

El derecho de reparación del daño del delito desde la óptica victimológica

AUTOR:

Egberto Saldaña Guido (*causidicus26@gmail.com*)

ORGANIZACIÓN DE PERTENENCIA:

Defensor Público del Departamento de Asesoría Legal Gratuita para Víctimas del Delito del Órgano Judicial, República de Panamá.

Los criterios expresados en esta presentación son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan la posición de ninguna entidad o institución.

Eje temático: Victimología, acceso a la justicia y salud mental

Resumen

La reparación del daño a la víctima del delito ha sido tradicionalmente vista, desde el punto de vista jurídico, como una responsabilidad civil extracontractual con un marcado enfoque patrimonial. El surgimiento de la Victimología luego de los acontecimientos bélicos mundiales del siglo pasado, en especial, los horrores del holocausto judío, su desarrollo normativo tanto internacional como nacional a lo interno de muchos países, su permanente evolución científica, el protagonismo de las víctimas en lo social y político, entre otros aspectos, permiten sostener que hoy día el derecho de reparación del daño a la víctima tiene una naturaleza jurídica más orientada hacia el ámbito de los derechos humanos, y de forma más específica, en el Derecho victimal.

Palabras claves: *el derecho de reparación del daño del delito, peregrinaje de jurisdicciones, reparación integral, derecho victimal.*

Abstract

The reparation of the damage to the victim of the crime has traditionally been seen, from a legal point of view, as a civil non-contractual liability with a strong heritage approach. The emergence of Victimology after the world war events of the past century, in particular, the horrors of the jewish holocaust, its regulatory development such international and domestic within many countries, its continuing scientific evolution, the role of victims in the social and political sphere, among other aspects, allow to sustain that today the right of damage repair to the victim has a legal nature more oriented towards the human rights field, and more specifically, in the victim law.

Keywords: *the right of damage repair arising from the crime, jurisdictional pilgrimage, integral repair, victim law.*

La tradicional postura civilista de la responsabilidad civil extracontractual

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México en Amparo directo (2014), dijo:

De acuerdo a la teoría de la responsabilidad civil el que causa un daño a otro está obligado a repararlo. Este daño puede ser originado por el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda persona de no dañar a otra. El primer caso se le conoce como responsabilidad contractual y el segundo como responsabilidad extracontractual. A su vez, la responsabilidad extracontractual puede ser subjetiva u objetiva. (pág. 38-39)

Responsabilidad civil ex delicto o derivada del delito

No hay una diferencia sustancial entre la responsabilidad civil ex delicto y la responsabilidad civil extracontractual, es decir, de la responsabilidad por daño, radicando su única peculiaridad en que el hecho que causa el daño es, a su vez, penalmente antijurídico (Silva, 2001).

Tamarit (2013), expresa que la responsabilidad civil ex delicto es la fórmula jurídica concebida para hacer efectiva la reparación del daño ocasionado por un hecho delictivo. Se trata de un mecanismo de compensación económica que tiene la persona que ha sufrido la ofensa producto de un delito, para accionar judicialmente a través de una demanda contra las personas que deban responder por ello con su patrimonio. Por tanto, la responsabilidad ex delicto es de naturaleza civil y deviene a la lógica obligación de compensar por el daño causado.

El debate sobre la naturaleza jurídica

Los autores coinciden en que la acumulación de pretensiones (penal y civil) en el mismo procedimiento penal se debe a razones de economía procesal, en especial para evitar el “peregrinaje de jurisdicciones” (Silva, 2001). Igualmente, podemos apreciar que los autores no vacilan en considerar a la responsabilidad por el daño del delito como una responsabilidad de índole civil, sin embargo, el tema aún es una problemática viva como lo deja ver Hortal (2014):

Desde mi época de estudiante siempre me llamó la atención la llamada responsabilidad civil “ex delicto”, seguramente porque estamos ante una de esas instituciones limítrofes o fronterizas que perturban en general al jurista, y, en este caso en particular, a quienes se dedican al Derecho penal, civil o procesal. Es más, cuando se profundiza en su estudio uno tiene la sensación de que existe una suerte de guerra civil “encubierta” entre penalistas y civilistas, en torno a la naturaleza jurídica, ubicación y tratamiento que debe dispensarse a esta manifestación de la responsabilidad civil extracontractual. Lo que sorprende, en parte, es que pese a su importancia teórico-práctica, la doctrina civilista le haya dedicado, “monográficamente”, sólo un puñado de trabajos en las últimas dos décadas –cualitativamente relevantes pero cuantitativamente muy modestos- mientras que la doctrina penalista ha dejado a esta institución en la “cuasiorfandad” dada la idéntica escasez de investigaciones elaboradas en parecido período temporal. Se me ocurre una explicación –posiblemente errada- a tan paradójico

fenómeno. Aunque los primeros insistan en la defensa de su naturaleza puramente civil, pesa demasiado el hecho de su ubicación en el Código Penal. Mientras que los segundos, aferrándose, precisamente, al hecho de que se trata de una institución ajena al Derecho penal, se han despreocupado de su análisis, pese a que, histórica y nominalmente, siempre se ha regulado en esta rama del ordenamiento jurídico. (pp 3-4)

Diversos abordajes del derecho de reparación del daño penal por la doctrina la doctrina victimológica

La reparación del daño causado a la víctima del delito es un tema que siempre ha estado en el foco de atención de criminólogos y juristas, quienes coinciden en que la reparación es una necesidad que debe ser satisfecha, por ello la Victimología se ha ocupado permanentemente de este tópico, incluso ha sido tratado en múltiples ocasiones en los Simposios Internacionales de Victimología auspiciados por la Sociedad Mundial de Victimología (Rodríguez, 2008), siendo el primero en Israel (1973) y el último en Hong Kong, China (2018). El próximo estaba proyectado para realizarse en el País Vasco, España en 2021, pero a raíz de la pandemia del covid-19, se postergó para junio de 2022.

La reparación del daño para la teoría victimológica es considerada un derecho sustantivo al igual que el derecho a que se le imparta justicia, el trato digno, la asistencia médica y psicológica de urgencia, y el resguardo de su identidad y otros datos personales. La reparación del daño junto con el derecho a la justicia son quizás los derechos eje en lo atinente a las víctimas del delito. Es, por lo tanto, un derecho medular para las víctimas, ya que responde a sus necesidades y expectativas, según lo evidencian encuestas de victimización (Zamora, 2014).

La doctrina penal

Indica Cesano (2014), que en el ámbito de las ciencias penales, la posición de la víctima dentro del conflicto producido por el delito, ha sido objeto de tratamiento por el Derecho penal material donde se habla, de forma resumida, de una orientación victimodogmática y otra que valora la participación de la víctima en la solución del conflicto generado por el hecho delictivo. Esta última orientación enfocada en la víctima, se dirige hacia las expectativas de la reparación del daño ocasionado por el delito, ya sea en el marco de construcción del sistema de reacciones penales o como un elemento que condiciona el ejercicio de la pretensión punitiva estatal. La vertiente de la incorporación de la reparación del daño dentro de la solución del conflicto entre víctima-victimario, se matiza con diversas formas y modalidades como veremos: la reparación como pena estatal, la reparación como "incentivo" en el marco de la teoría de las consecuencias jurídicas penales del delito, la reparación como "tercera vía", la reparación como condicionante del ejercicio de la acción penal

Un enfoque crítico sobre la realidad de la reparación a la víctima del delito viene de Aller (2017), quien indica que la víctima, en términos generales, no recibe tratamiento alguno, salvo ciertas excepciones, que el efectivo resarcimiento y reparación del daño no existen en el fondo, que la vía civil y administrativa no cumplen el objeto propuesto de resarcir los daños y perjuicios causados por el delito.

La teoría restaurativa

Otro aspecto importante en lo concerniente a la reparación del daño viene de la teoría y prácticas de la justicia restaurativa o justicia reparadora (Tamarit & Villacampa, 2006; Tamarit, 2012 a, 2012 b). A nivel internacional, es a partir de la década de los 80 del siglo XX que comienzan a tener difusión las ideas sobre justicia restaurativa. Se trataba de un conjunto de experiencias que se venían desarrollando en países anglosajones (Estados Unidos y Canadá), debido a las frustraciones vividas en el campo de la justicia penal. Sus inicios se vinculan a un antecedente suscitado en una comunidad menonita en 1974, donde un oficial de libertad vigilada le sugiere al juez que dos jóvenes que habían causado daños a varios vehículos producto del consumo de drogas, tuvieran la oportunidad de asumir su responsabilidad, pidieran disculpas a los ofendidos y ofrecieran la reparación de los daños, en lugar de una sanción o castigo. La justicia restaurativa es vista como un nuevo paradigma alternativo de justicia en contraposición al modelo retributivo, donde se enfatiza la reparación del daño ocasionado por el hecho delictivo. El delito es visto como una ruptura de las relaciones humanas y sociales y no una simple violación de la ley. Dentro de las formulaciones teóricas, la aportación de Zehr en 1985, ha sido una referencia fundamental (Tamarit, 2012 a).

Tamarit (2012 a), relaciona la justicia restaurativa con la victimología de la siguiente manera:

En el desarrollo de la justicia reparadora ha ejercido un importante papel la difusión de la cultura de la resolución pacífica de conflictos o Alternativa Dispute Resolutions y el creciente protagonismo de las víctimas, así como la evolución de la Victimología hacia una "Victimología de la acción". En la esfera estrictamente penal y criminológica, deben considerarse como antecedentes del surgimiento y expansión de la justicia reparadora la crisis del modelo rehabilitador y la necesidad de encontrar una respuesta realista diferente a la que representó el neoretribucionismo o el abolicionismo penal. (pág. 4)

La nueva concepción del derecho de reparación del daño del delito. El limitado contenido del derecho civil

Las legislaciones por regla general hablan de dos tipos de daños: el material y el moral que son considerados los daños tradicionales, incluso jurisprudencia latinoamericana indica que "un acto puede afectar derechos o intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, en el segundo caso estaremos ante un daño moral" (Amparo directo, 2014, p.47).

El ordenamiento español maneja un concepto amplio de daño. En tal sentido (Gázquez, 2017) dice:

Tanto el artículo 1902 como el artículo 1101 del Código Civil español hablan de indemnización con carácter general, pero no regulan formas concretas a través de las cuales podría llevarse a cabo tal indemnización. En cambio, el Código Penal, (reformado el 31 de marzo de 2015 y entrada en vigor el 1 de julio de 2015) establece en su artículo 110 tres formas distintas: "La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales. (pp 2-3)

Documentos normativos internacionales

Me voy a referir a dos documentos internacionales de naturaleza victimológica que han tenido injerencia en una nueva construcción del derecho de reparación del daño del delito. En primer lugar la *Declaración de principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 40/30 del 29 de noviembre de 1985, ha sido el punto de partida en la consagración de derechos para las víctimas del delito a nivel internacional, por ello se le ha llamado la “Carta Magna” de los derechos de las víctimas. Esta declaración fue fruto de los debates del *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente* realizado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 (Naciones Unidas, 2015).

Este documento habla de la pronta reparación del daño sufrido por la víctima, el establecimiento de mecanismos judiciales y administrativos para obtener la reparación, así como otros mecanismos de solución de controversias que faciliten la reparación a la víctima. Crea una tipología sobre la reparación de naturaleza particular de parte del delincuente o de terceros responsables de la conducta del primero, a la cual denomina resarcimiento, y enfatiza en la importancia de que la reparación sea viable en las sentencias penales. Además, se instaura la posibilidad de la reparación pública que es llamada indemnización por parte del Estado mediante fondos ante la imposibilidad del resarcimiento del delincuente o de otras fuentes, pero limitada a delitos graves cometidos contra la vida y la integridad personal. Esta indemnización estatal se visualiza como una responsabilidad objetiva que no se deriva de la responsabilidad subjetiva del daño por parte de un funcionario estatal, sino que es una responsabilidad en conexión con el derecho de asistencia material, médica, psicológica y social de la víctima del delito, ya sea de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Se puede apreciar, como la reparación del daño del delito, dentro de la corriente victimológica, empieza a tomar distancia y autonomía de los postulados tradicionales del derecho civil.

El segundo documento son los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recurso y obtener reparaciones*, aprobados mediante Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El derecho a la reparación del daño en este documento es tratado como un derecho fundamental. Se introducen cinco características del derecho de reparación del daño: 1-adeuada, 2-efectiva, 3-rápida, 4-plena, y 5-proporcional a la gravedad del daño sufrido. Además, se recoge el derecho básico de acceso a información pertinente sobre los mecanismos de reparación. Se reafirma la obligación del Estado de establecer programas nacionales de reparación u otras asistencias de manera supletoria o subsidiaria cuando el responsable de los daños no pueda o no quiera cumplir con la obligación. El Estado tiene la obligación de hacer exigible o ejecutar las sentencias de los tribunales que imponen reparación a las víctimas. Se dibuja de esta forma una responsabilidad objetiva y pública de naturaleza asistencial más allá del simple contenido patrimonial, enraizada en el principio de solidaridad humana, lo que transforma la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el daño causado y la ubica dentro de la esfera de los derechos humanos más que del derecho civil.

Un aspecto novedoso de esta declaración de principios y directrices, es el establecimiento de categorías de reparación y modalidades que van más allá de la tradicional reparación material y moral de los daños del Derecho civil (Fernández & Mayordomo, 2011, pp 113-115). Como categorías de reparación tenemos: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición.

La justicia restaurativa y el concepto de reparación integral

Tales innovaciones en el campo de los derechos humanos enfocados en la victimización, han llevado a la construcción del concepto de reparación integral que desborda la tradicional responsabilidad civil por daños.

Sobre este aspecto, expone Tamarit (2012 b) que la justicia restaurativa destaca la necesidad de una concepción distinta del derecho de reparación del daño, llamada "reparación integral" que abarque el conjunto de los daños ocasionados en la víctima, siendo importante enfatizar la asistencia ante el daño psíquico y emocional, y que la conducta reparadora de parte del ofensor vaya más allá de la mera compensación económica.

En torno a ese conjunto de daños que menciona Tamarit, expresa Gázquez (2017) que hoy se puede afirmar que la clasificación denominada tradicional ha sido superada y encontramos nuevas categorías, como los daños indirectos, daños a la vida de relación, daños a la pérdida de calidad de vida, daños a la salud y daño biológico, daños relacionados con la procreación, el perjuicio estético, daños laborales, la pérdida de oportunidad, daños desproporcionados, los daños punitivos, daños ambientales y daños ecológicos, daños por ruido, el daño moral en las personas jurídicas, daño moral en el ámbito de las relaciones familiares, y daños causados a los consumidores.

No hay duda que lo mencionado por Gázquez pueden ser consideradas subtipologías de tipologías más genéricas en relación con los daños, pero lo importante es observar y analizar la evolución que viene teniendo en lo jurídico, tanto el daño como su obligación reparatoria, que empujan a la consideración de una distinta naturaleza jurídica de la responsabilidad por daño delictivo.

Un concepto de la reparación integral (*restitutio in integrum*) está recogido en la sentencia de 16 de noviembre de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso González y otras ("Campo algodónero") vs. México, 2009, p.114). Se indica, por tanto, que la reparación integral implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. La naturaleza y monto de la reparación dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial.

El derecho victimal

Según Lima, (2015), el Derecho victimal es parte de la evolución que ha tenido la Victimología como ciencia. La Criminología ejerció una influencia notable en el Derecho penal estructural-

do por la Escuela Clásica, y ahora la Victimología ha dado lugar a nuevos enfoques que están cambiando y reordenando todo el sistema de justicia penal. El Derecho penal responde a otros fines: seguridad pública y paz social, no persigue la reparación del daño del delito, y de hacerlo perdería su carácter sancionatorio, y en el evento que otros sistemas jurídicos se orienten fundamentalmente hacia la prevención especial, se irán convirtiendo en normas sancionatorias o penales. No hay duda que la producción normativa internacional en materia de derechos humanos, tanto del “soft law” como del “hard law”, leyes especiales a lo interno de los países sobre derechos de víctimas, y la constante actividad científica mundial en torno a la Victimología, han dado lugar al surgimiento de un nuevo sistema normativo llamado Derecho victimal que es el perfeccionamiento de los derechos humanos de segunda generación en torno a la víctima del delito, que implican prerrogativas o pretensiones que pueden esgrimirse frente a la actividad social y jurídica del Estado. El Derecho victimal es “el conjunto de principios, valores, normas y procedimientos jurídicos locales, nacionales e internacionales tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas de delitos y abuso de poder” (Lima, 2015, p.17). Es un derecho que responde a principios distintos de los que guían al Derecho penal y al Derecho civil, estos principios son: solidaridad, subsidiariedad, reciprocidad, inmediatez, consenso, jerarquía, colaboración, sustentabilidad, transversalidad e individualización.

Referencias bibliográficas

- Aller, G. (2017). Tratamiento, Resarcimiento y Reparación a la víctima. En E. Grupo (Ed.), *Victimología 19 (Protección a las víctimas)* (págs. 133-142). Córdoba, Argentina: Brujas.
- Amparo directo, 30/2013. (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México 26 de febrero de 2014). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4889/8.pdf>
- Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de Noviembre de 2009). <https://www.refworld.org/es/type,CASELAW,,,5914b1504,0.html>
- Cesano, J. D. (2014). Reparación y resolución del conflicto penal: tratamiento en el Código Penal Argentino y perspectiva en el proyecto de reforma integral (2006). En E. Grupo (Ed.), *Victimología 3 (Principios de justicia y Asistencia a las víctimas)* (págs. 109-150). Córdoba, Argentina: Brujas.

- Fernández, C., & Mayordomo, V. (2011). *Código de normas internacionales relativas a las víctimas*. Madrid, España: Tecnos.
- Gázquez, L. (2017). *El daño en el ordenamiento jurídico español: ¿nuevos daños? análisis jurisprudencial*. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/19167>
- Hortal, J. (2014). *La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo "resolver" la cuadratura del círculo*. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/291752/380251>
- Lima, M. (2015). El Derecho Victimal y su construcción científica. En E. Grupo (Ed.), *Victimología 10 (Ley y Víctima-panorama internacional)* (págs. 11-29). Córdoba, Argentina: Brujas.
- Naciones Unidas. (2015). Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder. En E. Grupo (Ed.), *Victimología 18 (Conmemoración de la Carta Magna de Naciones Unidas para las Víctimas. 1985-2015)* (págs. 11-18). Córdoba, Argentina: Brujas.
- Rodríguez, L. (2008). *Victimología* (11º ed.). CDMX, México: Porrúa.
- Silva, J. (2001). ¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/80693/105029>
- Tamarit, J. (2013). Reparación y asistencia a las víctimas. En N. Pereda, & J. Tamarit, *Victimología, Teórica y Aplicada* (págs. 315-332). Barcelona, España: Huygens.
- Tamarit, J., & Villacampa, C. (2006). *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*. Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Tamarit, J. (2012 a). La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico. En *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (págs. 3-60). Granada, España: Comares, S.L.
- Tamarit, J. (2012 b). La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal. En *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (págs. 61-88). Granada, España: Comares, S.L.
- Zamora, J. (2014). Los derechos de las víctimas de delito. En E. Grupo (Ed.), *Victimología 14 (Derecho a la justicia)* (págs. 15-76). Córdoba, Argentina: Brujas.