpo colegiado a abandonar el criterio en cita y sostener lo contrario, en base al análisis que enseguida se desarrolla: Conviene realizar una transcripción, en lo conducente, de los numerales del Código de Defensa Social vigente en la entidad, relacionados con el tema: 'Artículo 50 bis.' (se transcribe). 'Artículo 51.' (se transcribe). 'Artículo 51 bis.' (se transcribe). 'Artículo 51 ter.' (se transcribe). De la lectura de los numerales transcritos, se infiere lo siguiente: a) La reparación del daño consiste en: 1) La restitución de la cosa obtenida con la comisión del delito, y si ello no es posible, el pago de su precio; 2) La indemnización del daño material y moral causado; y, 3) El resarcimiento de los perjuicios derivados de la comisión del ilícito. b) La reparación del daño tiene el carácter de pena pública cuando se impone al sentenciado; y el de sanción civil cuando se trata de un tercero que conforme a la legislación penal pudiera estar obligado a cubrirla. c) Cuando dicha sanción constituye pena pública (al tratarse del inculpado), se exigirá por el Ministerio Público y será establecida su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso, es decir, según el daño que sea preciso reparar. A efecto de seguir con el análisis del punto que ocupa nuestra atención, se precisa establecer lo que se entiende por daño material, y al respecto el artículo 1956 del Código Civil vigente en la entidad, textualmente establece: 'Artículo 1956.' (se transcribe). De un análisis integral de la totalidad de los numerales transcritos, es factible sostener que para estar en aptitud de sancionar al delincuente a la reparación del daño debe, como presupuestos elementales, estar acreditada: a) La existencia del daño; y, b) La cuantía del mismo. Es cierto que la condena a la reparación del daño material tiene el carácter de pena pública y por ello, tal como lo establece la fracción IV del apartado B del artículo 20 constitucional 'el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido sentencia condenatoria'; sin embargo, ello no significa que en todos los casos deba condenarse al sentenciado, puesto que para ello se requiere que: 1) Con la conducta ilícita se afecte el patrimonio de la víctima; 2) Se acredite la naturaleza, existencia y cuantía del daño ocasionado; y, 3) Que la exija el Ministerio Público. Al respecto, tiene aplicación la tesis aislada sostenida por la entonces Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 1300, Tomo CXVII, del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, que a la letra dice: 'REPARACIÓN DEL DAÑO (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA).' (se transcribe). Asimismo, resultan aplicables al caso, en lo conducente, los criterios que enseguida se transcriben, registrado el primero con el número 2517, sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 1177, Tomo II, Penal, Apéndice 2000, Quinta Época; y el segundo, con el número 11, sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Distrito, visible en la página 1445, Tomo XVI, octubre de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época: 'REPARACIÓN DEL DAÑO.' (se transcribe). 'REPARACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL, MOTIVACIÓN DE LA CONDENA A LA.' (se transcribe). Ahora bien, el artículo 50 bis del Código de Defensa Social vigente en la entidad, también establece que la cuantía de dicha sanción se determinará con base en las pruebas obtenidas durante el proceso, de lo que se sigue que es durante la instrucción donde deben reunirse las pruebas relacionadas con la naturaleza y monto de los daños y no en un procedimiento distinto, sobre todo si se tiene en cuenta que al

tratarse de una pena pública, como se ha venido diciendo, no puede imponerse en forma abstracta e indeterminada en su extensión, es decir, cualesquiera que sean las penas que se impongan al sentenciado con motivo de la comisión del ilícito, deben estar perfectamente definidas respecto de su naturaleza y extensión, en el caso, en cuanto a su monto. Se insiste en manifestar que el aspecto relativo a la reparación del daño debe probarse dentro de la instrucción y resolverse en la sentencia respectiva, ya sea: 1) absolviendo si no se acreditaron los extremos necesarios para su procedencia (existencia del daño causado con la comisión del ilícito, naturaleza o monto del mismo) y/o si el Ministerio Público no exigió esa reparación; o, 2) condenando, si es que tales extremos sí se acreditaron, fijando el monto y/o la forma en que ha de repararse la afectación en el patrimonio de la víctima u ofendido, y de ninguna manera el tópico que se menciona puede ser objeto de diverso y posterior procedimiento, pues se corre el riesgo de instaurar una multiplicidad de incidentes hasta llegar a probar el extremo precisado (monto de la reparación del daño), con la consiguiente violación a la garantía de seguridad jurídica y, además, ello es tanto como instruir al obligado una causa penal por idénticos hechos delictivos, lo que también resulta contrario a lo establecido por el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, máxime que la ley secundaria no prevé la forma en cómo deba tramitarse ese nuevo y diverso procedimiento a efecto de fijar la extensión de pena de tal naturaleza, es decir, el monto de la reparación del daño, como tampoco se establece cuál es la autoridad judicial que, en su caso, deba conocer de tal asunto. Son aplicables a lo anterior, en lo conducente, los criterios que enseguida se transcriben: 'REPARACIÓN DEL DAÑO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO).' (se transcribe). 'REPARACIÓN DEL DAÑO.' (se transcribe). 'REPARACIÓN DEL DAÑO.' (se transcribe). 'REPARACIÓN DEL DAÑO.' (se transcribe). 'REPARACIÓN DEL DAÑO.' (se transcribe). Se estima pertinente mencionar que las reformas que sufrió el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el veintiuno de septiembre de dos mil, no hacen inaplicables los criterios jurisprudenciales que se citan, pues a raíz de éstas se consagraron como garantías constitucionales de la víctima, entre otros derechos, la satisfacción de la reparación del daño y el reconocimiento de parte dentro del proceso; por ello, con mayor razón debe sostenerse el criterio contenido en la jurisprudencia que se invoca, puesto que precisamente al reconocerle al ofendido el carácter de parte dentro del procedimiento, le permite defender sus intereses con la debida oportunidad dentro del proceso penal y, en consecuencia, aportar los medios que estime pertinentes para acreditar la naturaleza y monto del daño ocasionado. Por último, a mayor abundamiento y a efecto de reforzar las consideraciones hasta aquí expuestas, debe decirse que en el caso que ocupa nuestra atención se concedió al quejoso el beneficio de la conmutación de la pena, estableciéndose además que a efecto de gozar del mismo, dicho inculpado debe satisfacer la reparación del daño material por el que se le condenó; condición que tiene su fundamento en lo establecido en el segundo párrafo del artículo 100 del Código de Defensa Social vigente en la entidad, que literalmente y en lo conducente prevé: 'Para que surta efectos la conmutación, deberá pagarse primero la reparación del daño y la multa, si también se impuso.'. Así las cosas, de afirmar que es correcta la determinación de la responsable que se analiza en cuanto condena a la

reparación del daño sin determinar la cuantía de dicha reparación, el acceso por parte del aquí quejoso al beneficio que se alude sería nugatorio, puesto que lógicamente no podría acogerse al mismo ante la incertidumbre de cuál es la cantidad a pagar por tal concepto, o bien, estaría sujeto a las resultas de un procedimiento posterior en que determinara el monto, procedimiento que además se ignora si se promoverá. Derivado de lo hasta aquí expuesto y como ya se adelantó, este cuerpo colegiado abandona el criterio sostenido con anterioridad y concluye que la sentencia que constituye el acto reclamado, por cuanto a que condena al sentenciado al pago de la reparación del daño material sin determinar el monto de la sanción aludida, debe reputarse inconstitucional. En virtud de lo anterior, se impone conceder el amparo solicitado, para el efecto de que la autoridad ordenadora deje insubsistente la resolución de fecha cuatro de noviembre de dos mil tres, pronunciada en el toca de apelación 807/2003, y reitere los aspectos relativos a la comprobación del delito, la plena responsabilidad del sentenciado, aquí quejoso, la pena de prisión impuesta y la amonestación y, por otra parte, absuelva a ... del pago de la reparación del daño, al no encontrarse reunidos los presupuestos necesarios para proceder a imponer la pena de que se trata. (fojas 98 a 105 del expediente).

El criterio sustentado en la resolución anterior originó la tesis número VI.1o.P.227 P, consultable en la página número 1853, Tomo XX, septiembre de dos mil cuatro del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyos rubro y texto son los siguientes:

REPARACIÓN DEL DAÑO MATERIAL. LA SENTENCIA EN QUE SE CONDENA POR TAL CONCEPTO SIN DETERMINAR SU MONTO, ES VIOLATORIA DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA Y HACE NUGATORIA LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE LA CONMUTACIÓN DE LA PENA AL SENTENCIADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De un análisis integral de los artículos 50 bis, 51, 51 bis y 51 ter del Código de Defensa Social y 1956 del Código Civil, ambos para el Estado de Puebla, es factible sostener que para estar en aptitud de condenar al sentenciado al pago de la reparación del daño material, se requiere acreditar: a) la existencia del daño y que éste afecte al patrimonio de la víctima; y, b) su cuantía; y, además, que la exija el Ministerio Público, pues la reparación del daño material tiene el carácter de pena pública tal como lo establece la fracción IV, apartado B, del artículo 20 de la Constitución Federal, en el sentido de que 'el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido sentencia condenatoria', por lo que no puede imponerse de forma abstracta e indeterminada, sino que debe estar perfectamente definida, lo cual deberá hacerse precisamente durante la instrucción y no en un procedimiento distinto, ya que se corre el riesgo de instaurar una multiplicidad de incidentes hasta llegar a probar el monto del daño, con la consiguiente violación a la garantía de seguridad jurídica, lo que sería tanto como instruir al reo una causa penal por idénticos hechos delictivos, lo que también resulta contrario a lo establecido por el artículo 23 constitucional, máxime que la ley secundaria no prevé la forma en que deba tramitarse ese nuevo y diverso procedimiento, como tampoco se establece qué autoridad deba conocer del asunto. Por tanto, para que

surta efectos la concesión del beneficio de la conmutación de la pena al sentenciado, deberá pagarse previamente la reparación del daño, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 de la ley sustantiva penal del Estado, y si el monto a la reparación del daño a que fue condenado no se determinó, el acceso al referido beneficio se haría nugatorio en tanto no se resolviera aquél." (Novena Época. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre de 2004, tesis VI.1o.P.227 P, página 1853).

El mismo Tribunal Colegiado, el veinticuatro de junio de dos mil cuatro, por unanimidad de votos, resolvió el amparo directo número 138/2004, promovido por ... considerando lo siguiente:

"En cambio, en los términos precisados con antelación, los conceptos de violación aducidos por el quejoso son esencialmente fundados, suplidos en su deficiencia, como enseguida se expone. En primer término, es conveniente precisar que la reparación del daño, aun cuando tiene el carácter de pena pública y constituye una garantía en favor de la víctima o el ofendido (que se le repare el daño), dicha condena necesariamente debe solicitarla el Ministerio Público, tal como se desprende de lo dispuesto por el artículo 20, fracción IV, apartado B, que se transcribe a continuación: 'Artículo 20.' (se transcribe). Lo cual, a su vez, es acorde con lo dispuesto por el artículo 50 bis del Código de Defensa Social de esta entidad, que establece: (se transcribe). Ahora bien, la omisión del representante social de solicitar la imposición de la pena relativa a la reparación del daño en los términos antes consignados, no puede subsanarse por el Juez de la causa, imponiendo una pena no solicitada en las conclusiones acusatorias, como en el caso aconteció. Esto es así, habida cuenta que el agente del Ministerio Público adscrito al citado juzgado, al precisar su acusación en las correspondientes conclusiones formuladas en contra del ahora quejoso, no solicitó la condena al pago de la reparación del daño 'material' por la comisión del delito de homicidio, lo cual se hace patente con la transcripción de dicho pliego acusatorio, en la parte conducente: (se transcribe). De tal suerte que si la representación social no solicitó condena por concepto de reparación del daño material, la Sala responsable al confirmar los argumentos expresados por la Juez de primer grado, condenando al quejoso por dicho concepto, rebasó la acusación, lo cual de suyo es suficiente para conceder al respecto el amparo solicitado, empero, la condena en cuestión se realizó de forma abstracta, esto es, sin determinar su monto, y tal proceder también resulta violatorio de garantías individuales, como se aprecia de la siguiente transcripción: (se transcribe). Por su aplicación, se invoca la tesis aislada número 259 (clave: TC065227.9 PE 1) que sobre el particular ha sustentado este órgano colegiado, aprobada por el Pleno en sesión extraordinaria de fecha veintisiete de mayo del actual, del rubro y tenor siguientes: 'REPARACIÓN DEL DAÑO MATERIAL. LA SENTENCIA EN QUE SE CONDENAN POR TAL CONCEPTO SIN DETERMINAR SU MONTO, ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).' (se transcribe) ..." (fojas 130 a 134 del expediente).

CUARTO. Es pertinente señalar que no resulta óbice para resolver la presente contradicción de tesis, el hecho de que no todos los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo en Materia Penal del Sexto Circuito no hayan sido plasmados en forma de tesis, en las que se distingan un rubro, un texto y datos de identificación de los asuntos en donde se sostuvieron, porque ni la Ley Fundamental ni la ordinaria, en alguno de sus preceptos, establecen esos requisitos. Por tanto, para denunciar una contradicción de tesis, basta con que se hayan sustentado criterios opuestos sobre la misma cuestión por Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o Tribunales Colegiados de Circuito, en resoluciones dictadas en asuntos de su competencia.

Tiene aplicación la siguiente tesis de jurisprudencia:

"CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA QUE PROCEDA LA DENUNCIA BASTA QUE EN LAS SENTENCIAS SE SUSTENTEN CRITERIOS DISCREPANTES. Los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Federal, 197 y 197-A de la Ley de Amparo establecen el procedimiento para dirimir las contradicciones de tesis que sustenten los Tribunales Colegiados de Circuito o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El vocablo 'tesis' que se emplea en dichos dispositivos debe entenderse en un sentido amplio, o sea, como la expresión de un criterio que se sustenta en relación con un tema determinado por los órganos jurisdiccionales en su quehacer legal de resolver los asuntos que se someten a su consideración, sin que sea necesario que esté expuesta de manera formal, mediante una redacción especial, en la que se distinga un rubro, un texto, los datos de identificación del asunto en donde se sostuvo y, menos aún, que constituya jurisprudencia obligatoria en los términos previstos por los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, porque ni la Ley Fundamental ni la ordinaria establecen esos requisitos. Por tanto, para denunciar una contradicción de tesis, basta con que se hayan sustentado criterios discrepantes sobre la misma cuestión por Salas de la Suprema Corte o Tribunales Colegiados de Circuito, en resoluciones dictadas en asuntos de su competencia." (Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, abril de 2001, tesis P./J. 27/2001, página 77).

QUINTO. Como cuestión previa a cualquier otra, cabe determinar si la presente contradicción de tesis reúne o no los requisitos para su existencia, conforme lo dispone la jurisprudencia P./J. 26/2001 del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, abril de dos mil uno, página setenta y seis, que dice:

"CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA. De conformidad con lo que establecen los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo, de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o la Sala que corresponda deben decidir cuál tesis ha de prevalecer. Ahora bien, se entiende que existen tesis

contradictorias cuando concurren los siguientes supuestos: a) que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes; b) que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y, c) que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos."

También lo previsto en los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo, de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, que se interpretan en la jurisprudencia antes transcrita, sirve como marco de referencia para dilucidar si en el presente caso existe o no la contradicción de tesis denunciada. Dichos numerales dicen:

"Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

"...

"XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia."

"Artículo 197-A. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o los Magistrados que los integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cuál tesis debe prevalecer. El procurador general de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias contradictorias. La Suprema Corte deberá dictar la resolución dentro del término de tres meses y ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195."

Como se ve, los preceptos constitucional y reglamentario, así como el criterio jurisprudencial antes transcrito, refieren a la figura jurídica de la contradicción de tesis como mecanismo para integrar jurisprudencia. Tal mecanismo se activa cuando existen dos o más criterios discrepantes, divergentes u opuestos en torno a la interpretación de una misma norma jurídica o punto concreto de derecho y que por seguridad jurídica deben uniformarse a través de la resolución que

proponga la jurisprudencia que debe prevalecer y dada su generalidad, pueda aplicarse para resolver otros asuntos de idéntica o similar naturaleza.

En la jurisprudencia aludida, se precisan los requisitos de existencia que debe reunir la contradicción de tesis, como son: a) Que en las ejecutorias materia de la contradicción se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten criterios discrepantes; b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, argumentaciones o razonamientos que sustentan las sentencias respectivas; y, c) Que los criterios discrepantes provengan del examen de los mismos elementos.

De lo anterior, cabe destacar que la existencia de la contradicción de tesis requiere de manera indispensable que la oposición de criterios surja de entre las consideraciones, argumentaciones o razonamientos que sustentan la interpretación de un mismo precepto legal o tema concreto de derecho, ya que, precisamente, como antes se definió, esas consideraciones justifican el criterio jurídico que adopta cada uno de los órganos jurisdiccionales para decidir la controversia planteada, a través de las ejecutorias de amparo materia de la contradicción de tesis.

Precisadas las premisas aludidas que delimitan el marco teórico en que se desenvuelve este asunto, debe establecerse si en el caso existe oposición entre los criterios denunciados y para ponerlo de manifiesto, son de considerarse los antecedentes medulares de las ejecutorias dictadas por los Tribunales Colegiados que dieron origen a la presente contradicción, mismos que han quedado plasmados en el considerando tercero de esta resolución.

SSEXTO. Una vez sentado lo anterior, no existe contradicción entre el criterio sustentado en los fallos que el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito dictó por una parte en los amparos directos números 160/2004 y 236/2004, y por otra, el 222/2004, así como el Primer Tribunal Colegiado de la misma materia y circuito al resolver los amparos directos 118/2004 y 138/2004, puesto que no analizaron elementos esencialmente iguales.

En efecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito consideró que no procedía condenar a la reparación del daño moral y material porque el delito de usurpación de profesión es de peligro, no de resultado, por ende, no se podía tomar como base las consecuencias o efectos que sufrió la menor, derivados del actuar de la quejosa, pues esos daños o alteraciones no provenían directamente de la comisión de dicho antisocial, precisamente por no ser de resultado material, sino en todo caso, podría ser producto de otro ilícito como el de lesiones -del que no se acusó a la impetrante de amparo-, supuesto en el cual la materialidad del ataque padecido por la víctima se derivaría directamente de su ejecución, y entonces sí procedía tal condena.

En tanto que en las ejecutorias emitidas por el citado órgano colegiado en los amparos directos números 160/2004 y 236/2004, consideró que procede se

condene a la reparación del daño aun cuando no se establezca el monto, ya que éste podrá reclamarse en un incidente en ejecución de sentencia.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, en los amparos directos 118/2004 y 138/2004, consideró que es ilegal la sentencia que condena a la reparación del daño sin establecer su monto, pues la reparación del daño material tiene el carácter de pena pública, es decir, el juzgador no podrá absolver al sentenciado de esa reparación si ha emitido sentencia condenatoria, por lo que no puede imponerse de forma abstracta e indeterminada, sino que debe estar perfectamente definida, lo cual deberá hacerse precisamente durante la instrucción y no en un procedimiento distinto.

En consecuencia, no existe contradicción en relación con las ejecutorias mencionadas, pues como ya se dijo en líneas precedentes los tribunales contendientes analizaron situaciones jurídicas distintas, pues en el primer fallo citado uno consideró improcedente la condena a la reparación del daño porque los daños reclamados no derivaron directamente de la comisión del delito de usurpación de funciones sino de otro ilícito como el de lesiones del que no había sido acusada la impetrante del amparo; y en las otras dos ejecutorias dicho órgano colegiado consideró que procedía condenar a la reparación del daño, aun cuando no se establecía el monto, ya que éste podría fijarse en ejecución de sentencia. El otro Tribunal Colegiado estudió que para establecer la condena a la reparación del daño se requiere acreditar su cuantía, entre otros requisitos.

Por tanto, si las consideraciones que emitieron los Tribunales Colegiados mencionados, al resolver, respectivamente, los amparos directos sometidos a su consideración, carecen de una cuestión de estudio común respecto de lo cual lo que se afirma en una ejecutoria se niega en la otra o viceversa, pues opinaron sobre cuestiones y puntos distintos, es evidente que no se advierte contradicción alguna, en razón de que no llegaron a criterios divergentes sobre un mismo tema, se impone reiterar que no existe la contradicción de tesis denunciada en relación con la ejecutoria que el Segundo Tribunal Colegiado dictó en el amparo directo 222/2004.

Son aplicables al caso las siguientes tesis: 2a./J. 24/95, publicada en la página cincuenta y nueve, Tomo II, Novena Época, Segunda Sala del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente al mes de julio de mil novecientos noventa y cinco y 3a./J. 37/93, publicada en la página cuarenta y cuatro, Número 72, Octava Época, Tercera Sala de la Gaceta al Semanario Judicial de la Federación, correspondiente al mes de diciembre de mil novecientos noventa y tres, que dicen, respectivamente:

"CONTRADICCIÓN DE TESIS. ES INEXISTENTE SI LOS CRITERIOS DIVERGENTES TRATAN CUESTIONES ESENCIALMENTE DISTINTAS. Para que se configure la contradicción de tesis a que se refiere el artículo 197-A de la Ley de Amparo, es menester que las resoluciones pronunciadas por los Tribunales Colegiados que sustenten criterios divergentes traten cuestiones jurídicas

esencialmente iguales; por tanto, si la disparidad de criterios proviene de temas diferentes, la contradicción es inexistente."

"CONTRADICCIÓN DE TESIS. ES IMPROCEDENTE LA DENUNCIA QUE SE FORMULA RESPECTO DE RESOLUCIONES EN LAS QUE EL PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO ES DIFERENTE Y DE LO SOSTENIDO EN ELLAS NO DERIVA CONTRADICCIÓN ALGUNA. Los artículos 107, fracción XIII, constitucional y 197-A de la Ley de Amparo, regulan la contradicción de tesis sobre una misma cuestión jurídica como forma o sistema de integración de jurisprudencia, entendiendo por tesis el criterio jurídico de carácter general que sustenta el órgano jurisdiccional al examinar un punto de derecho controvertido en el asunto que se resuelve. Consecuentemente, debe considerarse improcedente la denuncia que se formula respecto de resoluciones que, aunque genéricamente, se hayan referido a un problema de similar naturaleza, en forma específica aborden cuestiones diversas y de lo sostenido en ellas no se derive contradicción alguna, pues no existe materia para resolver en la contradicción denunciada."

SÉPTIMO. Por otra parte, sí existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Sexto Circuito, al resolver, respectivamente, los amparos directos 160/2004 y 236/2004, así como los amparos directos 118/2004 y 138/2004, porque estudiaron los mismos elementos comunes, como son:

a) Si en las sentencias definitivas dictadas en un procedimiento penal la condena que establezcan por la reparación del daño debe fijarse su monto, o bien, puede hacerse en ejecución de la misma.

b) La diferencia de criterios se presenta en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias pronunciadas por los Tribunales Colegiados al resolver los juicios de amparo directos ante ellos promovidos.

Lo anterior es así, porque el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito consideró que es ilegal la sentencia dictada en un procedimiento penal en la que se condena a la reparación del daño material sin determinar su monto, pues esta condena tiene el carácter de pena pública de conformidad con lo previsto por la fracción IV, apartado B, del artículo 20 de la Constitución Federal, en el sentido de que el juzgador no podrá absolver al sentenciado de esa reparación si ha emitido sentencia condenatoria, por lo que no puede imponerse de forma abstracta e indeterminada, sino que debe estar perfectamente definida lo que deberá hacerse precisamente durante la instrucción y no en un procedimiento distinto, ya que se corre el riesgo de instaurar una multiplicidad de incidentes hasta llegar a probar el monto del daño, con la siguiente violación a la garantía de seguridad jurídica, lo que sería tanto como instruir al reo una causa penal por idénticos hechos delictivos, lo que también resulta contrario a lo previsto por el artículo 23 constitucional, máxime que la ley secundaria no prevé la forma en que deba tramitarse ese nuevo y diverso procedimiento, como tampoco se establece qué autoridad deba conocer del asunto.

Asimismo, el citado órgano colegiado consideró correcto que la responsable haya estimado ilegal la condena a la reparación del daño que no fija la cuantía de esa reparación, pues el acceso del quejoso al beneficio a la conmutación de la pena sería nugatorio, puesto que lógicamente no podría acogerse al mismo ante la incertidumbre de cuál es la cantidad a pagar por tal concepto; o bien, estaría sujeto a las resultas de un procedimiento posterior en que determinara el monto, procedimiento que además se ignora si se promoverá.

Por otra parte, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito estimó que no es ilegal la condena a la reparación del daño, en la cual el Juez Penal no establezca su monto, pues éste podrá fijarse en ejecución de sentencia.

En tal virtud, sí existe contradicción de tesis ya que los Tribunales Colegiados mencionados se pronunciaron sobre si la sentencia dictada en un procedimiento penal que condena a la reparación del daño material debe establecer o no el monto correspondiente, pues uno consideró que el quántum de la reparación del daño puede fijarse en ejecución de sentencia; mientras que en oposición el otro estimó que el monto de la reparación del daño debe establecerse en la sentencia que condene por tal concepto.

En estas condiciones, la materia de análisis en la presente contradicción radica en determinar si en las sentencias que se establezca condena por la reparación del daño debe fijarse su monto, o bien, puede hacerse en ejecución de las mismas.

OCTAVO. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia el criterio que se define en esta resolución, atento a las siguientes consideraciones:

Para establecer el criterio que debe prevalecer, deben hacerse las siguientes precisiones.

El proceso jurisdiccional de naturaleza penal tiene por objeto hacer efectivos los derechos que hayan sido desconocidos o violados a la parte ofendida por el delito cometido, lo cual también incluye el de reparar los daños y perjuicios producidos, y esta función se considera parte de la pena pública y puede ser exigida por el Ministerio Público.

Es decir, transgredida la ley penal nace una relación de orden público entre el Estado y el individuo a quien se imputa la comisión del ilícito, la cual determinará que de demostrarse plenamente su culpabilidad, se impongan al sujeto las penas o sanciones de seguridad que correspondan conforme a las normas aplicables.

Sin embargo, la comisión del hecho delictuoso, una vez demostrada la culpabilidad, da origen también a otra relación que se refiere a la reparación del daño causado a la víctima, conformando ambos aspectos, en el sistema jurídico mexicano, la pena.

El Constituyente en la reforma al artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del tres de julio de mil novecientos noventa y seis, consideró que para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el Juez debe tomar en cuenta, entre otros aspectos, los daños y perjuicios causados al ofendido, así como el texto vigente de la fracción IV del apartado B de ese precepto constitucional el cual, en lo conducente, establece:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

(Adicionado, D.O.F. 21 de septiembre de 2000)"A. Del inculpado:

(Reformada, D.O.F. 3 de julio de 1996)

"I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

"El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el Juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

"La ley determinará los casos graves en los cuales el Juez podrá revocar la libertad provisional;

"...

(Adicionado, D.O.F. 21 de septiembre de 2000)

"B. De la víctima o del ofendido:

"...

(Adicionada, D.O.F. 21 de septiembre de 2000)

"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."

De lo anterior se advierte que el Constituyente ha elevado a rango de garantía individual subjetiva el derecho que tiene el ofendido o la víctima de que le sea reparado el daño causado por la comisión del delito, y si el juzgador emite sentencia condenatoria no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación, por lo cual establece la obligación a cargo del Ministerio Público de actuar en el proceso para obtener el cumplimiento de esa garantía.

En efecto, la Norma Constitucional exige al Ministerio Público pedir la reparación del daño cuando así proceda, por lo que al formular conclusiones de acusación y solicitarla, tendrá que aportar los elementos necesarios para acreditar el perjuicio ocasionado al ofendido o a la víctima con la comisión del ilícito a fin de que el Juez, de acuerdo con las pruebas desahogadas en el proceso, resuelva lo correspondiente en la sentencia, es decir, lo que se tiene que acreditar durante la instrucción del proceso son los extremos para que proceda la condena a la reparación, no así su cuantía, ya que ésta podrá fijarse en ejecución de sentencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20, apartado B, fracción IV, constitucional en cuanto prevé que "La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño."

Aunado a lo expuesto, cabe señalar que por una deficiencia de prueba imputable al Ministerio Público para fijar la cuantía de la condena de mérito el Juez absuelva al sentenciado de la reparación del daño, ya que ésta es un derecho público sustantivo irrenunciable del ofendido o de la víctima que debe acreditarse durante la instrucción del proceso penal y para el caso de que el juzgador no cuente con las suficientes bases ni elementos probatorios para establecer su monto, éste podrá dejarse para ejecución de sentencia donde se acreditará el cuántum, mas no el derecho de la víctima a la reparación del daño.

Para comprender el alcance de la garantía consagrada a favor de las víctimas del delito, es menester referir la exposición de motivos presentada por diputados del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, al artículo 20 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiuno de septiembre de dos mil, en lo conducente dice:

"Los derechos y objetivos públicos reconocidos en materia procesal penal, que originalmente se referían sólo a los inculpados, se han ampliado progresivamente a la víctima u ofendido del delito tanto en el Texto Constitucional Federal como por la legislación secundaria. Esta acción refleja la sensibilidad de los órganos del Estado y de la sociedad frente a los fenómenos de impunidad y a los efectos del

delito sobre la víctima, dando lugar a que ésta tenga mayor participación en el procedimiento penal con el fin de ser restituida o compensada.

"Así, haber elevado a la categoría constitucional la protección de los derechos de la víctima u ofendido del delito junto con los del inculpado, fue una expresión genuina de la solidaridad que la sociedad le debe a quien ha sufrido un daño y en este sentido adquiere especial relevancia la reforma que el Constituyente Permanente aprobó en 1993, reforma que vino a modernizar los sistemas de procuración y administración de justicia y que marcó una nueva etapa en la defensa de los derechos humanos, por cuanto al proceso penal se refiere. Por esa reforma la víctima del delito adquirió una serie de prerrogativas que lo identifican como sujeto de derecho con mayor presencia en el procedimiento penal.

"En efecto, como lo establece el último párrafo del artículo 20 constitucional, en todo proceso penal la víctima u ofendido del delito tendrá derecho a recibir asesoría; a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda; a coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le preste atención médica de urgencia y a gozar de la (sic) prerrogativas que las leyes secundarias estatuyan a su favor.

"En base a la disposición mencionada, tanto en el ámbito federal como en el común, se ha venido legislando para darle vigencia y precisión a la reforma constitucional y en algunos casos se han establecido instituciones y mecanismos para garantizarle a la víctima del delito el ejercicio de sus derechos; sin embargo, los alcances de los ordenamientos, de las instituciones y servicios tendientes a procurarle una protección integral, como consecuencia de la reforma citada, no han tenido los efectos esperados.

"El sistema de justicia penal se ha modernizado, pero debemos admitir que el afectado o víctima del delito no está todavía en posibilidad de ejercer plenamente los derechos que se le han reconocido, por lo que es necesario profundizar la reforma constitucional de 1993, ampliando el dispositivo que tutela a la víctima del delito, modificando la redacción del artículo 20 constitucional, incorporando un catálogo completo de garantías referidas, específicamente a los afectados por las autoridades (sic) delictivas.

"Con absoluto respeto a la vigencia de los principios históricos y doctrinales que justifican la naturaleza y actuación del Ministerio Público, la realidad irrefutable de la situación que guarda en el proceso el ofendido, mueve a consideración de la ley y la consecución de los fines de la justicia penal, que la víctima debe intervenir dentro del proceso como parte con una serie de prerrogativas que precisen amplíen las que actualmente tiene, para lo cual proponemos que el artículo 20 constitucional se forme con dos apartados: el apartado A relativo al inculpado con la redacción actual, a excepción del párrafo quinto de la fracción X, adicionado con una fracción XI que especifique: cuando el inculpado tenga derecho a la libertad provisional bajo caución, en términos de la fracción I, ésta deberá ser suficiente para garantizar el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados al

ofendido y un apartado B relativo a la víctima del delito que contenga, además de los derechos y garantías que actualmente comprende el último párrafo de la fracción X del citado artículo, los siguientes: que la víctima del delito sea parte del procedimiento penal, proporcionando al Ministerio Público o al Juez directamente, todos los datos o medios de prueba con que cuente para acreditar los elementos del tipo penal o establecer la responsabilidad del inculcado, según sea el caso, así como la procedencia y monto de la reparación del daño; considerar el derecho de la víctima del delito de estar presente en todas las diligencias y actos procesales en los cuales el inculcado tenga ese derecho; que el Juez que conozca del procedimiento penal de oficio inicie el incidente de responsabilidad civil proveniente del delito, para hacer efectiva la reparación del daño en la ejecución de la sentencia y establecer un derecho de la víctima de solicitar, aun cuando no lo haya pedido el inculcado, la diligencia de careo.

"Las anteriores modificaciones, de ser aprobadas, representarían innovaciones a los conceptos que ha desarrollado la teoría procesal penal; se incorporarían importantes tesis de la victimología moderna; se tomarían en consideración las recomendaciones que en esta materia han venido haciendo diversos organismos gubernamentales y no gubernamentales conformados para la defensa de los derechos humanos; se atenderían los criterios externados en los foros que para la procuración y administración de justicia se han venido realizando y se cumplirían los compromisos internacionales que nuestro país ha signado como miembro de la Organización de las Naciones Unidas.

"Las reformas y adiciones que proponemos y que consideran a la víctima del delito como sujeto procesal, no atentan contra el principio rector que concibe al Estado como monopolizador de la actividad punitiva en el delito y titular único de la acción persecutoria o acusatoria, sino que tratan, en una posición de equilibrio, que la víctima adquiera un peso mayor en la prosecución de todo el procedimiento penal. Tampoco se pretende introducir conceptos de otras teorías que no han probado plenamente su eficacia en otros sistemas penales ni mucho menos alterar o modificar la relación jurídica que el sistema procesal penal mexicano reconoce entre el Ministerio Público, el inculcado y el Juez ..."

Asimismo, la exposición de motivos de la iniciativa de reforma presentada por diputados del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional al artículo 20 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiuno de septiembre de dos mil, en lo que interesa, dice:

"Las necesidades de la víctima son de diversa naturaleza: médica, psicológica, educativa, jurídica, económica, social, afectiva, entre otras, por lo que los diferentes programas deben tomar en cuenta una atención integral a las víctimas de los delitos.

"En el marco del artículo 20 constitucional se consagran las garantías procesales de los acusados del delito y menosprecia las garantías y derechos que tienen las

víctimas. El respeto a los derechos humanos de las víctimas debe incluir garantías constitucionales, entre otras:

"- Que el Ministerio Público determine si hay o no delito en las averiguaciones.

"- Reparación del daño a la víctima.

"- Que la víctima sea parte del juicio y pueda intervenir y aportar pruebas en los mismos términos que los acusados.

"Tomando en cuenta lo que tarda en realizarse un procedimiento penal, la víctima tiene que esperar más de un año para poder recibir los beneficios de la reparación, lo que en la mayoría de las veces resulta absurdo, además de que por lo general el delincuente es insolvente.

"En la reforma ya citada, se avanzó para que el Estado pueda parcial o subsidiariamente resarcir el daño de manera inmediata a la víctima, sobre todo en casos de necesidad médica, cuando sufre importantes lesiones corporales, menoscabo en su salud física o mental como consecuencia de delitos violentos.

"La reforma de septiembre de 1993, aunque fue un gran avance, quedó incompleta, por el olvido y el desinterés hacia la atención a las víctimas del delito. Por tanto, se hace necesaria una actualización de este artículo, para establecer dos apartados, uno que siga especificando las garantías del inculcado y otro donde se especifiquen claramente las garantías que tiene la víctima.

"Se propone suprimir el último párrafo de este artículo y establecer dos apartados: un apartado A donde queden establecidos los derechos, del procesado, tal y como se encuentran después de la reforma de 1996, y un apartado B donde se especifiquen los derechos de las víctimas, para posteriormente legislar su ley reglamentaria. ..."

De las transcripciones anteriores, se advierte que el espíritu del Constituyente al consagrar como garantía individual de los gobernados, víctimas de un delito, la reparación del daño, fue asegurar de manera puntual y suficiente la protección a sus derechos fundamentales y responder al reclamo social frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre la víctima, garantizando que en todo proceso penal ésta tuviera derecho a una reparación pecuniaria, tanto por los daños como por los perjuicios ocasionados por la comisión del delito, para lograr así una clara y plena reivindicación de dichos efectos en el proceso penal, y en este sentido, sin que se establezca la posibilidad para el Juez del proceso de pronunciarse en un acto diverso a la sentencia condenatoria sobre el derecho que tiene la víctima o el ofendido a la reparación del daño.

Más aún, siguiendo el espíritu del Constituyente, debe concluirse que a fin de garantizar la impartición de una justicia pronta y expedita para la víctima y evitar que sus derechos sean desprotegidos, o bien, que tal protección se vea retardada,

corresponde al juzgador establecer en la propia sentencia la condena a la reparación del daño a fin de evitar innecesarios retardos; por lo que deberá cuidar que dentro del procedimiento se constituyan los elementos de prueba necesarios, de ser el caso, a fin de estar en posibilidad de pronunciarse al respecto.

Lo anterior se afirma porque, como ya se dijo en líneas precedentes, en el texto vigente del artículo 20, apartado A, fracción I y apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se elevó a rango de garantía individual el derecho que tiene la víctima a que le sea reparado el daño causado por la comisión del delito, obligando al Ministerio Público a actuar en el proceso para obtener el cumplimiento de esa garantía, logrando así que en todo proceso penal la víctima tenga derecho a una reparación pecuniaria, tanto por los daños como por los perjuicios ocasionados por la comisión del delito, destacando la circunstancia de que fue el propio Constituyente el que reguló los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculcado una caución suficiente que garantice la reparación de daños y perjuicios, lo cual confirma que en todo procedimiento penal se debe tutelar como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, con lo cual se logra reconocer una importancia del mismo rango a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculcado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito.

El criterio anterior, se ve reflejado en la jurisprudencia que es del tenor siguiente:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. COMPRENDE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS DE MANERA DIRECTA POR LA COMISIÓN DEL DELITO. En los artículos 33, fracción II, del Código Penal para el Estado de Baja California, y 27, fracción II, del Código Penal del Estado de Campeche, se regula la figura de la reparación del daño, referida también a los perjuicios sufridos por la víctima; por lo que, conforme a estos dispositivos, al resolver sobre dicha reparación, de ser procedente, el Juez deberá sentenciar al sujeto activo a la indemnización de los perjuicios causados de manera directa a la víctima por la comisión del delito; pues de considerarse que dicha indemnización debe ser reclamada en la vía civil, se limitaría la interpretación de los mencionados preceptos legales en perjuicio de la víctima, dejándose de lado la amplia protección que el legislador pretendió darle en el proceso penal; consecuentemente, si en el delito de lesiones las infligidas al sujeto pasivo fueron de tal magnitud que impidieron el desarrollo de su actividad laboral cotidiana, dejando de percibir la remuneración correspondiente, este perjuicio resulta ser un efecto directo de la comisión del ilícito, a cuya reparación debe sentenciarse al procesado, independientemente de que en la legislación ordinaria civil de esos Estados se regulen las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, toda vez que tal regulación se dirige a una relación jurídica caracterizada por exigencias entre particulares, que podrán demandarse por la víctima cuando no desee formular querrela, pero tampoco se encuentre dispuesta a absorber los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita; o bien, en contra de terceros que tengan el carácter de subsidiarios responsables del sujeto activo; pero que de ningún modo puede ser excluyente de la obligación que en materia penal el

legislador impone al Juez y al Ministerio Público. Corrobora lo anterior, el texto vigente del artículo 20, apartado A, fracción I, y apartado B, fracción IV, de la Constitución Federal, en el que se ha elevado a rango de garantía individual el derecho que tiene la víctima a que le sea reparado el daño causado por la comisión del delito, obligando al Ministerio Público a actuar en el proceso para obtener el cumplimiento de esa garantía; y lograr así que en todo proceso penal la víctima tenga derecho a una reparación pecuniaria, tanto por los daños, como por los perjuicios ocasionados por la comisión del delito; debiéndose considerar, además, que fue el propio Constituyente el que reguló, con estrecha vinculación, los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculcado una caución suficiente que garantice la reparación de daños y perjuicios, lo cual confirma que, actualmente, en todo procedimiento penal se debe tutelar como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, con lo cual se logra reconocer una importancia del mismo rango a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculcado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito." (Novena Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, noviembre de 2002, tesis 1a./J. 51/2002, página 160).

De lo expuesto, se concluye que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, pues consiste en la obligación expuesta al delincuente de restablecer el statu quo y resarcir los perjuicios derivados de su delito; y, por ende, es parte de la condena establecida en el procedimiento penal y debe acreditarse en éste y no en otro diverso, la existencia del daño o del perjuicio.

Sin embargo, esa condena está sujeta a variaciones en su cuántum, según el aspecto subjetivo del acto punible y su culpabilidad, es decir, el monto de la reparación del daño no es parte de la sentencia condenatoria, sino que es una consecuencia lógica y jurídica de la misma, porque lo que se tuvo por acreditado en el procedimiento penal es el derecho de la víctima o del ofendido para obtener la reparación del daño con motivo del ilícito perpetrado en su contra; de ahí que para el caso de que el Juez no cuente con los elementos necesarios para establecer en el fallo el monto correspondiente podrá hacerlo en ejecución del mismo, ya que el artículo 20, apartado B, fracción IV, así lo permite al prever "La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño."

Lo expuesto, se corrobora con las disposiciones contenidas en los numerales del Código de Defensa Social vigente en el Estado de Puebla relacionados con el tema, cuyo ordenamiento legal fue aplicado en las ejecutorias de las que deriva la presente contradicción, los cuales prevén:

"Artículo 50 bis. La reparación del daño por el delincuente, tiene el carácter de pena pública independientemente de la acción civil y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, determinando su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso."

"Artículo 51. La reparación del daño y de los perjuicios causados por el delito, comprende:

"I. La restitución del bien obtenido por el delito y de sus frutos existentes, o si no fuere posible, el pago del precio de ambos a valor comercial, y

"II. La indemnización del daño material y moral, así como el resarcimiento de los perjuicios ocasionados."

"Artículo 51 bis. Están obligados a reparar los daños en los términos del artículo anterior:

"I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

"II. Los tutores y custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

"III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de dieciséis años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

"IV. Los dueños, empresarios 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 el desempeño de su servicio;

"V. Las sociedades, asociaciones y otras personas colectivas, por los delitos de sus socios o gerentes y 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;

"VI. El Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios o empleados."

"Artículo 51 ter. Serán aplicables a la obligación de reparar el daño y los perjuicios causados por el delito, las siguientes disposiciones:

"I. Tendrá carácter de preferente con respecto a la multa y a cualquier otra obligación asumida con posterioridad al delito, excepto las de carácter alimentario o laboral, salvo que se demuestre que éstas fueron contraídas para evadir el cumplimiento de aquellas, y

"II. Si el ofendido o la persona que tuviere derecho al pago de la reparación del daño, renunciare al cobro de la misma, cuyo monto haya sido acreditado dentro del proceso y se haya determinado en sentencia, el Estado se subrogará

legalmente, a través de la Procuraduría General de Justicia, en los derechos de aquélla y destinará el importe devengado al fondo que se constituya de acuerdo con la Ley para la Protección a Víctimas de Delitos."

De los textos transcritos, se establece lo siguiente:

a) La reparación del daño consiste en: 1) la restitución de la cosa obtenida con la comisión del delito, y si ello no es posible, el pago de su precio; 2) la indemnización del daño material y moral causado; y, 3) el resarcimiento de los perjuicios derivados de la comisión del ilícito.

b) La reparación del daño tiene el carácter de pena pública cuando se impone al sentenciado, y el de sanción civil, cuando se trata de un tercero que conforme a la legislación penal pudiera estar obligado a cubrirla.

c) Cuando dicha sanción constituye pena pública (al tratarse del inculpado) se exigirá por el Ministerio Público y será establecida su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso, es decir, según el daño que sea preciso reparar.

Asimismo, si bien es cierto que el artículo 50 bis del Código de Defensa Social vigente en el Estado de Puebla establece que la cuantía de dicha sanción se determinará con base en las pruebas obtenidas durante el proceso, también lo es que ello debe interpretarse en el sentido de que cuando el Juez cuente con los elementos necesarios deberá fijar el monto correspondiente en la sentencia que establezca la condena mencionada, sin que esto implique una regla, pues como se ha manifestado en líneas precedentes, para el caso de que no se tengan las pruebas suficientes para fijar el cuántum de la condena, podrá efectuarse en el procedimiento de ejecución de sentencia correspondiente, ya que en este procedimiento únicamente se va a fijar el cuántum de la condena a la reparación del daño que como derecho subjetivo público irrenunciable ya se determinó en la sentencia como pena pública.

En efecto, la reparación del daño se tiene que probar dentro de la instrucción y resolverse en la sentencia respectiva, por ser una garantía individual sustantiva de derecho público del ofendido irrenunciable; y por una deficiencia de prueba por parte del Ministerio Público para fijar el monto de esa condena el Juez no puede absolver al sentenciado de esa reparación, máxime que durante el procedimiento penal se acreditaron los extremos para que proceda la reparación del daño, por lo que su cuantificación podrá establecerse en ejecución de sentencia, sin que esto implique que el Juez emita una sentencia en abstracto, pues establece la forma en que ha de repararse la afectación en el patrimonio de la víctima u ofendido, siendo ésta la pecuniaria.

No obsta a lo expuesto lo que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito sustenta, en el sentido de que de no establecerse el monto de la reparación del daño se haría nugatorio el derecho del sentenciado para hacer efectivos, de manera inmediata, los beneficios a que tuviera derecho y que

requieran del pago de dicha reparación del daño, pues al no encontrarse cuantificada en la sentencia condenatoria deberá permanecer en reclusión hasta en tanto se determine su monto en diverso proceso, obligándolo a continuar recluso innecesariamente.

Lo anterior es así, porque si bien es cierto que en el caso concreto el artículo 100 del Código de Defensa Social en el Estado de Puebla establece: "... Para que surta efecto la conmutación, deberá pagarse primero la reparación del daño y la multa, si también se impuso."; también lo es que el juzgador no debe exigir como requisito para obtener tal beneficio el que se satisfaga la reparación del daño, cuando aún no se ha cuantificado el mismo.

En atención a lo expuesto, esta Primera Sala considera que el criterio que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia, en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo y que deberá identificarse con el número que le corresponda, queda redactado bajo los siguientes rubro y texto:

REPARACIÓN DEL DAÑO. ES LEGAL LA SENTENCIA CONDENATORIA QUE LA IMPONE AUNQUE EL MONTO CORRESPONDIENTE PUEDA FIJARSE EN EJECUCIÓN DE ÉSTA.-El artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como garantía individual de las víctimas u ofendidos de un delito, la reparación del daño para asegurar de manera puntual y suficiente la protección a sus derechos fundamentales y responder al reclamo social frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre aquéllos, garantizando que en todo proceso penal tengan derecho a una reparación pecuniaria por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, para lograr así una clara y plena reivindicación de dichos efectos en el proceso penal; destacando la circunstancia de que el Constituyente reguló los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculpado una caución suficiente que garantice la reparación de los daños y perjuicios, lo cual confirma que en todo procedimiento penal debe tutelarse como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, a fin de reconocerle la misma importancia a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculpado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito. De lo anterior se concluye que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y, por ende, al ser parte de la condena impuesta en el procedimiento penal, deberá acreditarse en éste y no en otro; sin embargo, su cuántum no es parte de la sentencia condenatoria, sino que es una consecuencia lógica y jurídica de ésta, porque lo que se acredita en el procedimiento penal es el derecho del ofendido o la víctima para obtener la reparación del daño con motivo del ilícito perpetrado en su contra; de ahí que cuando el Juez no cuente con los elementos necesarios para fijar en el fallo el monto correspondiente, podrá hacerlo en ejecución de sentencia, por así permitirlo el citado precepto constitucional.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. No existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados, por una parte, por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, al resolver el amparo directo 222/2004 y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, al resolver los amparos directos 118/2004 y 138/2004.

SEGUNDO. Sí existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados, por una parte, por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, al resolver los amparos directos 160/2004 y 236/2004; y, por la otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, al resolver los amparos directos 118/2004 y 138/2004, promovidos por

TERCERO. Se declara que debe prevalecer el criterio sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la tesis jurisprudencial que ha quedado redactada en el último considerando de esta resolución.

CUARTO. Dése publicidad a la tesis jurisprudencial en términos del artículo 195 de la Ley de Amparo.

Notifíquese; cúmplase y, en su oportunidad, archívese el expediente.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz y presidenta Olga Sánchez Cordero de García Villegas (ponente).

GLOSARIO.

A

Aberrante: Que se aparta de lo que se considera natural, correcto, lógico o lícito: *conducta aberrante.*

Actuación jurisdiccional: Es el derecho de acceso a los juzgados y tribunales solicitando que ejerzan la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es un derecho abstracto que se satisface con una resolución judicial que acuerde la admisión a trámite de lo solicitado. También se satisface con una resolución judicial que declare la inadmisibilidad a trámite. En una visión actual de esta categoría, se puede indicar que es un derecho público abstracto, ya que en la mayoría de los Estados occidentales poseen este derecho como una categoría fundamental de sus ordenamientos jurídicos, específicamente en su Constitución.

Antijurídico: en Derecho penal, uno de los elementos considerados por la teoría del delito para la configuración de un delito o falta. Se le define como aquel desvalor que posee un hecho típico que es contrario a las normas del Derecho en general, es decir, no sólo al ordenamiento penal. La antijuridicidad supone que la conducta que se ha realizado está prohibida por el ordenamiento jurídico; en otras palabras, que dicho comportamiento es contrario a Derecho.

Antijuricidad: Valoración del acto como contrario a derecho (también ilicitud).

Arbitrio judicial: Facultad conferida al juez de resolver según su criterio los supuestos no regulados por la ley o los que, encontrándose regulados, son oscuros o insuficientes.

B

Bien jurídico: Bien jurídico hace referencia a los bienes, tanto materiales como inmateriales, que son efectivamente protegidos por el Derecho, es decir, son valores legalizados: la salud, la vida, etc.

C

Consecuencia jurídica: Es el acto resultante de aquellas situaciones jurídicas reconocidas por las normas, las cuales sobrevienen en virtud de la realización de los distintos supuestos contemplados en ella (supuesto de hecho). Así, una consecuencia jurídica es el resultado de la norma; el hecho que la norma contemple.

Control social: El control social es el conjunto de prácticas, actitudes y valores destinados a mantener el orden establecido en las sociedades. Aunque a veces el control social se realiza por medios coactivos o violentos, el control social también incluye formas no específicamente coactivas, como los prejuicios, los valores y las creencias. Entre los *medios de control social* están las normas sociales, las instituciones, la religión, las leyes, las jerarquías, los medios de represión, la indoctrinación (los medios de comunicación y la propaganda), los comportamientos generalmente aceptados, y los usos y costumbres (sistema informal, que puede incluir prejuicios) y leyes (sistema formal, que incluye sanciones).

Culpa: Culpa es el término jurídico que, según Francesco Carrara, al igual que la negligencia, supone la *voluntaria omisión de diligencia en calcular las*

consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. A esta teoría se le han formulado diversas críticas, lo que no implica que no se reconozca que el concepto de previsibilidad desempeña un papel de importancia en la culpa, sino tan solo que ese elemento no puede considerarse como suficiente para servirle de fundamento, dado que en otras razones, aun siendo previsible el resultado, puede no darse la culpa, si el sujeto ha actuado con la debida diligencia y prudencia.

Culpabilidad: La culpabilidad, en derecho penal, es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en el desacato del autor frente al derecho por medio de su conducta, mediante la cual menoscaba la confianza.

D

Delito: Acción u omisión (conducta humana) típica, antijurídica, culpable y punible.

Delitos bagatela: Son delitos que tienen escasa repercusión social, delitos de poca importancia. La bagatela puede ser apreciada desde dos puntos de vista: 1. Disposiciones de la ley que reglamentan conductas insignificantes. 2. Delitos que no suelen cometerse a menudo, en consecuencia, hay escasa lesión a los bienes jurídicos que son objeto de tales delitos.

Deplorable: Que produce pena o disgusto: *situación deplorable.* lamentable, lastimoso, penoso.

Derecho administrativo: Derecho administrativo es aquella rama del Derecho público que regula la actividad del Estado, pero aquella que se realiza en función administrativa, en especial, aquellas relativas al poder ejecutivo.

Derecho civil: Derecho civil es el conjunto de normas jurídicas y principios del derecho que regulan las relaciones personales o patrimoniales, voluntarias o forzosas, entre personas privadas o públicas, tanto físicas como jurídicas, de carácter privado y público, o incluso entre las últimas, siempre que actúen desprovistas de *imperium* o autotutela.

Derecho criminal: Derecho penal es el conjunto de principios y reglas jurídicas que determinan las infracciones, las penas o sanciones, y las relaciones del Estado con las personas con motivo de las infracciones o para prevenirlas.

Derechos humanos: Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional.

Derecho penal: Derecho penal es el conjunto de principios y reglas jurídicas que determinan las infracciones, las penas o sanciones, y las relaciones del Estado con las personas con motivo de las infracciones o para prevenirlas.

Derecho público: El derecho público es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público cuando estos últimos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas (jurisdiccionales, administrativas, según la

naturaleza del órgano que las ejerce) y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, y de los órganos de la Administración pública entre sí.

Derecho positivo: El derecho positivo es el conjunto de normas jurídicas escritas por una soberanía, esto es, toda la creación jurídica del órgano estatal que ejerza la función legislativa. El derecho positivo puede ser de aplicación vigente o no vigente, dependiendo si la norma rige para una población determinada, o la norma ya ha sido derogada por la promulgación de una posterior. No sólo se considera derecho positivo a la ley, sino además a toda norma jurídica que se encuentre escrita (decretos, acuerdos, reglamentos, etc.).

Derecho sustantivo: Al derecho penal sustantivo también se le denomina derecho penal material y es el que se consagra en el Código Penal. Cabe mencionar que el derecho penal sustantivo es la parte estática o imagen sin movimiento, en tanto que el derecho penal adjetivo es la parte dinámica o imagen en movimiento.

Disposiciones: El término disposición es utilizado, en su significado más general como sinónimo de norma. Sin embargo, en el lenguaje jurídico también se utiliza con un sentido más estricto, para designar uno de los enunciados lingüísticos en el sentido en el cual se articula el texto de un acto jurídico (que en la actualidad los ordenamientos son generalmente por escrito). Las disposiciones que no coinciden necesariamente con partes del texto normativo como los artículos o párrafos.

Dolo: El dolo (variante en latín vulgar de la palabra clásica *dolus*) es la voluntad deliberada (elemento volitivo) de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud (elemento intelectual, intelectual o cognitivo). En los actos jurídicos, el dolo implica

la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída. En el derecho el término dolo se usa con significados diferentes. En derecho penal, el dolo significa la intención de cometer la acción típica prohibida por la ley. En derecho civil se refiere a la característica esencial del ilícito civil, en el incumplimiento de las obligaciones designa la deliberada inexecución por parte del deudor y, por último, es un vicio de los actos voluntarios.

E

Estado de derecho: Se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, así como a la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, garantizado por la Constitución.

H

Habeas Corpus: El hábeas corpus es una institución jurídica que persigue evitar los arrestos y detenciones arbitrarias. Se basa en la obligación de presentar a todo detenido en un plazo perentorio ante el juez, que podría ordenar la libertad inmediata del detenido si no encontrara motivo suficiente de arresto. También puede decirse que tutela los derechos fundamentales derivados de la vida y la libertad frente a cualquier acto u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que pueda vulnerar dichos derechos.

Hermenéutica: El término hermenéutica deriva directamente del adjetivo griego ἐρμηνευτική, que significa (saber) explicativo o interpretativo, especialmente de las Sagradas Escrituras, y del sentido de las palabras de los textos, así como el

análisis de la propia teoría o ciencia volcada en la exégesis de los signos y de su valor simbólico.

I

Infracción normativa: Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.”

L

Legitimación: Capacitación legal para que una persona ejerza un cargo o desempeñe una función.

Lege lata: Según ley dada o existente. Ejemplo: *De lege lata*, hay que atenerse a lo que en ella está establecido, pero vistos los trastornos que esto ocasiona, de *lege ferenda* habría que suprimir tan vetusto y gravoso recaudo.

Lege ferenda: Expresión latina que significa para una futura reforma de la ley, o con motivo de proponer una ley. Es decir, recomendación que debe ser tomada en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa.

M

Medida de seguridad: en Derecho penal, son aquellas sanciones complementarias o sustitutivas de las penas, que el juez puede imponer con efectos preventivos a aquél sujeto que comete un injusto (hecho típico y antijurídico); pero, que de acuerdo con la teoría del delito, al ser inimputable no puede ser culpado por un defecto en su culpabilidad.

N

Norma: Norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento dictada por una autoridad competente, cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción.

Norma penal: Una norma penal, es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad). SUS ELEMENTOS La norma penal en sentido estricto, consta de elementos o partes: El precepto y La sanción.

O

Omisión: No realización de una acción que se puede y se debe realizar.

Ordenamiento jurídico: El ordenamiento jurídico es el conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta. En el caso de los estados democráticos, el ordenamiento jurídico está formado por la Constitución del estado, que se rige como la norma suprema, por las leyes y del poder ejecutivo, tales como los reglamentos, y otras regulaciones tales como los tratados, convenciones, contratos y disposiciones particulares. No se debe confundir el ordenamiento jurídico con el orden jurídico, que se traduce en el conjunto de normas que rigen una determinada área del ordenamiento jurídico. La relación en conceptos es de género a especie.

P

Pena: Es el recurso que utiliza el estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

Prevención especial: Efecto de la pena en el individuo autor del delito, bien inocuizándolo y apartándolo de la sociedad (*prevención especial negativa*), bien resocializado o recuperado para la misma (*prevención especial positiva*).

Prevención general: Efecto de la pena en la comunidad, bien intimidado a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos (*prevención general negativa*), bien reforzando su confianza en la vigencia de las normas jurídicas (*prevención general positiva*).

Poder punitivo: Ha sido en todos los sistemas el modo de proveer las normas y los órganos destinados al control social formal más severo que ha conocido la historia de la humanidad, aunque desde luego, el modo de hacerse efectivo dependerá de sus límites y de los fines de sus funciones.

Punible: (Punibilidad) Último estadio de la teoría del delito en el que se constata la necesidad en concreto de aplicar una pena al agente.

Prejuizar: Juzgar las cosas precipitadamente sin tener las referencias de juicio necesarias para ello.

Privación de la libertad: Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

Proceso: El proceso judicial es básicamente la exigencia constitucional para el desarrollo rogado de la jurisdicción. El proceso sirve a la satisfacción de los intereses jurídicos socialmente relevantes, siendo el medio constitucionalmente instituido para ello.

R

Responsabilidad subjetiva: La responsabilidad civil subjetiva es la responsabilidad civil tradicional, conocida por la doctrina desde épocas remotas y estructuradas desde los tiempos de Roma, según la cual sólo deben ser reparados los daños que el agente cause por su propia culpa. Si el agente que causa el daño no incurrió en culpa al ocasionarlo, debe quedar exonerado de la reparación. Sólo existe responsabilidad civil si el agente procede con culpa. La responsabilidad civil depende de la condición subjetiva de actuación culposa

Retribución: Entendimiento de la pena como pura compensación, castigo o anulación del delito cometido, sin perseguir ninguna finalidad ulterior.

S

Sanción: En primer lugar, se denomina sanción a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye a la infracción de una norma jurídica. Dependiendo del tipo de norma incumplida o violada, pueden haber *sanciones penales* o *penas*; *sanciones civiles* y *sanciones administrativas*.

Silogismo jurídico: Es lograr una relación coherente entre el aspecto formal y la norma; es decir adecuar unos hechos a la descripción abstracta que hay en la norma por lo tanto este tipo de razonamiento servirá efectivamente para garantizar la solidez en la argumentación que el abogado o cualquier operador del derecho presente para sustentar su posición, sin perder de vista que lo que se evalúa es la corrección de la conclusión a partir de la estructura lógica de sus premisas de base.

Sistemas normativos: El sistema normativo es el ordenamiento jurídico constituido por un conjunto de reglas, pautas o leyes que regulan el comportamiento, o un conjunto de normas jurídicas, positivas, vigentes, relacionadas entre sí, escalonadas, jerarquizadas que rigen en un momento las instituciones de un país determinado.

Status: estado o posición social. Cada persona cumple un rol en la sociedad lo que le asigna cierta posición más prestigiosa o no que las demás de acuerdo a cada cultura, y que puede variar con el tiempo. Esa posición o lugar que se ocupa en la sociedad dada por el nivel patrimonial, la ocupación laboral, el nivel cultural, etcétera, se llama status. El status siempre existe en relación con otros, o sea, dentro de la estructura social y sus enmarañadas relaciones jerárquicas.

Sujeto activo: Persona que realiza la acción típica.

Sujeto pasivo: Titular del bien jurídico protegido.

Supuesto de hecho: es el Estado el que fuerza el cumplimiento de la consecuencia. El caso típico es el derecho penal, en donde el estado fuerza el cumplimiento de una pena a quien ha cometido un delito (supuesto de hecho).

T

Teoría del delito: La teoría del delito es un sistema categorial clasificadorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

Tipicidad: Conducta típica o Tipicidad tiene que ver con toda conducta que conlleva una acción u omisión que se ajusta a los presupuestos detalladamente establecidos como delito o falta dentro de un cuerpo legal.

BIBLIOGRAFÍA.

Alberto Gershi, Carlos, *Teoría general de las reparación de daños*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999.

Adame Goddard, Jorge, *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1996.

Amuchiategui Requena, Irma, *Derecho penal*, México, Arla, 1982.

Becerra Ramírez, Manuel, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, s.a.

Bidart Campos, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, México, Ediar-UNAM, 2003.

Carbonell, Miguel, *Los Juicios Orales en México*, 4ª ed., México, Porrúa, 2012.

Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Obbudsman*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008.

Carrizales Chávez, Elizabeth, *Acreditación del daño moral en Materia Penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.

Cázarez Ramírez, José Jesús, *Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán*, México, Porrúa, 2008.

Cerezo Mir, José, *Derecho Penal Parte General*, Lima, Perú, Ara Editores, 2006.

Cerezo Mir, José, *Obras completas otros estudios*, t. II., Lima, Perú, Ara Editores, 2006.

Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomas, *Derecho Penal Parte General I*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 20ª ed., México, Porrúa, 2009.

Colombo Campbell, Juan, *El Debido Proceso Constitucional*, México, Porrúa, 2007.

De la Barrera Solorzano, Luis, *Justicia Penal y Derechos humanos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2003.

De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento Penal Mexicano*, México, D.F., Porrúa, 1995.

Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, Straf, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 9ª ed., Madrid, España, Trotta, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, España, Trotta, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris Teoría del derecho y la democracia*, Roma-Bari, Trotta, 2007.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coord.), *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Dialogo Jurisprudencial, una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa, 2012.

Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011.

García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México, año V, N o. 28, julio-diciembre de 2011.

Galain Palermo, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, México, D.F, Tirant lo Blanch, 2012.

García Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

García López, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990.

García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

González Obregón, Diana Cristal, *Manual práctico del juicio oral*, 3ª ed., México, Ubijus, 2013.

Haro Goni, Alfredo, *El Non Bis In Idem en México*, México, Tirant lo Blanch, 2012.

Herrera Moreno, Miriam, *Trasgresión y pena: expresión simbólica en la Teoría de la Prevención General Positiva*, en Daza Gómez, Carlos, *El pensamiento Filosófico y Jurídico Penal de Günther Jakobs*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2007.

Hoyos, Arturo, *Debido Proceso y Democracia*, México, Porrúa, 2006.

Jiménez Martínez, Javier, *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2006.

Kobets, Yacov, *Reparación del daño moral*, México, Porrúa, 2007.

Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Madrid, Universitas, S.A. 1996

Malvárez Contreras, Jorge, *La reparación del daño al ofendido o víctima del delito*, México, Porrúa, 2008.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Barcelona, Tecfoto, 1998.

Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, 2ª ed., Bogotá Colombia, Temis, 2004.

Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, México, Siglo Veintiuno Editores, s.a.

Ochoa Olvera, Salvador, *La demanda por daño moral*, México, Montealto Editores, 1999.

Parma, Carlos, Roxin o Jakobs *¿Quién es el enemigo en el derecho penal?*, Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

Pérez Lozano, Andrés, *El Control de Convencionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano*, México, Novum, 2011.

Peña Cabrera, Alonso, *Derecho Penal Peruano*, Lima, Rodhas, 2004.

Peña González, Oscar, Técnicas de litigación oral, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2012

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 15ª ed., México, Porrúa, 2000.

Pelé, Antonio, *Una aproximación al concepto dignidad humana*, Universidad Carlos III de Madrid, s.a.

Porte Petit, Celestino, *Programa de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., México, D.F., Trillas, 1990.

Reyes Viguera, Armando, *Dignidad humana: cuando la esencia se convierte en mercancía*, México, Miguel Ángel Porrúa, s.a.

Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho Penal español. Parte general*, 15ª ed., Madrid, Dikynson, 1992.

Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzon Peña, Diego Manuel, et al., Madrid, España, Thomson Civitas, 2006.

Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Perú, ed. Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2012.

Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., México, Oxford, 2006.

Vega Ruiz, Juan Francisco, *El daño moral por el servidor público federal*, México, Montealto, 2008.

Zaffaroni Raúl, Eugenio. et al., *Derecho Penal Parte General*, México, Porrúa, 2005.

Zavala de González, Matilde, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina, 1976.

LEGISLACIÓN NACIONAL.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Civil Federal.

Ley General de Víctimas.

Código Penal del Estado de Michoacán.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán.

Código de Procedimientos Penales del Sistema Acusatorio.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969).

Declaración Americana de los derechos y Declaraciones del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

DICCIONARIOS.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, 1ª edición, Porrúa, México, 2007

Bustos Rodríguez, María Beatriz, et al., *Diccionario de derecho civil*, México, Oxford, 2007.

Raly Poudevida, Antonio y Monterde, Francisco, Diccionario Porrúa de la lengua española, México 2009.

JURISPRUDENCIA.

Jurisprudencia con número de Registro: 175,459, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Marzo de 2006, Tesis: 1ª./J. 145/2005, Página: 170.

Tesis aislada, Novena Época, Registro: 168704, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Materia(s): Penal, Tesis: XI.2º.63 P, Pag. 2342.

.

Tesis aislada, Novena Época, Registro: 163747, Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXXII, Septiembre de 2010, Materia(s): Penal, Tesis: XXX.1º.2 P, Pag. 1378.

Tesis: I.5o. C. J/31 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 3, octubre de 2011, p. 1529.