

321909
6
29



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS
CLAVE 3219

ESTUDIO SOBRE LA VÍCTIMA PRIVADA DE LA
LIBERTAD POR ACTIVIDAD ESTATAL Y EL
DERECHO A OBTENER REPARACIÓN, ACORDE
CON LOS POSTULADOS INTERNACIONALES
PROTECTORES DE DERECHOS HUMANOS.

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

RAÚL ANTONIO HERNÁNDEZ OLIVERA.

MÉXICO D.F., 1994.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mi abuela, la señora Carmen Ruiz,
Viuda de Olivera.*

A mi madre, Guadalupe Mireya Olivera Ruiz.

A Sandra y Alejandra, hermanas mías.

A Mariana, mi compañera de siempre.

*A todos y cada uno de mis mentores,
por su sapiente guía.*

*Hago un especial reconocimiento
al Lic. Enrique Salcedo Lezama,
así como al Dr. Luis Díaz Müller,
con gratitud y respeto.*

*Y, finalmente, por su apoyo, al
Mtro. Humberto Martínez y al
Lic. Eduardo Rodríguez Zendejas.*

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN

1

CAPÍTULO PRIMERO

I. EL SURGIMIENTO DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LAS VÍCTIMAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | <i>Antecedentes históricos.</i> | 7 |
| 2. | <i>Tendencias hacia la internacionalización.</i> | 17 |
| 3. | <i>La situación de la legislación mexicana.</i> | 22 |

CAPÍTULO SEGUNDO

II. ASPECTOS RELATIVOS A LA UBICACIÓN DE LA VÍCTIMA FRENTE AL ÁMBITO ESTATAL

- | | | |
|----|---|----|
| 1. | <i>Generalidades sobre la victimología.</i> | 42 |
| 2. | <i>Desarrollo Histórico.</i> | 58 |
| 3. | <i>Investigaciones de Amnistía Internacional en relación al caso de México.</i> | 65 |

CAPÍTULO TERCERO

III. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A SER REPARADO POR RECLUSIÓN INJUSTA.

1.	<i>Normatividad Internacional</i>	71
2.	<i>Consecuencias de la victimación por privación de la libertad</i>	84
3.	<i>Características de la victimación por reclusión injusta</i>	86

CAPÍTULO CUARTO

IV. REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN POR PARTE DEL ESTADO.

1.	<i>La conceptualización del daño y su necesidad de reparación.</i>	97
2.	<i>La relación de causalidad del daño y la obligación de repararlo.</i>	106
3.	<i>El problema de la responsabilidad patrimonial del Estado, por actividad jurisdiccional.</i>	109

CONCLUSIONES. 130

APENDICE. 134

BIBLIOGRAFIA. 142

NOTAS. 152

INTRODUCCIÓN.

El tema de los derechos humanos ha adquirido en la actualidad una gran importancia. Debido a la constante evolución y desarrollo a que están sometidas nuestras sociedades modernas que intentan lograr una mayor igualdad social y una efectiva democratización, se presenta necesariamente un aumento del reclamo por el reconocimiento de derechos individuales y públicos que no han sido todavía contemplados jurídicamente. Los errores y abusos que en ocasiones se cometen dentro de la ya compleja administración pública que tiene por objeto impartir la justicia, autorizan uno de los reclamos que esta tesis pretende estudiar: La reparación del daño, por parte del Estado al injustamente privado de su libertad, víctima de los errores cometidos en la procuración e impartición de justicia.

Es a partir del siglo XX, y en el marco del Derecho internacional, el cual está desvinculado de prejuicios o ideologías nacionales y estatales, que se ha puesto mayor atención al tema de los derechos humanos. Quizás, nos inclinemos a pensar, porque han sido, también en nuestro siglo, mayormente atropellados.¹ El Derecho internacional no reconocía antes a las personas privadas como sujetos de Derecho internacional por lo que tampoco se les consideraba derechos subjetivos que pudieran ser considerados internacionalmente. En la actualidad las cosas han cambiado: el asunto no sólo es un problema que traten los gobiernos estatales, es también una cuestión que cada día adquiere mayor interés e ingerencia de los gobernados.

A este respecto, el jurista Antonio Truyol llegó a opinar que el hombre, al ser cada día más miembro de la comunidad internacional debería regirse por ésta y considerarla la instancia superior en cuanto a derechos se refería. Así, escribe en

1976: "la ratificación y puesta en marcha de pactos, convierte al hombre en miembro de una comunidad jurídica universal y limita substancialmente el poder soberano de los Estados".²

Sin embargo, coincidimos con la expresión más reciente de Bidart Campos, en cuanto que "la fuente internacional del derecho de los derechos humanos es complementaria del derecho interno, y que es en el ámbito del último donde el Derecho Internacional pretende, con su cobertura auxiliar, alcanzar la vigencia sociológica de los derechos del hombre".³

Así pues, consideramos que el problema de los derechos humanos *debe* replantearse desde las mismas jurisdicciones de los derechos estatales, pero sin que dejemos de tomar en cuenta las disposiciones que emanan del Derecho internacional. Para esto, también serán de vital importancia las adopciones y aplicaciones normativas del derecho por parte de otras naciones.

Dentro del ámbito que nos ocupa, uno de los casos que de manera particular nos ha llamado la atención ha sido el de los presos sin condena. Existe o debe existir un derecho especial que asista a estos presos preventivos, los cuales constituyen, en la mayoría de los países el grueso de la población carcelaria.

En nuestro país, de acuerdo con la Propuesta y Reporte sobre el Sistema Penitenciario Mexicano, la mitad de los internos son presos sin condena. En dicha propuesta se afirma que no hay prisión más injusta que la preventiva, pues se sufre sin previa condena judicial. Esto fue reconocido por la Organización de Naciones Unidas en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana en los meses de agosto y septiembre de 1990.

En dicha propuesta se afirmaba: "se abusa de la prisión de la libertad no sólo cuando se ejecutan las penas, sino, lo que es más grave, aun cuando no se han dictado".⁴

La prisión, según la doctrina, no tiene otro fin que resocializar al individuo, de reeducarlo y encaminarlo por la senda del bien. Sin embargo, sabemos que la realidad dista mucho de este objetivo. Además de las consabidas fallas de la institución carcelaria, el internamiento o privación de libertad de una persona provocan una lesión irreversible. En el caso de un preso condenado y declarado culpable puede considerarse todo ello como parte del castigo al mal causado, sin que dejen de criticarse las fallas tanto de doctrina como de institución. Pero en el caso de una persona que resulte inocente, el daño es, además, moral y socialmente injusto y requiere una reparación. Si la prevención supera antiguas ideas de defensa social, no deja, con todo, y al igual que la prisión definitiva, de provocar diversas consecuencias que llegan a ser tan negativas como duraderas: el desprestigio social, laboral y familiar, la pérdida del trabajo, en la mayoría de los casos, y su consecuente pérdida de ingresos económicos. La persona es estigmatizada ante la sociedad y su familia se ve envuelta en ello, sufre la espera del juicio y gastos relativos a su defensa. En su personalidad, en su salud física y mental, el encarcelado sufre un daño profundo cuya huella, quizás, le durará toda la vida. La restitución de ese ser a la sociedad no resultaría beneficioso si antes no se le hace una reparación pública de la injusticia, que eso ha sido, cometida contra dicho individuo.

Debemos ser realistas frente al panorama actual que presentan nuestras cárceles. La prisión preventiva, como antesala de la prisión definitiva, adolece de los mismos vicios, y difiere de la última sólo por el nombre. Pero dichos vicios se

acrecientan en la primera porque flagela con la imborrable marca de la privación de la libertad a quien pudiera resultar inocente.

Hernando Londoño, citando a Carrara, refiere que ya hace más de un siglo, éste último autor "le había reclamado con lenguaje patético a la justicia universal acordarse de la víctima inocente, perseguida, encarcelada, y luego abandonada en el injusto desamparo por los perjuicios recibidos"⁵

En este sentido, el objetivo que pretende alcanzar este estudio es justificar el reconocimiento del derecho a obtener reparación por detención o prisión preventiva o inmerecida, en el entendido que posteriormente la persona sea declarada absuelta.

En principio partimos de la hipótesis de que toda conducta que provoque un daño debe ser castigada y el daño reparado. Si este proceder es exigible a cada uno de los gobernados, no sería entendible que el Estado, principal garante de los preceptos legales, no prevea que, al tener la posibilidad de error en el desempeño de sus funciones, deba establecer una obligación de otorgar compensación a la víctima del abuso o error estatal. Pensamos, en este sentido, que dicha compensación obedecería al más elemental sentido de justicia y equidad.

Aun cuando la legislación internacional protege la libertad individual en diversos convenios, y otorgan la posibilidad de reparación a la víctima que ha sido indebidamente privada de su libertad, nuestro país no ha atendido esos postulados. En este sentido, nuestro estudio pretende señalar la falta de incorporación de este derecho en nuestra legislación y al mismo tiempo, y como consecuencia de ello, proponer que se le incluya. Sería la medida más acertada para resolver dicha problemática.

Existen varios argumentos que apoyarían esta propuesta. En principio, aunque, como lo hemos dicho, la realidad que impera de facto en las prisiones de México no cumple con los postulados de respeto que se le debe a toda persona, no se debe olvidar que nuestra carta magna, La Constitución Política de México, señala muy claramente que la justicia penal debe respetar los derechos del hombre y la reintegración social del delincuente.

Por otra parte, si no es posible substituir la prisión preventiva, la cual genera costos excesivos al Estado, por medidas alternativas menos rigurosas y con menos riesgos de causar atropellos a los derechos fundamentales de las víctimas, pensamos que sería justo que al menos se indemnizara a quien resultó sobreesido o absuelto. Para esto, es necesario que nuestra legislación lo contemple a nivel constitucional.

Pretendemos, de esta manera, dejar claro que existe de hecho un derecho de los reclusos a pedir una reparación cuando, siendo inocentes, han sido privados de su libertad.

Iniciaremos nuestro estudio con el análisis de los antecedentes según las normas protectoras internacionales, así como el de la situación en que la legislación mexicana aborda el reconocimiento de inocencia de quien se encontró privado de su libertad, y el daño moral que puede resultar de la puesta en marcha de la maquinaria de procuración e impartición de justicia por parte del Estado. Continuaremos con la problemática que encierra el proceso de victimación que origina el error estatal-judicial, mismo que va aparejado a la victimación por el daño moral que impone, haciendo algunas referencias en cuanto al origen y desarrollo de la victimología y el proceso de reconocimiento de la víctima como sujeto principal en el sistema de protección de los derechos humanos.

Posteriormente se menciona la normatividad internacional atendiendo los postulados del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder*, el *Reglamento de Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, que entre otros tutelan los derechos de los presos preventivos que resultan posteriormente declarados no responsables, a recibir por lo menos una compensación y rehabilitación que los repare e indemnice, dado el proceso de victimación de que fueron objeto. Finalmente, abordaremos el tema de la reparación con el fin de que se considere la posibilidad de legislar en este sentido.

Como complemento a lo anterior cito algunos Artículos constitucionales de diversos países que contemplan el derecho a ser reparado por prisionalización errónea, concluyendo que dicho derecho no es nuevo en nuestro medio jurídico nacional, toda vez que existe un dato histórico en el Código Penal de 1871, mismo que tuvo vigencia hasta 1929, y en un proyecto de Código punitivo elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales INACIPE, en el año de 1979 para el Estado de Veracruz, que son los antecedentes directos que sirven de fundamento a la presente propuesta.

Lo anterior nos ofrece un apoyo histórico que como antecedente nos permite continuar con el reclamo para una legislación formal de asistencia a la víctima de prisión que le sea reconocida su inocencia. Esto mismo, pensamos, podría dar lugar a la creación de un fondo estatal que, previos estudios socioeconómicos, antropológicos de la víctima en particular, y a petición de ésta, brinde asistencia integral y repare el daño originado por el abuso o error estatal, que sobre ella se ha cometido.

CAPÍTULO PRIMERO

I. EL SURGIMIENTO DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LAS VÍCTIMAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD.

1. Antecedentes históricos.

Uno de los juristas y filósofos del derecho de más renombre en la actualidad, Norberto Bobbio ⁶, nos dice que no puede haber un fundamento absoluto de los derechos que son, en esencia, históricamente relativos. En realidad, según él, no se trata de saber cuáles y cuántos son los derechos humanos, ni cual es su naturaleza y fundamento, o si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo más seguro para garantizarlos, y para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean violados continuamente.

Los derechos básicos del hombre, entre los que figuran los de la vida, la libertad y la igualdad, según Bobbio, no pueden ser atribuidos a una doctrina específica. Lo relevante es que se encuentran establecidos, contando con el consenso general de su existencia; pero, lo verdaderamente importante, es que se hagan valer, responsable y eficazmente.

Si bien podemos coincidir, en términos generales con esta opinión, es importante que señalemos algunos aspectos de reconocimiento histórico y contextual que han tenido estos derechos. Nos importará saber sobre todo, hasta qué punto, y por quiénes, se ha reconocido jurídicamente el derecho de todo

hombre a ser considerado presunto inocente y no ser arbitrariamente privado de su libertad.

La aparición de los derechos fundamentales obedece a las determinadas condiciones en las que se encuentra una persona, sean éstas de casta, clase, categoría, gremios o sectores, en los cuales los individuos desarrollan sus actividades, por lo que no se puede pensar en que la autoridad política reconozca derechos que la misma sociedad, o ciertos grupos sociales, no hayan previamente reconocido como tales y hayan luchado por la vigencia de los mismos. La necesidad práctica prevalece, pues, sobre toda consideración teórica.

Ahora bien, ninguna sociedad puede permanecer ajena al contexto histórico tradicional que le dio origen. En este sentido, salvo las primeras experiencias de sociabilidad y formas de gobierno humanas, que en Occidente podríamos ubicar en el período histórico de la Antigüedad grecorromana, todas las demás han tenido que recoger y asumir dichas experiencias. En esto consistiría el llamado "progreso" de la historia y de las civilizaciones.

El ser humano se muestra capaz -aunque no siempre lo haga- de aprovechar las experiencias y conocimientos que le heredan sus antepasados. No obstante, cada sociedad, por sus características propias, su situación histórica determinada, y el mismo devenir, vive nuevas experiencias que transforma en conocimientos que a su vez transmitirá a la posteridad.

Así, podríamos decir que el reconocimiento de los derechos básicos del hombre surge por las mismas necesidades reales que se presentan en el seno de una comunidad, entre los mismos individuos que aceptan un acuerdo o contrato social para la feliz convivencia mutua. El proceso de lo que llegará a constituirse como un tipo de gobierno implicará el reconocimiento de una serie de reglas o

normas que constituyen un marco jurídico que sirve para legislar, esto es, lograr, según el punto de vista Aristotélico ⁷, el objetivo de todo buen Estado: la felicidad de sus habitantes. La justicia queda, pues, determinada por lo que podríamos llamar un código. Podría afirmarse que los códigos se heredan. Las nuevas naciones copian de las viejas. Pero cada nación, y debido a sus propias experiencias, amplían, modifican o cambian el contenido de los códigos.

Una distinción, entonces, es importante hacer entre el surgimiento de sentir la necesidad de derechos y su reconocimiento dentro de un código de conducta jurídica.

De tal manera, retomando la frase de Bobbio de que lo importante es que los derechos se hagan valer, hay que señalar que esto sólo podría pedirse si dichos derechos se encuentran ya reconocidos como tales, no sólo en el sentido de que cuentan con un consenso general de su existencia, sino legalmente adscritos a un marco jurídico y constitucional. En caso contrario, procede primero pedir su legislación. Como veremos, éste es el caso de México.

Por otra parte, encontramos que los derechos básicos del hombre, pero sobre todo el que más nos atañe aquí, han tenido primero un reconocimiento a nivel jurídico internacional. De aquí que resulte imprescindible referirme a éste en demanda de incorporación legal y eficaz en muchas constituciones estatales. Y dicha gestión, como veremos más adelante, se hace posible en virtud de los pactos y convenios que actualmente suscriben los países.

Resulta importante, por esto mismo, hacer referencia en lo que sigue al marco histórico.

Al referirse al problema de los derechos humanos en el medievo, Antonio Truyol y Serra ⁸, menciona que la comunidad se encontraba estructurada en estamentos sociales, en un orden jerárquico de clases con un estatus desigual. De hecho, la concepción que el medievo tenía de los derechos fundamentales se fue determinando según el proceso de las luchas que los grupos minoritarios fueron teniendo con el fin de lograr su reconocimiento. Primero la tolerancia para una diferente manera de pensar,⁹ luego, su defensa. Primero lo hicieron los barones de determinados reinos; posteriormente, se hizo por las pugnas entre los grupos religiosos y el soberano.

En el campo jurídico positivo, destaca el acta de Habeas Corpus, de 1679. Esta es el primer antecedente significativo para la protección de la libertad en tanto que prohibía la detención de persona alguna, sin mandamiento judicial, y obligaba a someter a la persona detenida al juez ordinario.

Más tarde la Asamblea Nacional Francesa de 1789, al inicio de la Revolución, proclama la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, constituyéndose en el fundamento del Derecho Político de Francia. El mérito de la declaración correspondió a una clase bien definida: la burguesía.

La Declaración se finca en el concepto de libertad que tenía esa clase social, por lo que se le podría llamar libertad burguesa, que pretendía la eliminación de cualquier obstáculo al goce pleno de esa libertad, en especial de la propiedad y la posesión.

De esta forma, la exigencia por los derechos políticos que reclamaba la burguesía se hizo realidad, así como la supresión de los privilegios de la nobleza y la igualdad formal ante la ley, propugnando especialmente por asegurar, como ya se dijo, el derecho a la propiedad.

Así, la autoridad no conocía más límite que el de no dañar o vulnerar la libertad de los otros, es decir, el límite fijado consistía en el respeto de la libertad de los demás.

Fue en esta época que la clase denominada "tercer estado", luchó por la obtención del reconocimiento a los derechos que deseaban fuesen tutelados, consignándose, de esta manera, las garantías y protecciones frente al poder excesivo del Estado.

La Declaración consistió en garantizar los derechos de propiedad, libertad, igualdad y seguridad, así como el de resistencia a la opresión. Asimismo, gracias a la influencia del pensamiento filosófico ¹⁰ que le antecede, señala que los derechos son naturales e imprescriptibles, e indica límites en el ejercicio del derecho a la libertad, consistentes en no hacer daño a otro.

Sobre el principio de legalidad, se insiste en el Artículo 5to. y 6to. de dicha declaración que la participación en política se consagra en términos de igualdad; asimismo, se contempla el derecho a la seguridad jurídica, y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal; también se presume la inocencia y se garantiza la seguridad personal de los detenidos preventivamente.

Es importante para nuestro estudio que subrayemos de paso este último punto, el de la presunción de inocencia, pues si bien vemos que ya estaba claramente especificado en la Declaración francesa, y se encuentra establecido como derecho en las disposiciones internacionales, nuestra legislación, como sabemos, no lo contempla expresamente.

La Declaración plasma además el derecho a la libertad de pensamiento u oposición, la libertad de religión y conciencia, así como la de expresión y libertad

de imprenta. Se establece, asimismo, el derecho a la equidad fiscal que deriva del derecho a la propiedad privada.

Son de particular importancia los Artículos 7, 8 y 9 que se refieren al proceso penal. El primero de los mencionados contempla una serie de prevenciones procesales que se pueden asociar a la idea del debido proceso, sobresaliendo la prohibición de ser arrestado o detenido e incluso acusado, si no es en los casos que determina la ley; asimismo, se contempla el castigo para quienes ejecuten órdenes arbitrarias para los casos anteriores.

Hay que hacer notar que durante este período las detenciones caprichosas se encontraban a la orden del día en Europa, y particularmente en Francia con las temibles lettres de cachet, las cuales constituían la marca más evidente del absolutismo penal.

El Artículo 8, de la misma Declaración, se refiere a que la ley no debe disponer más penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

El Artículo 9 señala: " todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable, y si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley." Este principio se verá incluido más adelante en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, que en su Artículo 6,2 del 4 de noviembre de 1950 establece que "...toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida"

La Revolución Francesa se caracterizó por el logro que obtuvo la burguesía liberal del reconocimiento jurídico de los derechos individuales, destacándose el de la propiedad y la libertad. En aquel entonces los teóricos de la ley penal se encontraban representados por Beccaria y Bentham, quienes redactaron los códigos franceses de la época revolucionaria.¹¹

La idea del criminal era la de aquél que perturbaba la sociedad, es decir, era el enemigo en potencia. El castigo era la venganza del soberano y la defensa de la sociedad, por lo que se ejercía públicamente, caracterizándose por el suplicio, el descuartizamiento, la amputación, la retractación pública y otras infamias similares. Pero muy pronto la ejecución de la pena se hizo de manera privada convirtiéndose en un secreto entre la justicia y el sentenciado.¹²

En cuanto a la prisión, aunque se consideraba que no estaba hecha para el castigo, sino para la custodia y seguridad de los reos, el caso era que se maltrataba, vejaba y abusaba de los miserables que tenían la desgracia de encontrarse ahí encerrados. La crítica más usual era que hacía perversos a los que no lo eran, y consumaba en perversidad a los que ya lo eran, las cárceles se convertían, de esta suerte, en escuelas de iniquidad y seminarios de hombres malos y perniciosos para la república.¹³

En la época de la Revolución Francesa la prisión era la vía para reparar el daño a la sociedad, según señala Michael Foucault. Es de esa época de donde viene la frase "pagar su deuda con la sociedad".¹⁴

En el prefacio de su obra De los Delitos y las Penas, Beccaria describe el panorama en el que se encontraban las leyes en su tiempo, y refiriéndose a Juan Jacobo Rousseau y, en clara alusión al Contrato social, afirma que "el hombre ha nacido libre y sin embargo, vive en todas partes encadenado".¹⁵ En clara

contraposición a las Letras de cachet que de alguna u otra manera representaban al absolutismo de Luis XV, se pronuncia por el precepto de que ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido, sino en los casos determinados por la ley que anteriormente hemos citado. Beccaria se refiere también a la prisión preventiva, señalando que infringía rigores innecesarios, y que, aunque es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración de delito, ésta se vuelve más bien un suplicio que una custodia del reo. Este concepto se ve reforzado con el principio de presunta inocencia del Artículo 9 de la Declaración. El castigo empezaba como una medida cautelar en la prisión preventiva, pero el pensamiento que justificaba ésta era impedir la fuga del delincuente o para que no se ocultaran las pruebas de sus delitos.

Durante el proceso de la revolución francesa, el sector mayoritario del grupo Jacobino fue el que destacó, en la agitación dirección y movilización de masas, usando a los intelectuales y profesionales para justificar y legitimar su asalto al poder estatal. Del papel de adoctrinamiento pasaron a ser postulantes al poder, convirtiéndose en políticos y funcionarios profesionales del Estado. De esta manera el mundo social y político se convirtió para ellos en objeto de manipulación. Impulsaron la burocratización del gobierno, pero también propiciaron la reducción de la participación social y política de los sectores cuya representación pretendían y a cuya movilización, desde un punto de vista autoritario y vertical recurrían.¹⁶

Posteriormente, surge el proletariado (cuarto estado) como el producto de la conciencia de clase, y lucha en primer término por la seguridad social y los derechos sindicales, en un clima de tensas confrontaciones, forcejeos y luchas, que distan mucho de ser una concesión graciosa por parte de los grupos económicamente poderosos.

Es como réplica a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que surge, según señala Truyol y Serra, la Declaración Rusa de los Derechos del Pueblo trabajador y explotado.

Es importante señalar, desde esta perspectiva, que la evolución en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos, transcurre en tres etapas que, a su vez, enfatizan tres aspectos: a) la forma que asume el Estado en cada período histórico; b) cómo son contemplados los individuos, y c) el tipo de derechos que les van siendo reconocidos. Las tres etapas serían las siguientes:

1) En el siglo XVIII los derechos humanos suponen un simple concepto político que englobaba una serie de libertades frente al Estado. Este concepto característico de la forma estado liberal, inspirado en una filosofía de corte individualista, se refería a los hombres en cuanto tales. De esta concepción se deducía la necesidad de garantizarles determinados derechos individuales. De éstos resulta importante retener, para efectos de este estudio, la idea de presunción de inocencia, por la que nadie podía ser considerado culpable hasta que así lo declarara una sentencia condenatoria definitiva.

2) El posterior proceso de positivación de los derechos humanos que fundamentalmente ocupará el siglo XIX y parte del XX (hasta las guerras mundiales), provocó la recepción en las constituciones estatales del impulso por promulgar derechos cívicos y políticos que, observando ahora al hombre como ciudadano, contribuyeron a la consolidación de la forma Estado de derecho.

Fue también el reconocimiento de los derechos del hombre como trabajador los que provocarán el surgimiento de la forma Estado social, en la que el Estado se postula como el promotor y garante del bienestar económico y social. El proceso histórico culmina así, dando pauta a la positivación y surgimiento de

preceptos tuteladores de los derechos fundamentales del hombre en diversos ordenamientos internacionales.

3) Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el Estado social entra en crisis. La Declaración de las Naciones Unidas de 1948 marca el nuevo proceso de internacionalización de los derechos del hombre, el cual originará a su vez la selección y clasificación en la práctica de la aparición de derechos fundamentales no reconocidos hasta entonces. Estos tienen su raíz en una nueva perspectiva sociológica, a partir de un tiempo histórico determinado, dejando de ser absolutos. Es este período que se constitucionalizará en algunos países, el derecho a ser indemnizado o reparado debido a una detención o prisión arbitrarias o indebidas.

Tradicionalmente, se distinguen las diversas fases o generaciones de los derechos humanos en estar caracterizadas por:

- 1) La lucha de los derechos civiles y políticos contra la opresión.
- 2) Las reivindicaciones de los derechos socioeconómicos contra la explotación.
- 3) Las luchas por la conquista de los derechos en la esfera cultural en contra de la alineación, y haciéndose partícipe de la comunidad internacional.

La etapa contemporánea o actual está caracterizada por los problemas típicos de la sociedad tecnológica, ligados a la revolución informática, a la bioingeniería, y a la defensa del medio ambiente, entre otros.

Establecidas algunas referencias históricas de los derechos humanos, y esbozada a grandes rasgos la legislación protectora de la libertad, es posible observar que este tema tiene mucho que ver con la intención de búsqueda y

esclarecimiento, además de la perspectiva desde la cual se exponga. Finalmente habría que dejar sentado que siempre fue una cuestión de lucha la que hizo posible el reconocimiento de los derechos humanos. Lo más importante después de esto ha sido protegerlos y defenderlos eficazmente.

2. Tendencias hacia la internacionalización.

A continuación abordaremos las tendencias hacia la internacionalización de algunos preceptos relativos al tema del derecho que es central en esta tesis : los privados de su libertad, y la indemnización o compensación a que son acreedores quienes han padecido una internación arbitraria o indebida.

Truyol y Serra señala que, aunque fueron asignados determinados derechos a la persona, tales como: la libertad religiosa y de conciencia, la prohibición de la esclavitud, el surgimiento de derechos laborales, no se encuentra un reconocimiento expreso internacional de los derechos humanos, sino hasta la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

Fue a raíz de las violaciones a los derechos y libertades fundamentales, provocadas fundamentalmente por el nazismo, que se hizo necesario establecer jurídicamente el respeto a los derechos del individuo en el Estado democrático de derecho, tanto en el ámbito interno como internacional. Así, fue en 1945, en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, que se elaboró la Carta de las Naciones Unidas, dando lugar a la Organización de Naciones Unidas con el objetivo de asegurar la paz internacional.

El 10 de diciembre de 1948 fue proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su contenido, al igual que la Declaración francesa, está precedida, entre otros pensamientos, por los que afirma que: " La ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos."

Sin embargo, la tutela efectiva de los derechos reconocidos en esta Declaración encontró en un principio varios obstáculos que se derivan de diversos aspectos. En primer lugar, la Declaración carecía de fuerza obligatoria para los Estados; en segundo, tampoco contaba con un sistema de protección internacional que pudiese garantizar su cumplimiento ante la fuerte resistencia de los Estados a renunciar a sus concepciones nacionalistas y, en consecuencia, a aceptar una forma de control supranacional de sus asuntos internos. Además del progresivo empeoramiento de las relaciones entre los antiguos Aliados y la división del mundo en bloques, junto a las profundas desigualdades económicas y culturales, hacían muy difícil o ilusoria la idea del preámbulo de la Declaración de 1948, orientada a que tanto individuos como instituciones promoviesen, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y asegurasen su reconocimiento y aplicación universales.

La plena realización de estos derechos tuvo - y tiene todavía - una larga y tenaz lucha de los ciudadanos frente al poder estatal. La Declaración impuso ciertos límites institucionales que ayudarían a proteger de posibles tentaciones tanto del gobernante como del gobernado. Asimismo, estableció una serie de pactos, convenios y documentos que facilitarían la acción del gobierno a este respecto. También quedó claramente legitimada la demanda de los particulares.

En este orden de ideas pasaremos a abordar el contenido referente a la tutela del derecho a ser reparado por detención o prisionalización indebida o arbitraria en los tratados y documentos internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), en su sesión de París del 10 de diciembre de 1948, estableció en su Artículo 8 lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales Nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la ley".

Aquí podemos ver cómo el preámbulo de dicha declaración expone ya el ideario, y define el compromiso formal de los Estados miembros de la ONU, de asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre.

El Artículo 9 constriñe por ley los actos de detención, prisión y destierro ; asimismo, el Artículo 11 establece la presunción de inocencia.

Esta multicitada presunción de inocencia, se encuentra prevista, como ya hemos dicho, en el Artículo 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano desde el triunfo de la Revolución Francesa. En ella se establece que se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable, y si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, fue enmendado por los Protocolos del 4 de noviembre

de 1950 en Roma, y del 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 en París, establece en su Artículo 5 que;

5. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley.

Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este Artículo, tendrá derecho a una reparación.¹⁷

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece en su Artículo 9 en los incisos 1 y 5 lo siguiente:

1. 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 la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

El Artículo 14 del mismo ordenamiento dentro de los incisos 2 y 6 señala que:

2. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras que no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido posteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Más específicamente, el documento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmado en San José de Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1966, consigna en su Artículo 7 que nadie puede ser sometido a detención o a encarcelamiento arbitrario, y en su Artículo 10 se señala el derecho a ser indemnizado en caso de condena por error judicial.

Por otro lado, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos del Poder, entre otros, establecen la facultad que tiene el gobernado para exigir reparación al Estado por detención o prisionalización indebida. No habría que olvidar, tampoco, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión.

Por resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988, La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó este conjunto de principios. En este texto se compilan sistemáticamente las normas internacionales destinadas a impedir la detención y prisión arbitraria.

El principio 8 está dedicado a la situación de las personas detenidas, refiriéndose a las personas que no han sido condenadas, estableciendo ciertas garantías procesales. Entre otras destacan el derecho a obtener una indemnización por los daños causados, por actos u omisiones de funcionarios públicos que sean contrarios a los derechos previstos en ese documento. Ello corresponde al principio 35.

Paralelamente, las denuncias arrancadas por la desesperación en que han caído las víctimas de la violación sistemática de los derechos fundamentales y los

gritos que emergen de las crujiás, hoy arrogantemente ostentadas como notables avances de la ciencia penitenciaria, han movido cientos de intentos titánicos para remediar la infrahumana condición en que viven los rechazados sociales.

Con respecto a la detención, el jurista argentino, Raúl Zaffaroni, se expresa de la siguiente manera: "la detención arbitraria, el arbitrario sometimiento a proceso y la prisión preventiva arbitraria, son medidas que afectan múltiples derechos humanos, que en el curso de una vida pueden tener consecuencias impredecibles y catastróficas: traumas que pueden ser insuperables, afectaciones irremediables a la honra y al buen nombre, pérdida de trabajo, descenso en la escala social, pérdida de autoestima, asunción de roles desviados, circunstancias todas que en algunos casos han precipitado la destrucción moral y aún física de los afectados. A todo ello puede dar lugar un tipo con límites difusos, aunque la jurisprudencia, en definitiva reduzca su alcance, lo que no logra evitar las arbitrariedades de las autoridades administrativas, o de las instancias judiciales o burocráticas inferiores. La amenaza de estas consecuencias provoca que la población sufra una permanente amenaza al ejercicio de cualquier derecho humano, que puede resultar lesionado por una investigación o procesamiento por conductas que no son delictivas, que se da cuando las máximas instancias judiciales toleran o confirman la arbitrariedad".¹⁸

3. La situación de la legislación mexicana.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que hemos citado, como el Documento de la Convención Americana de San José de Costa

Rica, fueron suscritos por México y aprobados por la Cámara de Senadores de nuestro país el día 18 de diciembre de 1980. Estos fueron promulgados el mismo día y se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981.

De esta forma, la mayoría de las constituciones presumen inocente, hasta que se haya declarado culpable, al detenido; asimismo, México, que no obstante se ha unido no sólo a la Declaración de 1948, sino al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y otros documentos internacionales mediante los cuales se ha comprometido a respetar su contenido, no concuerda con la política que ha seguido al respecto, ya que precisamente la disposición referente a la presunción de inocencia, encuentra el lado opuesto en nuestra legislación porque como es sabido en nuestro país se presume precisamente lo contrario: La presunta responsabilidad. Ahora probable responsabilidad, ver reformas del decreto que entró en vigor el 1º de febrero de 1994.

El caso es que, en opinión del senador Rodríguez y Rodríguez, ambos documentos, de los cuales nuestro país es miembro, contrasta con la postura tradicionalmente adoptada por México en materia de política exterior, ya que la posición oficial de nuestro Gobierno respecto a la compatibilidad y concordancia entre textos internacionales y nuestra legislación internacional, pone de relieve las diferencias y discrepancias e incluso, algunas detectables en nuestro derecho interno en relación con el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁹

A este respecto, se han efectuado diversos debates ubicando la discusión en la conveniencia de quedar sujetos a los instrumentos internacionales de los derechos humanos. En este sentido, la "necesidad" de interponer reservas que fueran indispensables para asegurar la estricta concordancia entre aquellos,

refiriéndose a los Tratados Internacionales y los preceptos de nuestra constitución, fue clara cuando el 4 de diciembre de 80, el Ejecutivo envió a la Cámara de Senadores la iniciativa acompañada de los instrumentos correspondientes y de una amplia exposición, requiriendo la aprobación de la Cámara.²⁰

En apoyo a lo anterior es importante destacar lo que el Artículo 133 de la Constitución establece referente a que los tratados que estén de acuerdo con ella y se celebren por el Poder Ejecutivo y con aprobación del Senado, serán LEY SUPREMA DE TODA LA UNION. Por lo tanto, al haber sido ratificado tanto el Pacto como la Convención, éstos pasan a formar parte de la legislación mexicana en su totalidad y podrán ser invocados en cualquier conflicto interno, si ello fuera necesario.²¹

Lamentablemente, aún cuando México se haya sumado a la lucha en favor de los derechos humanos, se debe aclarar el hecho de que su actuación en el ámbito interno con las declaraciones interpretativas, resulta tardía e incompleta. Y resulta tardía porque, según Rodríguez y Rodríguez, "el Gobierno Mexicano ratificó o se adhirió en algunos importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los que resalta el carácter obligatorio como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Incompleta porque, no tomando en consideración sino un instrumento universal y otro regional, ambos de contenido general entre los diversos instrumentos que incluye la enumeración anterior, señala las reservas y declaraciones interpretativas que nuestro Gobierno formuló ya que no se juzgó pertinente la adhesión a las mismas".²²

Por lo que respecta al protocolo facultativo del ordenamiento de 1966, México no se incluyó entre los reconocedores, desconociendo la competencia del Comité para recibir y examinar quejas de los gobernados que aleguen ser víctimas de violaciones por parte del Estado, bajo cuya jurisdicción se halle.

En lo que corresponde a la Convención Americana de 1969, se critican las reservas y declaraciones interpretativas al igual que en el ordenamiento anterior que formuló nuestro gobierno, así como el no reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

La postura de nuestro país no deja de ser criticable, pues no obstante se pronuncia en favor de los derechos humanos, el discurso que utiliza no es congruente, ya que interpone declaraciones interpretativas y reservas, mismas que afectan la cabal protección, en el orden jurídico interno, al derecho de recibir indemnización por detención o prisión arbitraria.

Los atenuantes que podrían argüirse serían tal vez que dado que el Estado Mexicano conserva la tradición del constitucionalismo rígido, no es fácil que acepte la jurisdicción internacional. Dicha postura no es en sí criticable, pero sí es perfectible. En lo que a nuestro tema respecta, la postura de México es ambivalente y desalentadora, ya que si bien acepta lo fundamental de los principios, formula, por otro lado, reservas y declaraciones interpretativas que impiden tutelar el derecho a ser resarcido por detención o prisión arbitraria. Dicha postura, hay que recalcar, causa consternación y desaliento, ya que por un lado se labra la imagen de defensor y tutor de los derechos humanos, pero por otro, se condicionan o se limitan tutelas y garantías consignadas en ordenamientos internacionales.

Según el licenciado Rodríguez y Rodríguez, "tales abstenciones no dejan de causar una gran preocupación y profundo desaliento primero, por que al cerrar la puerta de acceso a la admisión de las comunicaciones individuales y estatales, se dejan prácticamente inoperantes los mecanismos de control del cumplimiento por parte de los Estados, de las obligaciones que a los mismos imponen estos instrumentos internacionales y segundo, por que tomando en cuenta las razones esgrimidas al respecto por nuestro Gobierno el funcionamiento de tales mecanismos, por lo que a nuestro país se refiere, no sólo no sería necesario 'por ahora', sino NUNCA".²³

Esta situación, como nos lo hace ver el Maestro Rodríguez y Rodríguez, representa una marginación en la lucha entablada a nivel mundial y regional en favor de la efectiva vigencia y aplicación de los derechos y libertades fundamentales de toda persona.

Visto lo anterior, es claro que la ratificación o adhesión a los tratados sobre derechos humanos no conlleva suficiente garantía en cuanto al respeto de los mismos por parte de los Estados miembros. Las reservas y declaraciones interpretativas hacen suponer que la Administración Pública teme reconocer el hecho de que se susciten tanto detención como prisión injustificadas y, por otro lado, hacernos creer que es imposible el hecho de equivocación u error judicial. Dicha circunstancia hace que los encargados de la Administración Pública cuenten con una estructura protectora, exclusiva para funcionarios de la procuración y administración de justicia, en la que quede a salvo invariablemente la "razón" de sus actuaciones, menoscabando o más bien anulando el derecho de todo gobernado a ser resarcido por algunas de las circunstancias antes descritas.

Los argumentos que esgrimió México en relación con las declaraciones interpretativas y las reservas, de acuerdo con Daniel R. Herrendorf, consisten en que "la reparación efectiva y justa procede en caso de falsedad en la denuncia o la querrela".²⁴

A este respecto es obvio que, independientemente de que un particular ejercite su derecho a entablar juicio a su vez en contra de otro que le ha ocasionado problemas por acusación en falso, la intención de los ordenamientos protectores de los derechos humanos radica en que el gobernado pueda luchar por conseguir el reconocimiento de derechos frente al orden público y, por lo tanto, de su libertad deba ser protegida y tutelada por el propio Estado. Es éste, finalmente, quien debe asumir la responsabilidad, dado que es en última instancia quien selecciona, ejercita y procesa penalmente al sospechoso o acusado. Por lo tanto, independientemente de que el querellante o denunciante haya incurrido en falsedad de declaraciones, y esto haya originado el ejercicio de la acción penal, consideramos que a quien corresponde reparar o indemnizar a la víctima es al Estado.

Son tanto el Estado como sus funcionarios quienes deben responder por dicho proceder, y sólo subsidiariamente quien incurrió en falsedad de declaraciones. Si el Estado exige obediencia a sus gobernados, es lógico pensar que el ámbito internacional exige a los Estados miembros esta misma obediencia respecto a los tratados que han sido celebrados. Habría que agregar, además, que de la misma manera que se establece el primer lugar dentro de un sistema jerárquico en la Constitución, las declaraciones de derechos fundamentales que han sido suscritas por los Estados se equiparan en los tratados internacionales a la cima de su pirámide jurídica, y se los considera la cabeza del orden normativo.

Nuestro país, según Daniel R. Herrendorf, posee una Constitución rígida, y señala que los "tratados son en la jerarquía jurídica inferiores a la Constitución, sin embargo, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, impide invocar al derecho interno para incumplir un tratado. Por lógica derivación entonces, ninguna forma interna ni la propia Constitución puede contradecir la normativa de tratados ratificados. No obstante, resulta recomendable una modificación a esta posición en los países de constituciones rígidas".²⁵

A lo largo de los antecedentes analizados, se ha podido constatar que la regulación mexicana es bastante parca en lo que se refiere al problema del derecho a otorgar reparación, por detención o prisión arbitraria. Prácticamente podríamos decir que es nula.

Sin embargo, como fuente de Derecho, de acuerdo a la clásica división del maestro García Máynez,²⁶ las Convenciones Internacionales, así como los Pactos y en general las disposiciones tendientes a proteger al ser humano y en particular al recluso, son rica inspiración de postulados que la legislación interna debe acoger, buscando siempre la realización de los objetivos de la sociedad destinataria.

Consideramos que la larga lucha por la conquista de los derechos fundamentales se debe a la aparición de ciertos grupos sociales, tales como los niños, los ancianos, las mujeres, los indígenas, las minorías ó las víctimas en este caso del sistema procesal penal.²⁷

Si se llega a concebir esta forma de ver al hombre, se abandonaría una cierta postura antigua de ver al individuo de manera abstracta. Se le vería, por el contrario, dentro de un marco histórico y sociológico en el que se encuentra ubicado y en el que necesariamente, como todos los seres humanos, deben

encontrar una respuesta y un sentido a su existencia, a su forma de estar en sociedad.

Esta categoría de individuos que sobreviven al margen de nuestra sociedad, y que por distintas razones fueron reclusos en la cárcel y posteriormente declarados absueltos, merecen un respeto y sobre todo el reconocimiento de ser reparados acorde con la normativa internacional y los principios básicos de justicia social, de manera eficaz y con una regulación que permita la garantía de cumplimiento para una verdadera tutela.

Si la prisión preventiva no puede ser sustituida por medidas alternativas, es necesario se tutele efectivamente los derechos de los ciudadanos que se encuentran reclusos y resultan posteriormente inocentes. Es necesario que se otorgue una reparación que actualmente nuestra legislación no contempla, de manera eficaz y concreta.

Fortalecer el Sistema de Garantías y Defensas de quienes padecen los nocivos efectos de la cárcel, ha de ser una tarea que, principalmente, habrá de competir a la propia acción ciudadana, ya que es difícil que ella surja por parte de la propia Administración Pública. Sólo con la participación constante y sostenida que los grupos o individuos en lo particular gestionen a su favor, surgirá el reconocimiento del derecho a recibir reparación por apriamiento arbitrario.

Ahora bien, la legislación mexicana dedica un par de Artículos a la reparación que otorga al individuo al que en sede criminal le es reconocida su inocencia, sin embargo dicha regulación resulta sumamente ligera, aparejando como consecuencia escasez de doctrina, ya que los tratadistas más connotados dedican sólo algunos renglones sobre el particular.

Por el contrario, en diversas legislaciones extranjeras, la reparación a la víctima de errores judiciales, se encuentra adecuadamente prevista y regulada dentro de sus sistemas jurídico constitucionales, evitando y contrarrestando los denominados abusos del poder.

Es notorio que los derechos de los gobernados, en aquellas naciones en las que se encuentra contemplada dicha figura jurídica se encuentran, debidamente protegidos previendo algún tipo de error o abuso por parte de los funcionarios estatales.

Lo anterior, nos lleva a señalar que resulta imperativo que en México, dentro del marco de respeto a los derechos humanos, se haga conciencia de la urgente necesidad de legislar con mayor amplitud al respecto, profundizando estudios sobre la posible estructuración de asistencia a la víctima de los errores judiciales.

Dicha urgencia obedece a la necesidad de nuestra sociedad de contar mayor protección y proporcionalidad y con mayor seguridad jurídica en la conservación y aseguramiento en los derechos del gobernado. Nuestra legislación, al parecer sólo aborda de manera incipiente la protección a este derecho, preceptuando en uno de los Artículos de la legislación penal, la publicación de la sentencia absolutoria, a título de reparación, en los siguientes términos:

Artículo 49.- La publicación de la sentencia se ordenará igualmente a título de reparación y a petición del interesado, cuando éste fuere absuelto, el hecho imputado no constituyere delito o él no lo hubiera cometido.²⁸

Como si el daño impuesto, en los ámbitos patrimonial, social, psicológico o moral, se resarciera con la sola publicación de la sentencia absolutoria, sin tener en cuenta que debe tomarse en consideración que por encima de esta publicación, quedan lesionados no sólo la dignidad personal y familiar de la víctima, sino

también el honor de la reputación, desde luego en la mayoría de los casos, el patrimonio, la salud, de quien es reconocido posteriormente inocente, en un proceso penal.

La publicación de la sentencia, desde nuestro punto de vista, resulta insuficiente para reparar el daño, impuesto indebidamente a quien fue privado de su libertad, y a la postre resulta que se debió a un error.

Debe crearse conciencia que sobre el que recae una presunción de responsabilidad, y le es aplicada una medida cautelar, consistente en la privación de su libertad personal, dicha medida incide de manera directa, en la víctima de prisión, hasta en tanto se descubra la verdad histórica de los hechos que se investigan.

Surge de esta forma la necesidad de obtener una reparación, debido a las lesiones derivadas de la aplicación de dicha medida cautelar, misma que se traduce en un abuso del poder, si no es reparada, dada la desproporción que existe entre el aparato estatal y los intereses del gobernado afectado.

Otro Artículo que se relaciona con el tema es el 96 del mismo código penal y que a la letra dice:

ARTÍCULO 96 .- Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales aplicable, y se estará a lo dispuesto en el Artículo 49 de este Código.²⁹

El Artículo 49 anteriormente citado, se refiere a la publicación de la sentencia a título de reparación, misma que consideramos insuficiente, y por lo que respecta al Código de Procedimientos Penales, los términos a que se refiere el Artículo anterior son abordados por el Artículo 614, del fuero común y 560 del

ordenamiento Federal, en los que se establecen las causas de procedencia del reconocimiento de inocencia. Dicho Artículo 614 establece que:

El reconocimiento de la inocencia del sentenciado procede en los siguientes casos :

I.- Cuando la sentencia se funde en documentos o declaraciones de testigos que, después de citada, fueren declarados falsos en juicio;

II.- Cuando, después de la sentencia, aparecieren documentos que invaliden la prueba en que descansa aquella o las presentadas al jurado que sirvieron de base a la acusación y al veredicto;

III.- Cuando condenada alguna persona por homicidio de otro que hubiere desaparecido, se presentare éste o alguna prueba irrefutable de que vive;

IV.- Cuando el sentenciado hubiere sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos. En este caso prevalecerá la sentencia más benigna, y

V.- Cuando en juicios diferentes hayan sido condenados los sentenciados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad que lo hubieren cometido.³⁰

Hasta aquí el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y por lo que toca al ordenamiento adjetivo federal el Artículo 560 establece que:

El reconocimiento de inocencia del sentenciado se basa en alguno de los motivos siguientes:

I.- Cuando la sentencia se funde exclusivamente en pruebas que posteriormente se declaren falsas;

II.- Cuando después de la sentencia aparecieren documentos públicos que invaliden la prueba en que se haya fundado aquélla o las presentadas al jurado y que sirvieron de base a la acusación y al veredicto;

III.- Cuando condenada alguna persona por homicidio de otra que hubiere desaparecido, se presentare ésta o alguna prueba irrefutable de que vive;

IV.- Cuando dos reos hayan sido condenados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad de que los dos lo hubieren cometido;

V.- Cuando el reo hubiere sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos. En este caso sera nula la segunda sentencia, y

VI.- En el segundo caso de los considerados en el Artículo 57 del Código Penal.³¹

Podemos ver que se tratan aquí las causas de procedencia del reconocimiento de inocencia, sin embargo los efectos del daño no son contemplados. En este sentido la lesión impuesta queda sin reparar, y sin que el Estado prevea más que la publicación de la sentencia a petición de parte a título de reparación. Las disposiciones vigentes que se acercan a responsabilizar a los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, no cubren los perjuicios a las víctimas de los errores que se llegan a cometer, y mucho menos se consigna en la ley una verdadera responsabilidad del Estado.

No obstante lo anterior, en la legislación penal se apuntan algunos preceptos que dan la pauta para establecer cierto principio de responsabilidad Estatal, los cuales son aplicables los siguientes, ambos del código penal.

ARTÍCULO 30.- La reparación del daño comprende:

II.- La indemnización del daño material y moral de los perjuicios casados...³² (Ver Apéndice, Reformas, D.O. 10-I-94)

Por su parte, el Artículo 32 en su fracción VI contempla la responsabilidad del propio Estado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 32.-Están obligados a reparar el daño en los términos del Artículo 29:

VI.- El Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados.³³

Por otro lado, el código civil señala en su Artículo 1928, que el Estado puede ser agente de daño, dando origen a un menoscabo moral, que deberá ser reparado bien sea en forma directa o por sus funcionarios, de la siguiente forma:

ARTÍCULO 1928.- El Estado tiene la obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sea suficientes para responder del daño causado.

Aun cuando la normativa tanto penal como civil considere que el Estado puede ser responsable, lo señala sólo de manera subsidiaria, por la actuación de sus empleados, lo que consideramos desproporcionado, y falta de equilibrio. Aunado a que en la práctica, pocas veces se ha tenido noticia que el Estado otorgue una compensación, por un error en el funcionamiento de la maquinaria procuradora o impartidora de justicia, al indebidamente privado de su libertad. (Ver Reformas al Código Penal y Código Civil, Publicado en Diario Oficial, 10-I-94)

En este orden de ideas el maestro Sergio García Ramírez establece que "cabe también poner atención en el daño que al injustamente inculcado cause el hecho mismo del proceso y, sobre todo, la aplicación de medidas cautelares, destacadamente la privación preventiva de la libertad. A resolver este asunto se orientan diversas leyes y pronunciamientos de alcance internacional, así como buena parte de la doctrina. En la base de esta preocupación está la idea de que, debido a un error en la administración de la justicia, sea en la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, o sea a lo largo del proceso mismo, se ha causado, sin derecho, un daño concreto. Éste, pues, debe ser reparado, y semejante

reparación ha de correr a cargo del Estado. Suficientes razones de conveniencia y equidad apoyan tal punto de vista"³⁴

Asimismo, el maestro Juan González Bustamante establece en su libro Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano que "el Código Penal de 1931 dispone que el Estado es responsable, subsidiariamente, en el resarcimiento del daño por sus funcionarios y empleados. Si un inculpado ha sufrido una prisión injusta que se traduce en varios meses de cautiverio ha resentido quebranto en sus intereses, surge esta inquietante pregunta: ¿Sólo el directamente ofendido por el delito tiene derecho al resarcimiento del daño que ha afectado su patrimonio? ¿Ninguna reparación en su aspecto pecuniario, merece la persona que ha estado privada de su libertad por largos meses y que al final del proceso se le declara absuelta? Indudablemente que nadie discutiría al inculpado la razón que le asiste al reclamar la reparación del daño sufrido en su patrimonio que puede ser tanto o más que el experimentado por el ofendido por el delito y, sin embargo, hasta ahora no se ha obtenido nada práctico en el reconocimiento de sus derechos. Dicho maestro afirma también que en otras legislaciones, como la italiana, el daño que sufre el inculpado a quien se priva de su libertad por virtud de una acusación temeraria, hace responsables a sus acusadores, principalmente en los delitos que se persiguen por querrela necesaria o que se deba a un error manifiesto en la apreciación probatoria del funcionario judicial que decreta el encarcelamiento, y se resuelve, reconociendo los derechos que tiene el inculpado para que se le repare el daño pecuniariamente, siempre que así lo pida, que hubiese sido absuelto por sentencia firme y que exista incuria, negligencia o dolo en la injustificada inculpación".³⁵

Finalmente, otro distinguido tratadista expresa su punto de vista señalando, en relación a la privación indebida de la libertad del gobernado, y a la

responsabilidad que le corresponde al Estado por la lesión impuesta al gobernado, lo siguiente: "para el caso de los servidores públicos nada se dice en cuanto a la reparación moral, ¿será que sus actos lesivos por el carácter especial del infractor no repercuten en el orden moral?, ¿el Estado en la prestación de sus servicios no afecta nunca el orden moral de sus representados?

Por último ¿si el Estado se equivoca, no digamos dolosamente, pero si culpablemente o 'preterintencionadamente', enjuiciando a un inocente, sancionando y luego se rectifica (reconocimiento de inocencia), no debería de reparar el daño material y moral?"³⁶. Más adelante el maestro se pregunta: ¿por qué si el ofendido tiene derecho al resarcimiento de los daños sufridos con motivo de la ejecución el ilícito penal, aquél que fue víctima de un procesamiento y de una sentencia injusta, no es resarcido del daño sufrido por parte del Estado?

Existen dentro de nuestra legislación dos antecedentes directos, que si bien contemplaban la responsabilidad de los servidores del Estado, evitó responsabilizar concretamente a éste, e incluso fue tan ligera que terminó por no aparecer en la normativa vigente.

En efecto, se trata del Código Penal sancionado en 1871, conocido como el Código de Martínez de Castro, que pudiera, de alguna manera, ser considerado como el antecedente normativo directo, en el que de manera concisa se refiere al absuelto, a la responsabilidad civil, y a un Fondo Común de Indemnizaciones, así como a la responsabilidad de los funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones causaran daños y perjuicios a otros. Lo anterior se encuentra en los Artículos 344 a 348, mismos que se transcribirán más adelante. No es comprensible, francamente, por qué el Estado, noble custodio de los altísimos valores de la sociedad, no ha de reconocer que también puede fallar en su

cometido, y que si ha quebrantado lo que a nuestro parecer es insustituible, no deba responder por el afectado, reparando el abuso.

Este Código Penal regiría a partir de 1929 abordando la reparación de la siguiente forma:

ARTÍCULO 311.- Cuando el acusado de oficio sea absuelto por haber comprobado plenamente su inocencia, al resolverse así en la sentencia definitiva que se dicte, se declarará también en ella que tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le hubieren causado, excepto si se trata de delincuentes habituales o reincidentes. Si no hubiere responsabilidad oficial de los jueces o demás funcionarios judiciales, la reparación del daño la cubrirá el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social.

ARTÍCULO 312.- Los magistrados, jueces y demás funcionarios y empleados de la administración de justicia, así como el jefe de los agentes del Ministerio Público y los de la Policía, responderán con sus bienes de la reparación del daño que causen a cualquiera persona con motivo de un delito cometido en el ejercicio de sus cargos; los honorarios o sueldos de dichos funcionarios y empleados responderán también del pago de las responsabilidades a que se refiere este Artículo.

ARTÍCULO 313.- La obligación de pagar el importe de la reparación del daño es preferente, y se cubrirá primero que cualquier otra de las obligaciones personales que se hubieren contraído.

ARTÍCULO 314.- Igual derecho tendrá el procesado absuelto contra el quejoso o contra el que lo denuncie, cuando esa queja o denuncia resulte calumniosa o temeraria.

ARTÍCULO 315.- Lo prevenido en el Artículo que precede, comprende a los funcionarios públicos que, en el desempeño de su cargo, temeraria o calumniosamente, hagan una acusación o denuncia o den aviso de un delito.

ARTÍCULO 316.- Los jueces o cualquier otra autoridad, empleado o funcionario público, estarán obligados a pagar el importe de la reparación del daño que causen:

- I.- Por las detenciones que hagan, mandando aprehender al que no deben;
- II.- Por privar a alguien de su libertad por más tiempo del que la ley permita;
- III.- Por los perjuicios que causen con su impericia o por su morosidad en el despacho de los negocios, y
- IV.- Por cualquiera otro delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, en los términos prescritos por este Código y por la Ley de Responsabilidades respectiva.³⁷

Dicha normatividad fincaba responsabilidad a los empleados estatales, hecho que nos parece fue el motivo de su fracaso, porque precisamente se debe dejar claramente establecido que para el funcionamiento de una reparación no puede dejarse en manos de los propios servidores públicos, sino que lo óptimo sería contar con el establecimiento de un fondo Estatal que haga frente a dicha circunstancia.

Por otra parte, contamos con otro antecedente en el Proyecto de Código Penal del Estado de Veracruz de 1979.

Este proyecto elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), fue elaborado para el Estado de Veracruz, y en lo relativo a la reparación estatal establece lo siguiente:

Reparación por parte del Estado.- El proceso puede culminar tanto en la condena como en la absolución del imputado, o en la declaración judicial, equiparable a la sentencia absolutoria, de que no ha existido el delito que se imputó o de que en él no ha participado en reo. En estos últimos casos, se ha incurrido, en el fondo en un error por parte de la administración de justicia entendida en sentido amplio, que ha traído consigo daños y molestias, a veces muy graves, a quien se vio sometido a persecución penal. Resulta a todas luces injusto como ha sido abundantemente reconocido por la doctrina

y por diversos instrumentos normativos que en estos casos el Estado se limite a la liberación física o procesal del encausado y que éste corra con todas las consecuencias que en su perjuicio produjo el proceso, o más severamente, la privación cautelar de la libertad.

Tomando en cuenta estas consideraciones de estricta justicia, el proyecto introduce en un capítulo especial la institución de la reparación del daño que el Estado causa a un inculpado que a la postre resulta inocente. Desde luego, se pretende la satisfacción moral de dicho daño mediante la publicación de los puntos resolutorios de la sentencia o del auto de sobreseimiento que posee los mismos efectos de una sentencia absolutoria. Además, se abre la puerta para que el juzgador, discrecionalmente condene al Estado por daños morales y materiales, para cuya cuantificación podrá aquél guiarse por el salario que rige en la zona donde reside el reo o en la que hubiese cometido el ilícito. Esta última prevención constituye sólo una guía indicativa para el juez, sin que deba vincular a ella necesariamente, sus decisiones.

A efecto de no hacer nugatoria esta posibilidad de reparación a cargo del Estado, se ha dispuesto también que éste adoptará en su régimen presupuestal, las medidas pertinentes para su debido cumplimiento.³⁸

Nosotros consideramos que en lugar de que el juez condene al Estado, sea el propio Estado quien tenga previsto un organismo del Ejecutivo atento a brindar inmediata asistencia al damnificado. Esto no debe quedar al arbitrio judicial, pues al haber emitido el veredicto absolutorio, o la declarativa de inocencia, externa su postura con relación a su función juzgadora, aunado a que si la asistencia es inmediata, y manejada por una institución dependiente del Ejecutivo, se evitarían intimidaciones de carácter político, circunscribiendo los juzgadores a emitir su sentencia o auto de sobreseimiento, mismos que una vez que hayan causado estado, se pondría en marcha el sistema estatal creado para asistir a la víctima.

En este orden de ideas el proyecto aborda el reconocimiento de inocencia:

Es posible que, una vez dictada sentencia que ha adquirido firmeza, se advierta la inocencia del ejecutado con respecto al delito por el que se le

procesó. Se trata de una de las más importantes proyecciones del error judicial. Para esta hipótesis el Código Penal del Distrito habla de la pertinencia del "indulto necesario", con lo cual equipara, al menos en la designación, a un acto de gracia con otro de estricta justicia, lo cual es técnicamente inaceptable. Rectifica esta situación el proyecto, como lo hace ya la legislación vigente en Veracruz, al sostener una más adecuada designación para el Instituto: Reconocimiento de la inocencia del sentenciado.

Al hablar de inocencia se alude, claro está, sólo a los casos en que fehacientemente se acredite que no existió el delito imputado o que éste no fue cometido por el reo. No se trata en este supuesto, pues de abrir la puerta para una sistemática revisión de las sentencias, con amparo en la real o supuesta existencia de cualquier excluyente de incriminación, asunto que en todo caso debió ser conocido y resuelto por la autoridad judicial al través del proceso.

Por otra parte, en el proyecto se precisa el efecto que dicho reconocimiento produce sobre la sentencia, consistente en la anulación de la misma y, por ello, en la extinción de las sanciones impuesta y de todos sus efectos.³⁹

En el Distrito Federal se encuentra actualmente plenamente diferenciado el indulto y el reconocimiento de inocencia. Lo que no se establece es precisamente el tema de esta tesis, que es la reparación, por la que proceda el otorgamiento de un resarcimiento integral a la víctima del error judicial, creándose para tal efecto un fondo estatal que prevea esta situación y proporcione asistencia integral al indebidamente privado de su libertad. Debe hacerse hincapié que la dignidad y la salud tanto física como mental, no pueden ser compensadas exclusivamente mediante una suma de dinero. Debe tomarse en consideración que posiblemente una terapia de apoyo, que permita reincorporar al individuo a la sociedad reivindicando su prestigio en todos los ámbitos, puede ser de mayor utilidad que la mera cantidad en numerario, que nunca compensará la estancia en prisión. Con esta medida se aseguraría la legalidad y seguridad jurídica imperante en todo

Estado de derecho, misma que garantizaría la debida atención a la víctima del error Estatal, dando como resultado un sistema jurídico más justo, más equitativo, más proporcionado y más humano.

La propuesta para estructurar el fondo de reparación a las víctimas de los errores judiciales se fundamenta en ordenamientos de algunos progresistas Estados de la República Mexicana, los cuales se han preocupado de manera concreta por la asistencia a la víctima del delito,⁴⁰ que aplicada (a contrario sensu), sería adaptable para la integración del fondo que repare a la víctima de los errores Estatales.

La recolección de los siguientes fondos para su debida integración podría consistir principalmente de:

- 1) las cantidades de las multas impuestas por el poder judicial;
- 2) las cantidades que el Estado recabe por concepto de cauciones que se hagan efectivas en los casos de incumplimiento;
- 3) un porcentaje de la utilidad líquida anual de cada una de las actividades lucrativas existentes en los Centros de Readaptación Social (CERESOS).

Dicho fondo sería motivo de estudios actuariales que permitieran prever las posibilidades de su estructuración en el ámbito nacional.

CAPÍTULO SEGUNDO

II. ASPECTOS RELATIVOS A LA UBICACIÓN DE LA VÍCTIMA FRENTE AL ÁMBITO ESTATAL.

No se puede hablar de un sistema integral de justicia ahí donde el Estado deja sin reparación un sacrificio individual injusto.⁴¹

1. Generalidades sobre la victimología.

El término Victimología fue acuñado por Mendelson, quien lo consideró en dos vertientes; la primera, en su significado tradicional, señalando que el hombre o animal sacrificado a una deidad, como ofrenda a un poder sobrenatural se considera como la víctima tradicional; la segunda, que es la que aquí estudiaremos, la de la Criminología y Ciencias Afines, es la que considera a la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo o propiedad, intereses o bienes, como consecuencia de detención o prisión indebida, con la consecuente figura del proceso penal, el error judicial y el abuso del poder que se relacionan y se complementan uno con el otro. A este respecto, se ha señalado que: "La Victimología ha centrado sus estudios sobre los tipos de víctimas, su participación en el hecho, su mayor o menor voluntariedad, su responsabilidad, la necesidad de compensación, tratamiento, la realización victimario-víctima. La víctima sufre física, psicológica y socialmente a consecuencia de la agresión. El sufrimiento es causado por la conducta violenta a que fue sometida por otra persona".⁴²

Buscando entre las definiciones el significado de la palabra víctima encontramos que se inclina a que se le asocie con un sentido de práctica sacerdotal, en virtud de que en la Antigüedad era práctica común el sacrificio de animales e incluso personas.

En el Gran Diccionario de Sinónimos,⁴³ señala que víctima es sinónimo de: herido, dañado, perjudicado, lesionado, contuso, descalabrado, mutilado, lisiado, muerto, infecto, cadáver, occiso, difunto, baja; mártir, sacrificado, inmolado, torturado, atormentado, caído, aureolado, venerado.

Por otro lado, se dice que víctima es la persona o animal sacrificado; Fig. Persona que se expone a un grave riesgo; Fig. Persona que padece por culpa ajena.⁴⁴

Asimismo el Diccionario de Derecho Usual, también hace referencia al significado antes descrito, coincidiendo en que se trata de la persona que sufre violencia injusta en sí misma o en sus derechos; es decir el sujeto pasivo del delito y de la persecución indebida.⁴⁵ Es precisamente la persecución indebida y no el enfoque del delito el que persigue el tema que nos ocupa, sin embargo, de manera convencional se acerca al concepto tradicional de ofendido o sujeto pasivo del delito pero difiere del de víctima, dado que el primero requiere la conducta u omisión que es sancionada por las leyes, en contraposición al de víctima puesto que la lesión puede provenir de un acto de autoridad, que se manifiesta por un abuso o error en el funcionamiento de la procuración o impartición de justicia, y no necesariamente encuadra dentro de la comisión de una figura delictiva, o tipo penal.

Respecto a las concepciones doctrinales se ha establecido que víctima para Jiménez de Asúa "es la persona que sucumbe la que sufre las consecuencias de un acto, de un hecho o de un accidente".⁴⁶

Asimismo Von Henting, establece que víctima "Es la persona lesionada objetivamente en un bien jurídico protegido y que siente subjetivamente esta lesión con disgusto o dolor".⁴⁷ Por otro lado el término de ofendido lo define Rocco como "la persona que resulta ofendida directa e inmediatamente por el delito".⁴⁸

De lo anterior, podemos válidamente establecer que entre los conceptos de ofendido y víctima existe una estrecha relación, sin embargo es preciso diferenciarlos en el sentido de que si bien es cierto en ambos existe una lesión, para el ofendido resulta indispensable que provenga del delito, en tanto que para el concepto de víctima puede provenir el acto u omisión de hechos constitutivos o no de delito, siendo el caso que nos ocupa que se origine del abuso o error estatal, contra los intereses del gobernado, violando de esta manera los derechos constitucionales que le protegen.

Se trata, por consiguiente, de reconocer un derecho para la víctima que ha sufrido violaciones en su persona. Un derecho a obtener reparación cuando ha sido indebidamente violentada y privada de su libertad por abuso o error del poder estatal. Los documentos internacionales que hemos presentado en el capítulo anterior consignan el derecho a ser protegido contra daños resultantes derivados de la Procuración y Administración de Justicia. Por ello, es importante que exista una plena y correcta determinación y ubicación de la víctima desde el punto de vista del ámbito jurídico.

The United Nations Declaration on Victims: (The Scope of Coverage, International Protection of Victims), se refiere a esta falta de especificación de la siguiente manera: "Por su parte la categoría relacionada con el abuso del poder incluye los casos de conductas que causan daño físico, psicológico o financiero, tan severo como el que produce la delincuencia convencional, pero no ha sido universalmente penalizada la resultante de estas conductas señaladas como "victimidad de status", simplemente por una consideración sobre la modalidad de la aplicación."49

Se ha sostenido,50 por otra parte, que "fue el abuso inmoral del poder, el que inspiró el reconocimiento de la víctima" y fue la reglamentación internacional protectora de los derechos humanos la que destacó las conductas que no encuadraban en violaciones al Derecho Penal Nacional, pero sí dentro de las normas internacionalmente reconocidas. A esta normatividad nos referiremos más adelante.

En este orden de ideas como mero marco conceptual, es pertinente hacer algunas referencias a los conceptos de ofendido y víctima, dada la estrecha relación que guardan los mismos.

Para poder identificar al ofendido y a la víctima pasemos a desglosar los elementos que constituyen a ambos, de los que podemos desprender los siguientes:

a). En lo que toca al ofendido debe existir un bien jurídicamente protegido, siguiendo a Vela Treviño, podemos decir que el ordenamiento jurídico está constituido por normas en sentido impropio, además de las normas de cultura que dan su exacto contenido a la ley escrita, y estas últimas surgen como consecuencia de una valoración realizada respecto de aquellas cosas, instituciones

o simplemente principios éticos que son imprescindibles para que la sociedad siga su normal desenvolvimiento. Las normas tienen, como objetivo final, la protección de la cultura social y posibilitan o favorecen el desarrollo del conjunto de los bienes culturales considerados preponderantes, mismos que son motivo de un especial valoración por parte del Estado, a través de los legisladores, quienes tomando como medio al derecho penal crean los tipos penales que, al mismo tiempo que protegen a esos bienes superiores, son los indicadores de la forma que debe revestir la conducta para la mejor conservación de ellos.⁵¹

Para Max E. Mayer, las normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés, de donde resulta que es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.⁵²

Por lo antes mencionado podemos establecer que esas normas de cultura que le dan su contenido a la norma jurídica, hace que éstas contengan distintos bienes e intereses jurídicos que se presentan agrupados según el titular a quien pertenezcan o según el vínculo de las afinidades o del destino común, lo anterior de acuerdo con el maestro Eugenio Florián.⁵³

Por otro lado, refiriéndonos a la víctima, las garantías individuales consagradas en nuestra Constitución, tutelan entre otras la libertad del individuo. La palabra garantía, significa la acción de proteger, asegurar, defender o salvaguardar, dando la idea de la relación existente entre gobernados y gobernantes. Para el maestro Ignacio Burgoa "las Garantías Individuales que como mejor denominación deben llamarse [Garantías del Gobernado], denotan esencialmente el principio de Seguridad Jurídica, inherente a todo régimen democrático"⁵⁴

Otros autores⁵⁵ consideran que todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de los derechos se llama garantía aun cuando no sea de las individuales, de forma tal, que el principio de legalidad, el de responsabilidad de los servidores públicos, son garantías jurídicas establecidas en beneficio de los gobernados.

En nuestro concepto la palabra garantía en derecho público es la que se circunscribe al ámbito de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Resultando claro que la garantía protege el derecho de un ente jurídico sometido a una relación con el Estado, y que es este ente quien desempeña el papel de gobernado en la relación.

Las garantías conforman una relación constante que por un lado tiene al Estado en general y en particular a cada uno de sus órganos gubernativos, y por otro lado se encuentran todas y cada una de las personas que están en territorio nacional, que por su sola condición humana son los titulares en dichas garantías; sin embargo, esa relación obliga únicamente a las autoridades, toda vez que les impone en el ejercicio de sus facultades las restricciones que propiamente componen las garantías, en tanto que las personas no necesitan dar ni hacer absolutamente nada para disfrutar plenamente de dichas garantías, desde luego dentro del marco de los respectivos preceptos constitucionales.

En concreto, del encuentro entre la libertad y el poder surge el orden, es cual se expresa a través de la Constitución, misma que manifiesta el acuerdo a que han llegado éstos. En tal virtud algunos pensadores⁵⁶ consideran que el Derecho Constitucional en su parte dogmática radica esencialmente en la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del Estado-Nación, en síntesis el antagonismo entre Poder y Libertad.

En este contexto debemos dejar claro que el enfoque que reviste la garantía constitucional que tutela la libertad del individuo se complementa con el de seguridad jurídica consistente en que su persona, bienes y derechos, no serán objeto de ataques.

En atención a lo establecido por el maestro Rafael Preciado Hernández, "es evidente que para que exista seguridad jurídica es necesaria la presencia de un orden que regule las conductas de los individuos en las sociedades y que ese orden se cumpla"⁵⁷. Sin embargo, se dan en algunas ocasiones abusos o errores en la procuración o administración de justicia, violentando dicha seguridad. Esto hace ver que el criterio racional de la justicia, es necesario para que haya seguridad jurídica efectiva, observándose que si falla o falta el criterio por parte del ordenamiento legislativo se corre el riesgo de que se incurra en la provocación de un daño, originado por error judicial por parte de los órganos gubernamentales encargados de la justicia, que importe una responsabilidad extracontractual por parte del Estado.

b). Continuando con las características del ofendido podemos señalar la existencia de una lesión a ese bien jurídicamente protegido, tomando en cuenta que todo tipo es protector de un interés jurídico y que el derecho penal prohíbe las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos, o que encierran en sí el peligro de dicha lesión, es incuestionable que donde haya afectación de un interés jurídicamente protegido por un tipo, necesariamente habrá en idéntica forma un titular del interés que es el afectado por la conducta típica.

Así como el tipo penal, en que la norma jurídica fue objeto de una valoración de las normas de cultura por parte del legislador y en el cual se han insertado los bienes o intereses jurídicos que en determinado tiempo y lugar la sociedad ha

reclamado su protección, de igual manera y tomando la opinión del maestro Jiménez Huerta,⁵⁸ el concepto de daño y lesión es eminentemente normativo, esto es, oriundo de una valoración en donde naturalísticamente hablando, el daño no existe.

En este sentido entenderemos por lesión para los efectos de la antijuridicidad, la desprotección que se causa a un interés jurídicamente tutelado por un tipo, como consecuencia de una conducta, siguiendo así con lo expuesto por Vela Treviño.⁵⁹

La lesión, de tal modo, tiene que significarse en función de la norma especial en que haya de valorarse o desvalorarse en cada caso, por parte del juzgador, la determinada conducta que sea motivo del enjuiciamiento, pero siempre atendiendo a la idea de la desproporción que la conducta causa a un determinado interés jurídicamente tutelado.⁶⁰ De esta manera, la lesión u ofensa solamente surge en aquellos casos en que la conducta típica es contraria a los valores culturales que el orden jurídico general ha reconocido.

Por lo que toca a el Daño impuesto a la víctima del abuso, podemos decir que el daño alude al detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio, alterando afecciones íntimas, reputación, honor.⁶¹

En tanto que por reparación se entiende el acto de "componer enderezar, enmendar un menoscabo, remediar, desagraviar o satisfacer al ofendido."⁶²

En este sentido el Artículo 1916 del Código Civil define al daño moral de la manera siguiente:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada,

configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.⁶³

El daño moral a través de la historia ha suscitado polémicas, en la doctrina existen argumentos en favor y en contra. Uno de los autores que se ha opuesto a su reconocimiento jurídico es Sagviny, quien ha esgrimido que el daño moral por esencia no puede ser compensado económicamente, ni tampoco hay medida alguna para traducir aquel daño a magnitudes monetarias.

Hay sin embargo pensadores con distinta óptica del asunto, con los que coincidimos plenamente, externando su postura de la siguiente manera. Para los jurisconsultos Mazeaud y Tunc:

...aun cuando el dinero sea en este supuesto un factor muy inadecuado de reparación, la reparación de la lesión moral por la concesión del abono de daños y perjuicios no es imposible sin embargo, al menos en cierta medida. No es dudoso en algunos casos: por ejemplo, el sufrimiento físico soportado puede encontrar una compensación, a veces generosa, en un viaje o mediante distracciones que se procure a la víctima con la ayuda de la suma que le abona el autor del daño. Ciertamente, no todos los sufrimientos morales son tan sencillos de compensar. Se vacila, por ejemplo, en declarar que el dinero está en condiciones de procurar satisfacciones equivalentes al dolor moral de un padre que ha perdido a su hijo; muchos son los que descubren en eso algo "chocante", incluso "repugnante". Sin embargo, hay que reconocer que el dinero no sólo facilita un enriquecimiento intelectual o artístico, sino que le da a quien lo recibe la posibilidad de aliviar por sí mismo muchos sufrimientos. Por lo tanto, no es chocante permitirle a un padre o a una madre que hayan perdido a su hijo encontrar al menos una atenuación a su pena en el consuelo que llevarán a niños desventurados. Concederles esta posibilidad es desde luego "reparar" el daño, al menos en cierta medida.⁶⁴

Aun cuando estos últimos autores coinciden en la reparación del daño, se refieren al dolor que pueden padecer en torno a la pérdida de un vástago, sin embargo, el hecho de encontrarse privado de la libertad de manera indebida, da

origen a una reparación similar, pero en este caso a cargo del Estado, punto que abordaremos más adelante.

Por su lado la Enciclopedia Jurídica Omeba, establece que :

Producir un daño es acto contrario al Derecho objetivo, considerado en su **totalidad**, pues éste protege la integridad de las personas, sea en su aspecto **físico, espiritual** y moral, como también a los bienes que complementan su **personalidad** (patrimonio stricto sensu).

El Derecho positivo contiene reglas que trazan a la conducta humana un **hacer o no hacer** ciertos actos, de manera que toda manifestación positiva o **negativa** que sea contraria a sus mandatos o prohibiciones, necesaria y consecuentemente le señala una sanción.

Claro que, de estos actos, no todos tienen el elemento ilícito, ni todos tampoco producen daño, pues hay **ilicitud sin daño** como hay **daño reparable sin ilicitud**.⁶⁵

En este sentido claro está que el Estado con una detención o prisión preventiva, no incurre en ilícito alguno, sin embargo, como dice el último párrafo referente al **daño**, existe éste sin que necesariamente sea ilícito, pero si hay posibilidad de estructurar una reparación a la víctima que a la postre, es declarada **absuelta**, o bien, es reconocida su inocencia.

Más adelante encontramos que en la misma enciclopedia antes citada se establece que la víctima:

De hecho, por ser tal, es la parte económicamente más débil. Porque debe advertirse que no se trata, por ejemplo, del problema de la inversión de la prueba donde el supuesto puede funcionar con un elevado sentido de justicia, ya que a la víctima se le supone afectada y en inferioridad de condiciones, si se trata de lesiones corporales en grado superior, al autor del daño, en la mayoría de los casos, y ha de facilitársele el camino de la reparación. Pero aquí la situación es distinta, y tanto uno como otro deben ser colocados en un plano de absoluta igualdad, para que el sentido de justicia recobre la plenitud,

no menoscabándose al consagrarse la desigualdad por razones técnicas, pues, como dice muy bien Orgaz, no sería sino "supuestas razones técnicas, porque cuando la técnica lleva a una desigualdad injustificada, este resultado demuestra por sí sólo que esa técnica no es buena y debe ser revisada". Se argumenta que en caso de disminución se estaría frente a un error, por lo que a toda pretensión de revisión por disminución podría oponerse la *eseptio res judicata*.

Lo que es evidente es que admitida la revisión, el sentido de justicia se verifica en una justa reparación, no puede ahogarse quebrándose su recta aplicación, y los principios sobre los cuales se articula normativamente haciéndose posible; ya que aflora una desigualdad manifiesta e injustificable, al negársela por disminución.⁶⁶

Lo anterior se establece en tanto proceda la revisión, haciéndose evidente el aumento del daño por reclusión injustificada.

Por último el delito para el ofendido, y el error judicial para la víctima de los órganos estatales de procuración y administración de justicia, que ha sido detenida o encarcelada, apareciendo pruebas posteriores que demuestran indudablemente su inocencia.

c). Por lo que toca al ofendido, la existencia de delito, se considera lo más relevante, ya que, tomando en cuenta que todo delito afecta un interés jurídicamente protegido, siendo inconcebible que la conducta delictuosa no altere el orden jurídico preexistente.

En tanto que el error judicial también afecta a un interés jurídicamente protegido que es la libertad y la seguridad del gobernado, siendo inexplicable que el proceder abusivo o erróneo, no sea reparado ya que trastorna la seguridad jurídica de los administrados, vulnerando evidentemente sus derechos humanos.

Por lo que toca a la víctima, nos encontramos frente a los denominados errores judiciales, como responsabilidad estatal o abuso en el ejercicio de la administración y procuración de justicia, cuando en el orden penal se mantiene en prisión y castiga, como autor de un delito, a quien no se ha determinado que lo hubiera cometido, pero más grave aun es el hecho de que una vez establecida la verdad legal se demuestra que indudablemente existen probanzas irrefutables que acreditan la plena inocencia del recluso, haciéndose imperiosa la necesidad de reparar al absuelto. Máxime al condenado inocente.

De acuerdo a los antecedentes históricos existen tres etapas en el desarrollo del denominado error judicial, la primera de ellas se caracteriza porque el Estado estaba identificado con la persona del príncipe, y no era un reconocimiento propiamente de inocencia el que concedía el Príncipe, sino era un acto meramente gracioso, mismo que no se encontraba regulado en un ordenamiento legal, y aquellos que eran condenados injustamente, se les concedía la gracia en base a los reclamos populares.

La segunda etapa se caracteriza por el concepto de soberanía que elimina la identificación entre la persona del monarca y el Estado, por lo que debido a esta corriente se concretan normas que incipientemente comienzan a amparar a los particulares.

La tercer y última etapa se basa en el principio de la soberanía popular, en el que se consagran las garantías individuales, entre las que aparece el derecho a la reparación a cargo del Estado de los errores judiciales.⁶⁷

Lo anterior obedece a que en diversas naciones desarrolladas se ha luchado por el establecimiento en la legislación, de dicho derecho que de no contemplarse, la sociedad civil se ve profundamente perjudicada al no contar con mecanismos

que finquen una responsabilidad del Estado, y hagan viable el otorgamiento de una reparación al injustamente encarcelado.

La responsabilidad del Estado producida en el funcionamiento de los servicios de la administración de justicia, deben integrarse a el denominado Estado de Derecho, dando pleno sentido a la supremacía del Derecho en la estructuración política y social de la sociedad civil.

Retomando lo establecido anteriormente, referente a la seguridad pública debemos insistir que el derecho estructura el actuar de las denominadas "personas morales", sobre el fundamento del principio de respeto a las garantías, así como del principio de legalidad y de juridicidad, mismo que comprende no sólo el actuar de las personas individuales sino también de las personas morales que incluyen obviamente al Estado.

Partiendo de la base de que toda persona física es un ente racional y libre "razón que guía a una voluntad libre", dicha libertad lo conduce al Derecho y en el momento que causa un daño o perjuicio a otra, es obligación en tanto miembro de la colectividad no dañar a su prójimo, pero si esto llega a ocurrir tendrá que necesariamente sufrir la sanción de reparar el quebranto que provocó a otro, lo anterior en la medida que haya habido un cuántum de participación, esto es intención (dolo), preterintención (culpa) o simplemente negligencia, descuido o torpeza en el actuar. Diferente es la ubicación de las personas morales que aun cuando desde luego, siguen el principio de no dañar a otro puede llegar a suceder esto, estando incluido el propio Estado, pero con la característica de que agrupa a la sociedad en su conjunto y esa agrupación tiene como objetivo fundamental el promover el bien común de los miembros que integran toda la comunidad.

El Estado a través de la actuación de sus órganos en forma y en el ámbito competencial que el Derecho ha establecido, ejerce funciones de persecución e impartición de justicia bajo los extremos ya sea de materia, grado, lugar y tiempo, mismos que persiguen un objetivo directa o indirectamente relativo al interés colectivo o bien común. Es precisamente en este punto donde la responsabilidad no surge como castigo o sanción a un culpable que subjetivamente tuvo la intención de inferir daño a otro, o incurrió en una torpeza en su actuar, pues no se trata de una responsabilidad de un servidor público, sino de la "persona Estado", a quien se le señala frente a terceros, por la actuación de sus órganos. La responsabilidad surge en ese momento por la alteración desequilibrada de la legalidad (juridicidad) que mueve a la persona moral, y de una violación al orden jurídico dañoso para un tercero, tercero que no se encuentra jurídicamente obligado a soportar el daño provocado por la acción u omisión perjudicial del Estado en el ejercicio de dichas actividades.

Por lo anterior nos permitimos afirmar que la víctima del daño es la principal afectada por el ejercicio de la actividad gubernamental, en lo que puede denominarse la actuación por error judicial, perjudicando las garantías individuales o derechos humanos, debido a la actuación de los órganos del Estado, mismos que generan, debido a la desproporción, responsabilidad por parte de esta persona moral (Estado). En consecuencia, la víctima se encuentra habilitada para no tener que soportar la carga del daño, y por otro lado legitimada para exigir se restauren sus derechos humanos, y pedir cese la vulneración de sus garantías, dando lugar a que surja el derecho de perseguir la restitución de aquello de que ha sido privada, por el daño que la propia administración del Estado impone, ya que son diversos Artículos constitucionales los que protegen al gobernado.⁶⁸

La desproporción que surge en la lógica jurídica se debe a que si se impuso un daño a la víctima por parte del Estado debido a la actividad jurisdiccional de sus órganos, ésta se traduce en una lesión que pudiendo ser involuntaria, significa un detrimento o menoscabo en los intereses del gobernado, modificando su situación jurídica en la esfera de lo que le pertenece como miembro de la sociedad, y dentro de un régimen de derecho.

El derecho implica en sí mismo una relación de igualdad, dicha relación debe ser equilibrada en el intercambio de bienes y servicios entre las personas, la igualdad jurídica es destruida en la medida que una víctima sufre un menoscabo en su persona, una lesión en lo suyo, incluso en las condiciones normales de su existencia, esa lesión provoca un daño que jurídicamente no está obligada a soportar. Y en la medida que no está obligada a soportar el perjuicio, es que la equidad y la prudencia del derecho exige una reparación, y obliga al Estado a restituir ese desequilibrio en la igualdad provocado en la víctima por el daño, imponiéndose la restitución en la situación del gobernado, restitución que se plasma y concreta en la correspondiente indemnización, reparación o resarcimiento.

En virtud de lo anterior proponemos que el concepto de víctima por reclusión sea el siguiente: *la persona que sucumbe y reciente directamente una prisionalización, que puede ser constitutiva de abuso o error estatal sufriendo las consecuencias.* Sin más pretensiones que la de querer hacer una clasificación general de la víctima, y siguiendo los valores de preservación de los bienes sociales que derivan en el interés para el conjunto social, porque sólo conservando éstos se logrará el desarrollo, la armonía y la tranquilidad y la paz en la sociedad podemos decir que existen dos categorías básicas: las que tienen por objeto o bienes e intereses jurídicos que pertenecen al individuo en particular, y

por otro lado los bienes e intereses jurídicos que no son pertenencia individual, sino que se refieren a la sociedad en su conjunto en sus distintos aspectos. Esta distinción, admitida universalmente en su esencia, debe sin embargo, entenderse en sentido relativo, ya que por un lado, la ley reconoce la voluntad del particular en cuanto lo considere parte de todo, esto es, del organismo social, por lo que en el ataque al particular existe siempre la violación de un interés general, y por el otro, es también el particular el que debe participar en el goce de los bienes e intereses jurídicos que se llaman de propiedad social; o es por un lado sujeto de garantías constitucionales, o puede ser la víctima de la misma actuación de los órganos encargados de procurar y administrar justicia, que en los casos cuando reconoce la inocencia de algún recluso deja sin reparar el daño material e inmaterial impuesto al titular directo del derecho humano violado.

En este sentido el Estado, garante del bien común, debe restituir a la víctima en su situación jurídica, toda vez que la preocupación del derecho se fundamenta básicamente en el reparto y distribución de justicia y equidad, misma que hace posible la paz y la convivencia social.

Tomando en consideración las ideas de Vela Treviño en cuanto a que un procedimiento penal termina, justamente cuando respecto de un hecho concreto se conoce la verdad legal, y se sabe, hasta entonces si tal hecho fue delictuoso o sus autores, delinquentes; y de acuerdo con el Artículo .1 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en donde se dice que el objeto de la jurisdicción de los tribunales es, precisamente, aquel hecho que requiere de su clasificación para saber si es o no delictuoso y que pueda erigir en una conclusión silogística la verdad legal y mientras no haya sentencia firme, un hecho no es delictuoso, aunque lo parezca evidentemente, ni su autor o autores son delinquentes, así tampoco podemos hablar de un ofendido, mientras no se

determine la verdad legal al final de un procedimiento, que al través de una sentencia firme, nos indique la existencia de un hecho delictuoso y por lo consiguiente si podemos hablar de una víctima del proceso penal, de reclusión al ser sobreseido o declarado absuelto, o una vez condenado sea reconocida posteriormente su inocencia.

2. Desarrollo histórico.

Al abordar el tema de la victimación de los privados de la libertad, especialmente los presos preventivos, no podemos dejar de remitimos, de manera global y a grandes rasgos, a ciertos antecedentes históricos, entre los que destacamos algunos.

Según Elías Neuman, los antiguos Incas, establecían que el delincuente, antes de ser castigado, se encontraba obligado a pagar los daños a su víctima, acorde con una suma determinada por el gobernante. No se podía sustraer persona alguna a la vigilancia y control, de manera que "...si el victimario no podía pagar personalmente, era su clan familiar el que debía compensar. Si no podían hacerlo, debía pagar la aldea de la cual provenía y en la que vivía y, si aún así la paga fuera imposible, el propio inca extraía la suma del erario de la comunidad. Las disposiciones eran precisas".⁶⁹

Regularmente, no se castigaba al ofensor sino hasta que éste reparara los daños a la víctima. Con esto se pretendía resguardar a la comunidad por el ilícito efectuado.

Otro ejemplo, tomado de otro ámbito, nos muestra a los antiguos germanos que imponían su legislación a los pueblos que vencían. Esta residía en que "los parientes de la víctima tenían la solidaria obligación de vengar la muerte de su

allegado y, obviamente, sustituir la pena de muerte por el 'veregildo' o cobro de una suma de dinero (compositio mortui) que se repartía entre ellos".⁷⁰

Como podemos ver, ya desde la Antigüedad existía la tendencia a compensar a la víctima por el daño infringido. Sin embargo, esta tendencia durmió un largo sueño, hasta hace relativamente poco tiempo en que la Criminología rescata el tema alejándolo de la obscuridad en el que se encontraba sumergida.

En la Antigüedad, la víctima fue el personaje principal en los conflictos que implicaban penas. La compensación se otorgaba en diversas formas, entre la que se encontraba el recibir cierta cantidad de dinero, o cualquier otra clase de satisfacción como bienes materiales. El castigo se fundaba en la venganza privada, no dudándose sobre la justificación de ésta, ni poniéndose en duda el derecho de la víctima a tomar venganza.

Posteriormente, el Estado asume el control y la impartición de la justicia, por lo que se desplaza a la víctima, y se elimina la venganza personal. El soberano pasa a ser el ofendido, quien tomaba para sí la lesión y establece el castigo con ello se da lugar a un avance que consiste en el paso de la venganza privada a la justicia pública.

En la práctica, la venganza privada siempre se veía tentada a la desproporción, producía innumerables excesos, y no había equidad entre ella y el daño infringido. Se dio origen a una ley incipiente, y que podríamos considerar bárbara, la Ley del Talión. Con dicha ley se buscó el equilibrio, tratando de lograr un balance equitativo, entre la víctima y su venganza, pues de otro modo se generaba un interminable efecto de venganzas mutuas que no tenían fin.

La Ley del Tali3n, entonces, surge precisamente para limitar excesos de la venganza y otorgar ciertos derechos b3sicos a los delincuentes. Su finalidad era hacer concordar la lesi3n con la injuria recibida, restringiendo el enorme "derecho a la venganza" que posea la vctima, y con lo cual se introducfa la idea de proporcionalidad, cosa que no se concebfa en aquel entonces. El principio Tale3nico se caracteriza por la leyenda que establecfa: no m3s que un diente por un diente; no m3s que un ojo por un ojo, y asf sucesivamente.

Sin embargo, el problema de la impartici3n de justicia reside en que no siempre se consigue ser equitativos, y es frecuente que se incurra en muchos casos a inclinar la balanza de manera desproporcionada para alguno de los lados. Esta problem3tica no es nueva, pues como nos refiere el profesor Marvin E. Wolfgang, "Hubo muchos estatutos penales que reconocieron la especificidad de la vctima (...) El C3digo de Hammurabi constituye uno de los ejemplos m3s antiguos. Pero debemos recordar que este C3digo no tuvo siempre la proporcionalidad estricta que a menudo se le atribufa (...)"⁷¹

No obstante lo anterior, se menciona que "El C3digo de Hammurabi (1728-1686 A.C.), en sus secciones 22-24, especifica que : "Si un hombre ha cometido un robo y es atrapado, tal hombre ha de morir; si el ladr3n no es atrapado, la vctima del robo debe formalmente declarar lo que perdi3 (...) y la Ciudad (...) debe reembolsarle lo que haya perdido. Si la vctima pierde la vida, la Ciudad o el Alcalde debe pagar un "maneh" de plata a su pariente".⁷²

Como podemos ver, ya desde la Antigüedad, era clara la tendencia a la compensaci3n por parte del responsable que realizaba alguna actividad que dañaba a otro; tambi3n lo es que la sociedad en su conjunto asume dicha responsabilidad, vfa sus representantes, cuando se torna imposible ubicar al autor

de la conducta nociva para la sociedad. Lo importante es que la víctima no era abandonada.

Por lo que hace a la desproporción, el profesor Wolfgan cita algunos ejemplos en los que se toma en consideración la clase social, misma que determinará la gradación en la imposición de penas. Refiere que "si un noble destruía un ojo a otro noble, su propio ojo debería ser destruido también(...) Pero si la víctima no era un noble, el castigo sería una multa(...) Si un noble pegaba en la cara a un noble de rango superior, recibía 60 latigazos con un azote hecho de una cola de buey(...) Pero si un esclavo pegaba a un noble, le cortaban una oreja, o si un hijo pegaba a su padre, le cortaban una mano."73

En relación a la desproporción que se suscitaba para con los esclavos en las colonias americanas, el mismo Wolfgan nos muestra varios ejemplos significativos, entre los que son representativos los siguientes:

(...) si algún negro alza la mano contra algún cristiano, recibe 30 latigazos, y si se ausenta o se escapa de la casa de su amo y se resiste a ser detenido por las autoridades, puede ser matado...

(...) si algún esclavo le opone resistencia a su dueño... y por aplicarle las medidas extremas de corrección, se muere por casualidad, su muerte no contará como crimen, y el amo u otra persona que éste haya designado para poner en práctica el castigo no será importunada, ya que no se puede suponer que la inclinación a cometer un acto delictivo (que por sí sola se considera un crimen) inducirá a alguien a destruir su propia fortuna.

Estos abusos eran práctica común en aquel tiempo. Un ejemplo más muestra esa desproporción:

(...) si una persona cortaba deliberadamente la lengua, sacaba el ojo, castraba, quemaba o privaba cruelmente a algún esclavo de un miembro, inflingía algún otro castigo cruel que no sea azotar o pegar con un látigo para caballos, una fusta hecha de piel de vaca o un palo pequeño, o ponía grillos,

o confinaba o encarcelaba a un esclavo, todas estas personas tenían que pagar por haber cometido estos delitos, una multa de 10 libras esterlinas.⁷⁴

El autor que venimos citando comenta que el presidente de los Estados Unidos, Thomas Jefferson, sabedor de la desproporción y exceso manifiesto en la imposición de tales penas, y siendo conocedor de la obra del famoso Marqués de Beccaria, propuso una igualdad para todos en lo referente a la justicia, dejando testimonio de esto en la siguiente legislación:

Quienquiera que mutile o desfigure a otra persona a propósito y con premeditación cortándole o lisiándole la lengua, partiéndole o cortándole la nariz u oreja, marcándole con hierro candente o provocándole otro tipo de perjuicio, será mutilado o desfigurado de la misma manera, o, si esto no puede suceder por falta de la parte respectiva, entonces el castigo se aplicará en la parte más cercana del cuerpo que tenga por lo menos el mismo valor y estimación a juicio del jurado, y además se le confiscará una mitad de sus tierras y bienes, a favor de la víctima.⁷⁵

Aun cuando lo anterior suene desconcertante y bárbaro, su intención consistía en lograr proporcionalidad y equidad, así como conseguir una compensación justa por el abuso infringido.

Existe otro dato curioso en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica referente a la esclavitud y el Derecho Penal que pone de manifiesto que la esclavitud, aún en 1865, de acuerdo a la Decimotercera Enmienda, existe no de derecho pero sí de hecho, al preceptuar lo siguiente:

Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria excepto como castigo por un delito del que el individuo haya sido debidamente condenado, existirán dentro de los EE.UU. o en algún otro lugar sujeto a su jurisdicción.

Lo anterior nos permite hacer notar que si bien la tendencia a castigar se imponía en respuesta a algún ilícito, y la retribución o la venganza pública deja

atrás la privada, la desproporción que caracterizaba a la Ley del Talión continúa sin embargo, aunque matizada por atender básicamente al estatus o clase social.

Se ha dicho que la "pareja delincuente" se encuentra en una relación armónica, existiendo en contraposición, la denominada delincuente víctima, a la cual se le denomina "pareja penal". En la pareja penal, hayamos delimitados los sujetos que la forman: por un lado el sujeto activo del delito, por el otro al sujeto pasivo, a quien la concepción tradicional concibe como la persona titular del derecho o bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito.

Continuando con la pareja penal, encontramos que en el desarrollo del derecho penal, desde César Beccaria, quien en el año de 1764 al publicar su libro "De los delitos y las penas", lucha por el principio de legalidad en materia penal, el "Nullum poena sine lege", y asimismo en aquella ciencia sintética, causal, explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales que es la criminología,⁷⁶ al sujeto activo del delito, el delincuente, quien ha sido objeto de estudio y de atención de numerosos tratadistas.

Pero en cuanto a la otra parte de la pareja penal, el sujeto pasivo, o víctima, ha sido olvidado, y la causa tal vez sea, adhiriéndonos a la opinión del Doctor Luis Rodríguez Manzanera, a que quizá en todo caso la mayoría de la gente se identifica con el delincuente y no con la víctima, pues el criminal es un sujeto que realiza conductas que nosotros quisiéramos ejecutar pero que no nos atrevemos; con la víctima nadie se identifica, nadie desea ser robado, lesionado, encarcelado etc.

De esta manera, la víctima puede ser el sujeto pasivo del delito, o del error o abuso estatal y parte de la pareja penal. La criminología ha llegado a clasificar a las víctimas como un factor determinante en el delito, sin embargo no hay que

perder de vista que aun cuando no se cometa un delito puede haber victimación por parte del Estado o de sus representantes.

Posteriormente, los principios fundamentales del Derecho van a preceptuar constitucionalmente la igualdad, la seguridad, la legalidad de todos los hombres frente a la ley. No obstante, existían todavía ciertos cotos de poder que no habían sido afectados ni alcanzados por la legislación sino hasta hace relativamente poco tiempo.

Para la mala fortuna de la población civil, algunos de los grupos abusivos pertenecen a la Administración Pública, desplegando conductas que dañan seriamente los derechos del hombre. La Legislación Internacional, al igual que la nacional en ciertos casos, contempla en sus respectivos ordenamientos medidas protectoras tendientes a hacer efectivo el respeto por la dignidad de todo individuo. Pero dicha legislación tiene que ser cada vez más efectiva con respecto al sector poblacional que por determinadas razones, ya sea por abuso, o por mero error, ha sido privado de su libertad y ha tenido que enfrentar proceso penal, víctimas que ulteriormente son declaradas absueltas por sentencia firme.

Lo anterior es genérico, pero aplicable desde luego cualquier medio procesal que de manera firme declare la libertad del prisionalizado, excluyéndolo de toda responsabilidad penal, motivo por el que se encontraba privado de su libertad. (Recursos en instancia superior, procedencia y otorgamiento de Amparo, el caso del error en la consignación, el sobreseimiento, entre otros).

Consideramos que la mera devolución de la libertad una vez rectificado el error o establecido el abuso, que desde luego es fundamental, no es suficiente, tomando en cuenta la escala de valores y derechos que agravio, los diversos ámbitos de afectación, y los grados de gravedad del perjuicio.

La severidad de la medida cautelar, detención o prisión preventiva (castigo), debe ser reparada de manera proporcional a los valores y derechos que perjudicó; la severidad en la imposición de medida de seguridad debe encontrar su contrapeso equitativo y proporcional por la gravedad que implica, y los bienes que afecta.

No podemos dejar de enfatizar a lo largo de esta tesis que los efectos perjudiciales y destructivos sobre la vida consciente e inconsciente de las víctimas y sus familiares, debidos a los abusos o errores impuestos por la Administración Pública, son demasiado considerables para no ofrecerles una ayuda compensatoria.

3. Investigaciones de Amnistía Internacional en Relación al caso de México.

La preocupación por la afirmación y el respeto de la libertad provisional frente al poder, ha sido una constante en el devenir histórico de la Humanidad. En los últimos tiempos ha cobrado gran importancia el problema de la protección de los derechos humanos y, por consiguiente, el de la protección de la libertad y seguridad personales contra detenciones ilegales o arbitrarias. La tutela y protección de estos derechos se encuentra regulada internacionalmente y es vigente en varios países.

Sin embargo, en nuestro país no se encuentra legalmente contemplada dicha protección, y ello provoca el desamparo de aquel sector poblacional que ha sido victimizado por un abuso o error estatal. En cierto sentido, dicho sector no es ni considerado digno de la más modesta disculpa por parte de la Administración Pública. Lo anterior es posible observarlo en la práctica, y aunque es cierto que los errores se cometen esporádicamente, no dejan ni pueden dejar de ocurrir, y cuando esto sucede el daño resulta desproporcionado e irreparable.

El brindar ayuda al damnificado por esta desgracia contribuiría en gran medida a humanizar y hacer más equitativa la impartición de justicia en México que, en opinión de algunos organismos internacionales defensores de los derechos humanos, se hace urgente y necesario.

Tal es el caso de Amnistía Internacional, que acorde con la Campaña Mundial para la Protección de los Derechos Humanos, señala algunas situaciones que han sido significativas en México respecto a las personas que han padecido los efectos victimizadores por abusos o errores por parte del Estado, en especial la privación de la libertad y la sistemática e interminable violación de derechos fundamentales.

Han sido muchas las veces que en nuestro país la victimación se lleva a cabo bajo la custodia oficial, haciendo nulos los principios de igualdad, legalidad y seguridad, ignorando, además, los postulados de respeto a la dignidad de todo ser humano, propiciando la detención arbitraria, incluso la práctica de la tortura.

En mayo de 1991, Amnistía Internacional redactó un informe que señalaba a los sectores sociales más desfavorecidos como aquellos sobre los cuales recaen primordialmente los abusos estatales. En especial se refería al uso de la tortura y no consideraba como únicos a los sectores mencionados.

En el citado informe ⁷⁷ se hace referencia a una serie de casos en los que las víctimas fueron detenidas arbitrariamente y torturadas, señalando nombres, fechas y circunstancias de la victimación. Asimismo se informa de los intentos que los familiares de las víctimas hicieron por obtener reparación o indemnización, los cuales, a pesar de ser manifiesta la violación de los derechos fundamentales, han fracasado invariablemente.

Es importante notar que regularmente los únicos conductos de que disponen las víctimas privadas de la libertad para obtener asistencia, es la ayuda de sus familiares. Pero lo más grave, de acuerdo con la información del citado organismo, es que muchos de estos familiares son hostigados con amenazas y, en ocasiones también han sufrido torturas.

El informe también precisa que:

Los principales factores que permiten a los agentes de orden público practiquen la tortura en México son la violación sistemática de las salvaguardias constitucionales, determinados aspectos del sistema de justicia criminal mexicano que facilitan el uso de la tortura, las escasas ocasiones en que se investiga y se procesa a los autores de éstas, y la insuficiencia y pobreza de medios para buscar reparación de que disponen las víctimas y sus familiares.⁷⁸

No podemos ignorar que en la mayoría de los casos una detención o prisionalización arbitraria conlleva el empleo de la tortura como medio para la obtención de determinados fines de los captores. De ahí que sea necesario se formalicen algunas medidas con el fin de subsanar esta laguna jurídica. Ello podría ser un primer paso que contribuiría a poner coto a la impunidad por los abusos del poder, ayudando a una futura legislación sobre la reparación y rehabilitación de la víctima de tal abuso.

Si resulta urgente que se lleve a cabo la profesionalización de la policía judicial, y se establezca el deslinde de responsabilidades, lo es también que como medida complementaria se reconozca el pleno derecho de las víctimas a obtener reparación.

En mayo de 1992, el boletín informativo de Amnistía Internacional refiere que una Delegación que visitó nuestro país se dio a la tarea de investigar los

abusos, incluyendo los impuestos a los presos estableciendo que "La misión confirmó que a pesar de muy limitadas mejoras, las violaciones de derechos humanos -especialmente las detenciones arbitrarias, la tortura y los malos tratos por las fuerzas de seguridad- continúan siendo generalizados, y su blanco frecuente son los miembros de las comunidades indígenas y los sectores menos privilegiados de la sociedad mexicana."⁷⁹

Los abusos de autoridad, aún en gobiernos en donde se encuentra expresamente prohibido atentar en contra de los derechos y garantías fundamentales, no dejan de suscitarse. De aquí que resulte de fundamental importancia que dicho abuso, además de intentar prevenirlo y sancionarlo, sea sobre todo reparado. La prevención y la sanción atienden a los principios retribucionistas o readaptadores. Sin embargo, lo fundamental radica en compensar, indemnizar, asistir y restaurar al damnificado, al oprimido, al sometido, que finalmente representa el verdadero objeto de estudio y protección que genera el objetivo y pensamiento de los Derechos Humanos.

La detención o prisión que por fallas en el ejercicio de la acción persecutoria, o por otras de diversa índole, llegaran a darse, no deben dejar de repararse ni dejar sin atención al inocente. Ya el Decano de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad del Litoral y Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, desde los años treinta, comentaba que "La misma solidaridad que nace frente al peligro y al delito debe surgir ante la inocencia castigada. Sería contradictorio a toda idea de justicia dejar sin reparación al injustamente damnificado. Una justicia así sería una justicia aleatoria, y de nada valdría."⁸⁰

Consideramos pertinente señalar que, de acuerdo con los informes rendidos por la Organización Internacional antes citada, existen evidencias de que en ciertos casos los elementos de la Policía Judicial, junto con otros funcionarios, hacen uso de la violencia, con la finalidad de consignar supuestos autores de ilícitos, a los que se les ha arrancado mediante la tortura confesiones que hacen procedente el internamiento en prisión preventiva.

A este respecto nos señala el Profesor Carrara:

Aquel desdichado que tanto sufrió en la prisión, que soportó tantos daños patrimoniales, y vio blanco de tantos dolores, a su familia inocente por una equivocación de la Policía Judicial o la obstinada alucinación de algún funcionario, ¿no es él una víctima? Y si tal es aquel por obra de los agentes del Estado, ¿no se encuentra el Estado en la obligación moral y jurídica de reparar los daños injustamente causados?...⁸¹

Por otro lado, Santiago Tawil, refiriéndose a la responsabilidad estatal, nos dice que:

... la búsqueda de un equilibrio justo debe ser la meta impostergable del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. Disciplina jurídica nacida de las entrañas del Estado de derecho, debe hacer de éste un Estado responsable y fuerte a la vez. Que ninguna fortaleza ni eficiencia estatal podrán jamás edificarse sobre los despojos de un pueblo cuyos derechos sean impunemente violados⁸²

El proceso de victimación, no sólo afecta al damnificado, sino que extiende sus efectos a los mismos familiares, convirtiéndose en algunos casos en presas del abuso del poder, sin que exista hasta el momento disposición interna que prevea el otorgamiento de algún tipo de reparación o indemnización por la detención o prisión arbitrarias.

No obstante lo anterior, consideramos que el Estado y sus órganos sólo pueden actuar por mandato del Derecho y deben respetar, de manera inalterable, al ser humano, ya que el fin último de la organización política que es el Estado, debe ser el hombre mismo.

Dentro del contexto de protección que el Derecho Internacional brinda a los derechos humanos ha surgido una nueva noción de tutela que amplía día con día sus alcances. Cada vez más surgen grupos que reivindican sus derechos y luchan por la defensa de sus intereses, grupos que tradicionalmente se encontraron desplazados a un segundo término.

Más concretamente, es posible afirmar que debido a los procesos de globalización e integración a que el mundo occidental se encuentra sometido, la tendencia apunta a la universalidad del reconocimiento y el respeto efectivo de estos derechos, para todos, sin distinción de ninguna especie y sea cual fuera el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el individuo.

CAPÍTULO TERCERO

III. **NORMATIVIDAD INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A SER REPARADO POR RECLUSIÓN INJUSTA.**

1. Normatividad Internacional.

Desde 1973 han tenido verificativo diversos Simposia Internacionales sobre Victimología, en los que se dieron a conocer los derechos de la víctima, obligando a los Estados miembros a reconocer sin reservas estos derechos de las víctimas por delitos tradicionales, pero también de aquellos que son los más importantes para los efectos de nuestro estudio, los que representan un abuso del poder político y económico; en dicha declaración se exhorta a tomar medidas que garanticen la protección, la reparación y el daño sufrido a las víctimas.

La Organización de Naciones Unidas ha establecido que por víctima se entiende: "aquellas personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo substancial 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 del poder".⁸³

Cuando se presentó ante el Séptimo Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de Delitos y

Relativos a las Víctimas del Abuso del Poder, se le dividió en dos vertientes: por un lado la que aborda los delitos; por otro, la de los abusos del poder.

Uno de los objetivos principales de la Declaración se centra en la reparación del daño que hayan sufrido la víctima y sus parientes, y señala que además se debe compensar no sólo el daño material sino también el inmaterial, como por ejemplo la pérdida del reconocimiento social.

La Declaración dedica especial atención a la indemnización de las personas que hayan sido víctimas de abusos del poder. Fundamentalmente se señala al Estado y a sus funcionarios que hayan lesionado el Derecho Internacional o los derechos humanos, como responsables por el daño causado; la carga de la prueba de que los funcionarios implicados no han actuado en ejercicio de su función, debe recaer sobre el Estado. Incluso, para una mayor efectividad de la lucha contra acciones prohibidas por el Derecho Internacional, como por ejemplo los delitos de guerra, y de tortura, la Declaración exige a los Estados miembros que se someta a la justicia, sin excepción, a cualquier persona que sea responsable de una acción semejante. El hecho de que tales personas podrían ampararse en que han actuado por "una orden superior", no debe excluir su responsabilidad ni oponerse a su punibilidad.

La estructuración del derecho a recibir indemnización o reparación compensatoria por la prisionalización arbitraria o abusiva, en favor de los ex-internos de prisión preventiva, depende en mucho de la participación y toma de conciencia de la sociedad civil.

En este contexto tiene una significación importante la proscripción de todas las acciones que represente una vulneración de derechos humanos, así como la toma de conciencia de la sociedad civil sobre los riesgos que supone ser víctima

del abuso del poder. Cuestión ésta que afecta e incluye a la sociedad en su conjunto, por que nadie está exento de convertirse circunstancialmente en una potencial víctima de la maquinaria estatal, ser víctima de un error judicial o abuso del poder. Por ello resulta necesario insistir en la necesidad de incluir en la Legislación, al más alto rango, el derecho a ser reparado por esta circunstancia.

Posteriormente, en el Octavo Congreso de Naciones Unidas, entre otras resoluciones, se sometieron a la Asamblea las denominadas Reglas de Tokio⁸⁴, que recogían la esencia del Congreso de Milán. Dichas Reglas fueron presentadas el 7 de diciembre de 1990, y en el proyecto de resolución cuarto fue donde se aprobó por unanimidad de votos, dentro de los cuales se incluyó el de nuestro país, sin que se presentará reserva alguna ni declaración especial. En tal virtud, México se ha comprometido de manera voluntaria a la observancia y respeto irrestricto de las citadas normas.

En este sentido, México, al ser miembro de la ONU, se ve necesariamente vinculado al cabal cumplimiento de dicha resolución, por lo que la instrumentación de las políticas públicas en favor de los acusados, sometidos a prisión preventiva, deben atender a los siguientes principios:

- a) Estas reglas deberán ser aplicadas en el ámbito competencial que corresponda.
- b) Deberán ser conocidas y aplicadas por las autoridades competentes.
- c) Deberá elaborarse un reporte cada 5 años a partir de 1994 sobre el papel que desarrolle nuestro país en relación con la aplicación de estas reglas.

En esencia, la normatividad se basa en las medidas alternativas a la prisión preventiva, es decir, a las medidas cautelares, propugnando por encontrar

sustitutos a la detención por parte de la autoridad administrativa. Incluso se establece que "En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima"

En resumen, la idea fundamental que ha desarrollado la Victimología en relación al proceso penal y el abuso del poder, se refleja en establecer una indemnización estatal a las víctimas del poder, y la ejecución de programas de ayuda y tratamiento que contribuya a la rehabilitación de la víctima.

La reparación del daño de la víctima por parte del Estado, se encuentra reconocida en la legislación internacional, así como en varios países. Sin embargo, hasta ahora no ha tenido cabida en nuestro marco legislativo

Con el fin de apoyar la incorporación del derecho a la reparación del daño por parte de la víctima inocente en nuestra legislación mexicana, transcribiremos a continuación los Artículos y Reglas de las Declaraciones y Pactos así como Convenciones Internacionales en las que se ha llegado a establecer la normatividad al respecto.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948).

En el Artículo 9 se consagra:

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado.

Artículo 11 dice que:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en los que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

Artículo 9

Los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

(Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, suscrita por México en 1981)

El Artículo 9 establece que:

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 en la ley, con arreglo al procedimiento establecida en ésta.

En este mismo Artículo en la fracción 5º precisa que:

Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

En el Artículo 14 en sus fracciones segunda y sexta respectivamente, se reconoce que:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Por su parte, el Artículo 28 crea el Comité de Derechos Humanos, facultado en los términos de los Artículos 9, 14 y 41, para recibir y examinar comunicaciones en materia de detención prisionalización o error judicial, así como el correspondiente derecho a ser reparado o indemnizado.

México no forma parte de los países que han reconocido la jurisdicción de este comité, al no haber suscrito el protocolo facultativo.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

(Adoptada por la Organización de Naciones Unidas en el año de 1966, suscrito por México en el mismo año de 1981. También conocido como el Pacto de San José de Costa Rica).

En su Artículo 8º consagra el derecho a las garantías judiciales y a la presunción de inocencia preceptuando que:

Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)

Su Artículo 10° incluye el derecho a la indemnización, al establecer que:

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

En su Artículo 3° establece los dos Organos competentes para conocer las cuestiones relativas al cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados parte en el mismo, que son la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

México al igual que en el documento anterior no ha reconocido la competencia.

LA CONVENCIÓN EUROPEA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

En su Artículo 5° fracción 5 consigna que:

Cualquier persona que haya sido víctima de arresto o detención en violación a las disposiciones de este Artículo, tendrá derecho a una reparación.

LAS REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS.

En el Artículo 95 fracción 2 se establece que:

Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas detenidas o encarceladas sin que haya cargo en su contra, gozarán de la misma protección prevista en la primera parte y en la sección C de la segunda parte. Asimismo, serán aplicables las disposiciones pertinentes a la sección A de la segunda parte cuando esta aplicación pueda

redundar en beneficio de este grupo especial de personas bajo su custodia, siempre que no se adopten medidas que impliquen la reeducación o la rehabilitación proceden en forma alguna respecto de personas no condenadas por un delito penal.

LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE
JUSTICIA
RELATIVOS A LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS
Y RELATIVOS A LAS VÍCTIMAS DEL ABUSO DEL PODER.

Se establece que la Asamblea General de Naciones Unidas conoce "que millones de personas de todo el mundo sufren daños como resultado de delitos y otros *actos que implican el abuso del poder y que los derechos de estas víctimas no han sido reconocidos adecuadamente*"

Reconoce que las víctimas de delitos y las víctimas del abuso de poder, y frecuentemente también sus familias, los testigos y otras personas que les presten ayuda, están expuestos injustamente a pérdidas, daños o perjuicios, y que además pueden sufrir dificultades cuando comparezcan en el enjuiciamiento de los delincuentes.

Insta a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para poder en vigor las disposiciones contenidas en la Declaración y, a fin de reducir la victimación, a esforzarse por:

a) Fomentar la observancia de códigos de conducta y normas éticas, en particular los criterios internacionales, por funcionarios públicos, inclusive el personal encargado de hacer cumplir la ley.

b) Prohibir las prácticas y los procedimientos conducentes al abuso, como los lugares de detención secretos y la detención con incomunicación.

Recomienda que se adopten todas las medidas apropiadas tendientes a establecer formas y medios de proporcionar un recurso a las víctimas cuando los procedimientos nacionales resulten insuficientes.

En su articulado de manera constante se refiere a la reparación del daño consignando que:

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

Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante estos mecanismos.

Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas; evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimación, la prestación de servicios y la rehabilitación de derechos.

Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible de los casos penales, además de otras sanciones penales.

Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer el resarcimiento de las víctimas.

Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delito que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves.

b) A la familia, en particular a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitados como consecuencia de la victimación.

Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizar por el daño sufrido.

Se entenderá por víctimas las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes que prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y que fomenten medidas y mecanismos para

prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

LAS REGLAS DE TOKIO

Son dos los Artículos que se ocupan de la indemnización.

El 3° en su fracción 7 dice a la letra:

Se preverán disposiciones adecuadas para el recurso y, si es posible, la reparación en caso de agravio relacionado con un incumplimiento de las normas sobre derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por su parte, el 8° fracción 2 se refiere a que:

Las autoridades sancionadoras podrán dar curso al caso de los modos siguientes:

(...)

f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización.

EL CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN.

Establece en su Artículo 35 que:

Los daños causados por actos u omisiones de un funcionario público que sean contrarios a los derechos previstos en los presentes principios serán indemnizados de conformidad con las normas de derecho interno aplicables en materia de responsabilidad.

La información de la que se deba dejar constancia en registros efectos a los presentes principios estará disponible, de conformidad con los procedimientos previstos en el Derecho interno, para ser utilizada cuando se reclame indemnización con arreglo a este principio.

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.

En relación a la estrecha vinculación que guardan los malos tratos con toda privación de la libertad, la Convención incluye en su definición de tortura las penas y sufrimientos entre los que destacan la medida preventiva, y el castigo personal.

Artículo 2º:

Todo acto realizado intencionalmente, por el que se infrinjan a una persona, penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, castigo personal, medida preventiva, pena o con cualquier otro fin. También la aplicación sobre una persona, de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no cause dolor físico o angustia psíquica.

Como podemos ver, es indiscutible que a nivel internacional se reconoce el derecho de todo ser humano a no ser detenido ni hecho prisionero, arbitraria abusiva o ilegalmente, así como su derecho a ser indemnizado o reparado por error judicial.

Si bien es cierto que cuando el acusado es legalmente culpable, el daño puede no llegar a considerarse como tal, pero siempre existirá, por el hecho de ser previa a la declaración de responsabilidad formal, en caso de inocencia y la injustificada medida que no deja de ser un castigo previo e innecesario. Consideramos que por elemental sentido de justicia debe procederse, en este caso, a una reparación compensatoria que de manera equitativa rehabilite a la

víctima. Ahora bien, a pesar de que la legislación internacional reconoce el derecho a la víctima de recibir reparación por errores o abusos del poder, sólo los Estados parte, que aceptan la jurisdicción supranacional, se encuentran sujetos a las obligaciones tendientes a asegurar el respeto de los compromisos que comportan los documentos por ellos firmados.

Los demás Estados, aquellos que no se someten a la jurisdicción de los organismos internacionales, sólo se encuentran moralmente obligados. No obstante, pensamos que todo Estado respetuoso del derecho y la dignidad humana está dispuesto a aceptar la jurisdicción internacional. Este sería el caso de México, quien siempre se ha caracterizado por ser un ferviente defensor de los derechos humanos. Con los estudios previos correspondientes México podría incorporar en breve a su marco jurídico la protección y garantía de la reparación por abuso de poder en los casos de privación de la libertad. Sin embargo, en lo referente a la aceptación o reconocimiento de la competencia de tribunales internacionales que conozcan de violaciones en general a los derechos humanos, algunos Estados, como es el caso de México, prefieren atender en exclusiva sus problemas en virtud de que esta medida, de acuerdo con algunos autores, podría implicar, al reconocer un control supranacional, una limitación a su soberanía.

Así pues, tendría que ser en el ámbito interno de cada Estado en particular en donde se tomarán las medidas tendientes a regular y garantizar la aplicación de la ley, promoviendo el respeto y la observancia de los derechos humanos dentro del territorio del propio Estado .

2. Consecuencias de la Victimación por privación de la libertad.

Una de las consecuencias más importantes que origina el abuso del poder o prisionalización indebida es la fuerte tensión que a partir de la detención, y a lo largo de ella aún cuando sea preventiva, violentan al indiciado. Además, dicha tensión se presenta obviamente acompañada de un sin número de factores como los interrogatorios, el ser tratado como criminal, padecer las molestias que conlleva el ingreso al sistema de justicia penal, la pérdida de tiempo, de dinero, la realización de gastos, la suspensión de la actividad productiva, la separación del núcleo familiar, laboral y social, lo que genera pérdidas, frustraciones y en ocasiones enfermedades tanto físicas como mentales. Son factibles también la desintegración familiar, el alcoholismo, las tendencias autodestructivas, el aturdimiento, la angustia y la depresión, todo ello producto de esa tensión emocional frente a la maquinaria estatal, tanto procesal como en el mismo establecimiento institucional. Finalmente, pero no por ello menor, sería importante agregar el daño de estigmatización social que sufre la víctima.

De acuerdo con la maestra Hilda Marchiori, "la violencia institucional es probablemente el mayor factor de producción criminal la cual, seguida de la criminalidad económica, son las que reciben menos atención, pero el número que causan es mayor que muchos delitos".⁸⁵

Según López Rey y Arroyo, a quien la misma Hilda Marchiori cita, "la victimación es un problema socio-político y criminológicamente más importante que el del delincuente". Las víctimas según él, pueden ser de contaminación o destrucción del medio ambiente, víctimas de la criminalidad oficial, semioficial, política o ideológica, así como entre otras de la violación de los derechos

humanos. Este mismo autor señala que la criminalidad no convencional es más grave que la convencional, que los estudios sobre política criminal de Naciones Unidas evidencian una estrecha relación entre la violación de los derechos humanos y el acelerado aumento de la criminalidad por abuso del poder, pudiendo ser político, ideológico, económico, revolucionario, terrorista, etc.

En el mismo sentido, el profesor Antonio Beristain⁸⁶, refiriéndose a la normatividad de las Naciones Unidas, y en lo específico a los derechos humanos, señala la necesidad de respetar y desarrollar los derechos de la víctima abarcando no sólo a las personas individualmente, sino a los grupos y colectivos sociales. La asistencia y compensación a la víctima deben ser lo más completamente posible, incluyendo a sus familiares, sin olvidar la asistencia material, sociológica, médica, psiquiátrica, así como legal, con el objeto de resarcir a las víctimas las pérdidas, lesiones o daños sufridos. Beristain subraya enfáticamente que se debe procurar la disminución de futuras victimizaciones. Por su parte, el profesor Elías Neuman⁸⁷ establece que la victimación del imputado se apareja a la carcelaria, centrando su preocupación en el delincuente como víctima en el sistema social, y de los procesos de victimación de los sistemas carcelarios.

Para el profesor español Miguel Polaino Navarrete⁸⁸, hay responsabilidad estatal, victimación institucional, victimación jurisdiccional, victimación parlamentaria, propone previsión de responsabilidad subsidiaria en los casos que se establezca la responsabilidad civil para los Jueces y Magistrados; para todos los casos de error judicial victimizante, sin olvidar la responsabilidad civil parlamentaria para todos los casos de aprobación de legislación anticonstitucional victimizante.

Otro teórico del derecho Antonio García Pablos de Molina⁸⁹, nos dice que en la temática victimológica deben destacar las consideraciones sobre los perjuicios que padece la víctima, la victimación primaria y secundaria, los programas de asistencia, la reparación y tratamiento de las víctimas, y la alineación de la víctima respecto del sistema legal, entre otras.

3. Características de la victimación por reclusión injusta.

Con el fin de ofrecer argumentos para una posible legislación dentro del marco jurídico constitucional mexicano de la reparación a las víctimas de abuso del poder, mencionamos a continuación una serie de principios que, de acuerdo con Hilda Marchiori deben tomarse en cuenta.

" Podrá considerarse víctima a una persona con arreglo a la declaración, independientemente de que el perpetrador del acto victimizante sea una persona natural o jurídica, incluido un funcionario o agente del Estado, o una colectividad independientemente de que se identifique, aprenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o a los dependientes inmediatos de la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimación."⁹⁰

Aquellos detenidos o presos, que aún cuando poseen todo el cúmulo de garantías protectoras que encierra nuestra legislación, no fueron suficientes para evitar la pérdida de libertad, es necesario se complemente con uno más elemental, que compense los daños ocasionados por un error o abuso de parte de la actividad en la procuración y administración de justicia.

La mayoría de los autores preocupados por los derechos humanos coinciden en lo nocivo que resultan las consecuencias de las medidas privativas de la libertad personal, señalando que:

"...la detención preventiva es una fuente infalible y, al parecer inagotable, de toda una serie de sufrimientos, e influencias nefastas. Sufrimientos físicos, morales y materiales, que pueden serle infringidos desde el momento mismo de su detención e influencias nocivas que derivan del hecho de recluir al inculcado en un establecimiento penal cuyas condiciones en general, en todo tiempo y en todos los países se han distinguido no precisamente por ser establecimientos carcelarios modelos, en los que impere una recta administración y se siga una sana política criminal, sino todo lo contrario, en construcciones inadecuadas, insalubres, cuando no siniestras, donde el detenido, sustraído de su medio habitual, impedido de realizar las actividades que le permiten proveer el sustento para sí y para su familia, verá llegar a corto plazo e inexorablemente el desprestigio y el descrédito, la ruina y la miseria; donde hacinado y en malsana promiscuidad con delincuentes habituales y peligrosos, sean condenados o se encuentren también sujetos a proceso, espera una justicia que no llega o llega tarde, de modo tal que la detención preventiva viene a convertirse en un verdadero atentado contra los derechos humanos del inculcado y en una imposición de la fuerza.⁹¹

Una vez emitida la sentencia absolutoria, se evidencia el exceso o abuso por la imposición anticipada del castigo, teóricamente medida cautelar, la legislación protectora de los derechos humanos prevé que una vez producido el daño, resulta imposible echar marcha atrás en el tiempo, conscientes de que los fines de la justicia se han excedido y no deseando que dicho perjuicio a la víctima de tal circunstancia quede sin compensar, se prevé una reparación.

Lo más importante es la restricción de la libertad física del inculcado. Si tras la sentencia que se dicta en la causa se decreta la absolución, surge la interrogante si tendría derecho el afectado a exigir una indemnización a título de reparación por la lesión que sufrió en ese bien jurídico.

La respuesta en el sistema mexicano podría pensarse en sentido positivo atendiendo al régimen interno, de acuerdo al numeral 133 Constitucional⁹², y a la legislación internacional antes citada, debidamente suscritas por el Ejecutivo y aprobadas por el Senado, forman parte de la legislación vigente en el país, y prevén tal posibilidad, aún con las referidas reservas y declaraciones interpretativas.

La restitución pretende dejar indemne a la víctima, compensarla no sólo económicamente sino con medidas integrales, que restauren la integridad moral y física de quien ha padecido detención o prisión preventiva arbitraria.

"¿Quién paga o indemniza económicamente el atropello contra la libertad?". El profesor de derecho procesal, Tulio Chiossone refiriéndose a su país (Venezuela) dice: "Aquí queda impune y el procesado parece que sale muy contento con la tardía liberación. Esas detenciones injustificadas repercuten en la economía del país".⁹³

En nuestro concepto se deberían implementar organismos de concertación institucional que den solución a las injusticias, debiendo contemplarse en una legislación la reparación o compensación, con objeto de restaurar a la víctima. Como lo prevén los fondos estatales de asistencia a las víctimas de los delitos.

En el marco del estudio del preso sin condena en América Latina y el Caribe, se apunta como síntesis del fenómeno que "la criminología viene insistiendo desde hace varios años en la necesidad de desinstitucionalización de la prisión. Particularmente importante es desinstitucionalizar la prisión preventiva o el uso de la prisión para los "no-condenados"⁹⁴

Los funcionarios responsables o en su caso el Estado, debe instrumentar un fondo que soporte una cantidad fija, la cual haga frente a la reparación de los declarados absueltos siempre y cuando hayan estado privados de su libertad, así como asistencia integral que entre otras características se destinaría a la devolución de la imagen y buen nombre, colocación en un empleo o restablecimiento del individuo en sociedad, y desde luego, fundamentalmente el otorgamiento de cierta cantidad de recursos financieros que permitiera a la víctima desenvolverse en el seno de su comunidad.

Reiteramos que el objetivo de este trabajo es evidenciar la flagrante violación de los derechos humanos, en el ámbito criminal, y señalar el desmedido número de individuos que afecta la internación indebida, desde la óptica internacional protectora de los derechos humanos, el período de detención o prisión, del procesado "implica una violación al principio de que nadie puede ser penado mientras no se compruebe su culpabilidad en la forma legalmente establecida. Se trata de una inversión de los principios básicos del proceso penal respetuoso de la dignidad humana: ante el mero indicio (y a veces ante la sola sospecha) se hace sufrir la pena (en sentido puramente retributivo o de mera producción de dolor), para luego determinar la culpabilidad".⁹⁵

El luchar por equilibrar en la mayor medida de lo posible la impartición y procuración de justicia en un Estado Social y Democrático de Derecho, debería consistir en proporcionar un sólido fundamento a las exigencias de proporcionalidad y equidad, referentes a las medidas cautelares y su errónea o excesiva aplicación, previendo que el daño sufrido sea reparado.

Las críticas que se hacen a la pena de prisión se condensan en las siguientes :

La pena de la privación de la libertad, no responde a los fines ni a las exigencias que el jurista de hoy , cualquiera que sea su naturaleza, porque ni intimida, ni tampoco corrige a la mayoría de los internos.

Existen dificultades en conciliar los fines de la pena, desde su descubrimiento, se abusa de la privación de la libertad, la sociedad desconfía del que sale de la cárcel, es estigmatizante para el sujeto, la familia y demasiado costosa para la sociedad.

Somete al individuo a un intolerable aislamiento, reduce al interno a una inmovilidad desigual, resulta alienante, coarta el derecho a la actividad sexual, puede producir el efecto de la prisionalización, consistente en terribles psicosis carcelarias, es un recuerdo difícil de superar, afecta al interno y a sus familiares, destruye la unidad conyugal y familiar, algunos de sus efectos son perpetuos, deja secuelas psíquicas y sociales que padecen después de liberados, la cárcel resulta criminógena.

De acuerdo con Rodríguez Manzanera, "La prisión, cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora, con régimen de silencio disocia y embrutece, con trabajos forzados aniquila físicamente, y sin trabajo destroza moralmente."

Continúa diciendo que: "En casi todas sus formas es altamente neurotizante, disuelve al núcleo familiar y lo daña seriamente, convirtiéndose en una pena altamente trascendente, pues lleva un agudo sufrimiento a aquéllos que quieren al recluso"⁹⁶

Por otro lado el gasto que efectúa el Estado es enorme, debido a que además de edificar las instalaciones debe darles mantenimiento, manutención para el cesante involuntario, ya que el interno deja de ser económicamente activo; La prisionalización somete al interno a "una continua situación de estrés, obligándolo a adaptarse con rapidez a la prisión, y llegando a serios deterioros mentales"⁹⁷

Refiriéndose a la prisión preventiva, en específico, el autor que venimos siguiendo establece una serie de semejanzas entre la tortura y aquélla, señalando que: "la tortura se usaba (y se usa aún, por desgracia), [para] principiar a castigar en virtud de ciertos indicios ya reunidos, y servirse de este principio de pena para obtener el resto de la verdad todavía faltante".⁹⁸

Desgraciadamente el abuso de la prisión preventiva, es frecuente, y peor aún, es la circunstancia de ser privado de la libertad, ya que permanecer en prisión, por un determinado tiempo, resultando posteriormente que no le correspondía dicha estancia, ya sea por la procedencia de sobreseimiento, o por mandato de sentencia firme que declare la inocencia del interno, constituye una flagrante violación a los derechos humanos.

La anterior medida cautelar constituye un castigo anticipado desproporcionado e innecesario, que no puede quedar sin reparar, atendiendo a los más elementales principios de justicia, equidad y proporcionalidad.

En teoría, la prisión o la detención preventiva, cautelar o provisoria, es una limitación eventual de la libertad personal que pesa sobre cualquier hombre por la circunstancia de ser precisamente un hombre, es decir, por vivir en la sociedad, la que demanda un cierto control de conducta y en casos extremos, esta inevitable restricción.

Sin embargo, en la práctica, la prolongación y la generalización de la misma excede el marco de la racionalidad, y altera el principio acusatorio, replazándolo por el inquisitorio puro.

En efecto: La prisión preventiva es resuelta sobre la base de indicios y en trámite instructorio, en el que predomina el principio inquisitorio.

Por consiguiente, el alto contenido penoso de la misma al prolongarse, torna irrelevantes las garantías del principio acusatorio, que en lugar de funcionar para establecer si debe o no imponerse la pena, funcionan para determinar si debe cesar o continuar la pena que se viene sufriendo.⁹⁹

El imponer pena de prisión antes de que sea dictada la sentencia, fundamentándose en meros indicios o sospechas, es característico de sistemas inquisitorios. La prevención general no se orienta al combate a los delincuentes sino a la mera sospecha de la participación.

Aunado a lo anterior se ha establecido que "en la prisión preventiva no hay reproche moral, no se pretende restaurar el orden jurídico, no se busca intimidar ni ejemplificar, no hay determinación, pues dura en cuanto dura el juicio (que debe durar hasta un cierto máximo), y se basa tan sólo en una presunta peligrosidad ante la sospecha de que el sujeto cometió el delito."¹⁰⁰

Consideramos pertinente que se pueda fincar responsabilidad a los responsables de los abusos de poder o autoridad, pero lo realmente trascendente es que con independencia de estos procedimientos en contra de los malos servidores públicos, lo relevante estriba en que sea el propio Estado quien haga frente a dicha responsabilidad y de esta forma asuma su obligación en proporción

a una indebida aplicación de la ley o derivado de un error judicial o ministerial, asista a la víctima del abuso del poder.

¿Pero qué pasa si el procesado no es condenado? "El imputado aun cuando no ha sido probada su culpabilidad, es privado del libre ejercicio de uno de sus derechos más preciados, el derecho a la libertad de movimientos, junto con otras restricciones adicionales. En este sentido la prisión provisional afecta materialmente al derecho a la presunción de inocencia."¹⁰¹

Entre otros daños que sufre el interno en prisión preventiva están los que en el sistema inquisitorio se anticipan los efectos de la pena, incrementando la gravedad en tanto que se encuentra sometido a la incertidumbre derivada del desconocimiento de cuál será el tiempo efectivo que se encontrará privado de la libertad.

El medio carcelario provoca la degradación de las condiciones de vida de los internos, víctimas de constantes agresiones y humillaciones, conviviendo forzosamente en un ambiente que hace casi imposible la "rehabilitación", donde es factible contraer enfermedades de todo tipo.

Esto hace que la prisión provisional sea una institución jurídica caracterizada por un difícil y precario equilibrio ya que por altos que sean los intereses de la ley, no menos respetables son los del particular.

Se trata de evitar el absurdo que supone el privar a una persona de su libertad durante un plazo excesivamente largo, mientras que se afirma que toda persona es inocente hasta que no se declare su culpabilidad en una sentencia condenatoria.

En este sentido se intenta evitar que los gobernados expíen faltas que no son suyas, ni sean víctimas de la impotencia o egoísmo del Estado. Si uno de los fines de la justicia es el ser eficaz, ágil y diligente, afirmamos que la justicia debe tener inexcusablemente el efecto reparador que es su esencial razón de ser.

Creemos que la justicia no cumplirá su objetivo mientras se siga castigando anticipadamente y sin la certeza de la plena responsabilidad al sospechoso, pues si es mala la Justicia que castiga sin motivo, no menos mala es la Justicia que debiendo reparar no lo hace por carecer de medidas legislativas para ello.

En este sentido, José Thompson dice que "la tentación de dar un marco aparente de legitimidad a los abusos y aun a las violaciones masivas es lo que impulsa a invadir y controlar la esfera del Poder Judicial."

Este mismo autor agrega que: "Por tal razón, podemos sostener que una amenaza a la independencia judicial significa una doble violación a los derechos humanos. Por un lado, se violan las normas mismas que prescriben la necesidad de la Administración de Justicia como independiente. Pero, además de forma mediata se abre el camino para revestir de legitimidad otras violaciones directas a los derechos humanos."¹⁰²

Refiriéndose al principio de independencia de poderes que resulta fundamental para los derechos humanos, establece que La independencia judicial resulta esencial para el Estado de Derecho, definido por el hecho de la autolimitación del poder por medio del Derecho, que se refleja en la existencia de procedimientos, y órganos que castiguen la trasgresión de esos límites.

Si el derecho es coerción y la coerción se traduce en coactividad, El Estado de derecho es sólo un cascarón vacío cuando el Poder Judicial no es independiente.

Por lo tanto se puede decir válidamente que el Estado de Derecho, sólo tiene vigencia cuando existe un sometimiento real de los encargados de impartir y procurar justicia.

Se hace necesario se incluya en nuestra legislación el derecho a ser reparado por detención o prisión arbitrarias; es necesario garantizar los derechos humanos mediante leyes que tutelen la protección a la libertad.

En México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,¹⁰³ refiere que dentro de las quejas que con mayor intensidad se han recibido a lo largo de los cinco semestres de su existencia encabezan los primerísimos lugares la correspondiente a la Detención Arbitraria, de junio de 1990 a octubre de 1993 se ubican así:

1er SEMESTRE	Primer lugar	Quejas	192
2do SEMESTRE	Segundo lugar	Quejas	239
3er SEMESTRE	Primer lugar	Quejas	193
4to SEMESTRE	Primer lugar	Quejas	202
5to y 6to.SEM.	Segundo lugar	Quejas	453
Del 26-V-93 al 29-X-93.	Cuarto lugar	Quejas	231

La información anterior puede servir como punto de referencia para establecer la necesidad urgente de poner freno a esta práctica abusiva y violadora

de los derechos fundamentales, mediante la atención a las víctimas y la repetición del Estado contra quienes resultaren responsables.

El implementar esta medida reportaría ventajas. Entre otras, se pueden mencionar que al reconocer el derecho a recibir reparación, se ejercería un control psicológico para los miembros integrantes de la procuración de justicia. En especial, la policía judicial, actuaría con mayores elementos de convicción, haciendo un lado la infausta práctica de detener para indagar.

Lo anterior nos lleva a afirmar que la víctima, con un programa de rehabilitación y ayuda, podrá superar el internamiento del que fue objeto.

El criterio para la aplicación de la prisión preventiva, debe caracterizarse por ser menos autoritario, dejando atrás los parámetros de temibilidad, y adoptar medidas alternativas, propias de un sistema penal de un Estado Social Democrático de Derecho.

CAPÍTULO CUARTO

IV. REPARACIÓN, E INDEMNIZACIÓN POR PARTE DEL ESTADO.

En materia de responsabilidad, tanto estatal como civil, la existencia de un daño reparable, resulta, quizá, el elemento esencial.¹⁰⁴

1. La conceptualización del daño y su necesidad de reparación.

El daño es causa de efectos jurídicos. El daño no pierde su propia esencia física, pero a ésta se añade la jurídica. Se puede decir que uno es el elemento material o sustancial que se muestra al interior, y el otro el elemento formal que deriva de la norma jurídica.

Desde el punto de vista jurídico, el daño puede ser padecido por una persona determinada a causa de un abuso o error de una medida cautelar que, con el fin de obtener un resultado preventivo, se le impone. Esta sanción anticipada llega a tener un efecto desfavorable cuando se la aplica a quien, por el derecho, resulta posteriormente declarado inocente. Ahora bien, es posible afirmar que no existe daño jurídico sin su correlativo daño moral. Con este último se comprenderían los efectos psicológicos, sociales y económicos. Pero además, es el caso como lo hemos venido analizando, de que existe también en ocasiones un daño físico a la persona cuando se emplea la reclusión. Pero bastaría el puro daño moral para darnos cuenta de que la medida de seguridad por la prisión preventiva que ejerce la administración pública es una pena o castigo impuesto anticipadamente, en el

sentido jurídico, y que debe, por lo tanto, considerarse como un derecho violado que amerita reparación.

Para precisar lo anterior citaremos algunos teóricos o juristas que han reflexionado al respecto. Así, Santiago Tawil Guido nos dice que: "puesto que se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar. Por eso se distingue esencialmente la responsabilidad civil de la responsabilidad moral y de la responsabilidad penal. La moral castiga al pecado, sin preocuparse por determinar si hay un resultado o no. El derecho penal llega menos lejos; para que exista responsabilidad penal hace falta al menos se exteriorice el pensamiento, que haya habido de lo que se denomina un principio de ejecución. Por el contrario el derecho civil no puede reprochar sino la reclamación de un perjuicio que haya sufrido personalmente."¹⁰⁵

De daño puede hablarse en dos acepciones distintas:

a) Desde un punto de vista amplio, se le identifica simplemente con la ofensa o lesión de un derecho o un bien jurídico cualquiera, el cual debe producirse lógicamente de la acción u omisión ilícitas que entrañan una invasión a la esfera jurídica de otra persona.

b) Desde un punto de vista más preciso y limitado significa el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones (daño material), o bien, en hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas (daño moral).

De acuerdo con el maestro Tawil Guido, mientras alguien no haya sido lesionado, no puede demandar el abono de daños y perjuicios. Si lo hace,

chocaría con el principio fundamental de que donde no hay interés, no hay acción. Mientras no haya víctima, no puede plantearse la cuestión de responsabilidad.¹⁰⁶

Resulta también importante, por ello, hacer clara la distinción entre la responsabilidad civil y la penal. Mientras esta última resulta del castigo por la sanción o medida cautelar, cuyos efectos produce el daño, la responsabilidad civil es una obligación de indemnizar o de reparar el daño causado a la honra, el patrimonio y, fundamentalmente, a la integridad personal.

Pero ambas responsabilidades se encuentran íntimamente relacionadas. En este sentido "la reparación integral debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, al encuadrar tanto el error judicial como el anormal funcionamiento de la administración de justicia en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima"¹⁰⁷. Y en este sentido resulta de fundamental importancia señalar que, de acuerdo con el mismo Tawil Guido, de nada serviría a la víctima la mera declaración de su no culpabilidad o el reconocimiento del error por parte del Estado, si ello "no lleva aparejado también una reparación que ponga a la víctima en una situación similar a la que tenía con anterioridad al hecho u omisión que produjo el daño. Es que indemnizar significa justamente eso: dejar indemne a la víctima, compensarla económicamente para restaurar la integridad de su patrimonio".¹⁰⁸

El daño material o patrimonial es aquél que recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, o indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades. Por ejemplo: un daño patrimonial directo sería el que sufre una persona en sus bienes económicos destruidos o deteriorados; un daño patrimonial indirecto, serían las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran.

Por lo dicho anteriormente, el daño material es simplemente el que menoscaba el patrimonio como conjunto de valores económicos y, por lo tanto, es susceptible de apreciación pecuniaria.

Para que exista daño material, no obstante, es suficiente la mera alteración de los elementos del patrimonio, pues puede ocurrir que el error judicial produzca perjuicios y ventajas que se compensan; o cuando el afectado por el abuso recibe un valor económico equivalente al que perdió, o bien cuando se trata de meras alteraciones materiales, que no disminuyen el valor general del patrimonio. En estos supuestos, aunque no corresponda acción de resarcimiento, puede con todo exigirse la restitución de las cosas al estado anterior, aunque se pruebe que no existe menoscabo real alguno.

El administrativista argentino citado con anterioridad señala que la Ley Orgánica Española del Poder Judicial, en su Artículo 294, establece que el "término <perjuicio>- al referirse al experimentado por quien debiera sufrir prisión preventiva y luego es absuelto o sobreseido por inexistencia del hecho-, no obsta a una reparación amplia por resultar totalmente injusto que quien privado de la libertad, sufrió un daño corporal o simplemente material que en otras circunstancias no hubiera padecido, no fuera indemnizado cuando el fundamento de la garantía en uno y otro caso es el mismo"¹⁰⁹

El daño patrimonial puede manifestarse en dos sentidos: como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente o positivo), o bien como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante).

La indemnización debe comprender, en principio, ambos aspectos del daño. En ocasiones puede llegar sólo a ocasionarse un daño emergente sin que exista un lucro cesante, y a la inversa también. El daño emergente es susceptible de una apreciación más o menos cuantificable. En cuanto al lucro cesante, que conforme a lo dicho consiste en la frustración de ganancias que la víctima podía razonablemente esperar según circunstancias del caso, si no hubiese sucedido la reclusión, es bastante difícil de hacer su determinación, por lo que su indemnización deberá hacerse de acuerdo a un límite objetivo y cierto. Pudiéndose tomar como base de referencia el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, o en su caso, efectuar un estudio en particular de los ingresos que obtenía el privado de la libertad.

En estos casos, con reparación al daño ya sucedido, se dice que éste es actual o presente. El daño futuro es aquél que aún no se ha producido, pero que aparece desde ya, como previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso. En este sentido es como se entienden los daños derivados del error. Un ejemplo lo muestra la Constitución Provincial de Formosa del año de 1957, de la República Argentina, donde se reconocía la responsabilidad derivada por error judicial en sede criminal, estableciendo, en su Artículo 19, que "si de la revisión de una causa resultare la inocencia del condenado, la provincia tomará a su cargo la indemnización de daños materiales y morales derivados del error judicial, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera recaer sobre quienes lo hubieran cometido". En este mismo sentido podemos mencionar la sentencia del 16 de julio de 1984 respecto del supuesto del Artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el Tribunal Supremo Español dictaminó sobre el daño indemnizable por quien había sido víctima de prisión en forma injustificada, entendiéndose que debían considerarse "los salarios

dejados de percibir, el tiempo indebido de prisión, la importancia y trascendencia de las lesiones, tanto en el puro orden personal como en el profesional, y el daño moral producido como consecuencia de todo ello"¹¹⁰

Esta distinción tiene importancia para la determinación del perjuicio y de su resarcimiento. Así, cuando el daño emergente está totalmente consumado, su comprobación puede lograrse con exactitud. Pero con respecto al daño futuro, éste puede mostrarse sólo como la prolongación de un daño actual, a partir de la detención o la prisionalización. El fondo de asistencia que se propone partiría de la base del sistema conocido como días-multa, tomando como referencia el salario mínimo vigente en el lugar de reclusión, siempre que carezca de ingresos, debiéndose examinar las circunstancias del caso concreto para fijar el monto de la indemnización.

El daño debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético, es decir, debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, presente o futura, aunque no pueda ser determinable su monto; el daño incierto, y por eso no resarcible, es cuando no se tiene ninguna seguridad de que no vaya a existir.

El simple hecho de haber permanecido privado de la libertad de manera injusta es prueba suficiente, para justificar la procedencia de la reparación del daño.

Algunos autores consideran que aun cuando el dinero no es un factor completamente adecuado para la reparación de una lesión moral, sí puede cumplir una función compensadora. Desde luego, no todos los sufrimientos morales son tan sencillos de compensar, pero el resarcimiento económico puede prestar una gran ayuda para ello.

Con respecto a la reparación del daño moral casi todos coinciden en que éste debe ser reparado, aun a falta de daño material. Por ejemplo: "en los supuestos de imputaciones criminales falsas, ante el grave descrédito y desprestigio que traen aparejadas. No se puede dudar, hoy en día, de que la reparación de los agravios morales resulta esencial, ya que se infieren ataques al alma lo mismo que al cuerpo"¹¹¹

Otros autores estiman que: "el daño moral no es indemnizable porque el dolor no se tarifa ni se paga, por lo que la justificación de la solución legal ha de buscarse no por el lado de la víctima, sino por el agente del daño, que deba ser sancionado. Por ello, la condena por reparación del agravio moral no tiene carácter resarcitorio, sino ejemplar, constituyendo una verdadera pena mediante la cual se reprueba la falta cometida".¹¹²

Por nuestra parte consideramos que la compensación material, además de poder representar una "ayuda", constituye también una conciliación mediante la cual se repara justamente el agravio moral. Aunque, como también se ha afirmado, el dinero puede propiciar un enriquecimiento, también sirve como paliativo para aliviar por sí mismo algunos de los sufrimientos que el interno haya padecido, atenuando de esta manera el castigo que inmerecidamente se le impuso. De esta forma es posible decir, que "la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral, sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos"¹¹³.

Si se trata de apreciar el daño emergente o positivo que, además es actual o presente, el daño es cierto en su existencia y también en su monto ya determinable, de suerte que puede ser fijado en una cifra aritmética, en el supuesto de los ingresos que percibe el interno.

Pero también cuando se trate de un daño emergente en parte futuro, el requisito de la certidumbre existe, pues es posible apreciar las consecuencias del error que aparecen ya como la prolongación inevitable o previsible del daño actual y ya sucedido; en este caso no se trata de un daño sólo posible o eventual, desde que hay la certeza de que tal prolongación se ha de producir. Su monto es indeterminado todavía, pero el Juez, al pronunciar la sentencia y que ésta haya causado estado, debe prudentemente remitirse al fondo estatal que asista a la víctima.

En este orden de cosas Jimeno Sendra señala: "la eficacia de la Justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que sin olvidar sus principios consubstanciales (contradicción, igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflicto, mediante el descubrimiento de la relación jurídico-material debatida y la aplicación a ella del Derecho objetivo, y todo ello con los mínimos costes para las partes. Celeridad, economía y justicia material conforman los nuevos postulados del modelo procesal del Estado social de derecho, que se han venido a suponer a los ya clásicos del liberalismo."¹¹⁴

En lo que respecta al lucro cesante, el daño puede considerarse como cierto cuando las ganancias frustradas debían lograrse por la víctima con suficiente probabilidad, de no haber ocurrido el internamiento. No es el caso de la posibilidad de esas ganancias, tampoco de la seguridad de las mismas, ya que tal

certeza no puede existir con respecto a las ganancias en cierto modo supuestas. El criterio a aplicar es intermedio, es decir, el de una posibilidad objetiva entre esos dos extremos, según sean las circunstancias del caso concreto.

Esto es, se propone que a falta de recursos económicos, se brinde asistencia integral en especie, por un período igual al que permaneció recluido injustamente.

Las circunstancias pueden ser generales o bien especiales. En las circunstancias generales del caso concreto, el responsable (Estado) debe resarcir a la víctima las ganancias que cualquiera habría podido obtener, de acuerdo con el curso ordinario de las cosas, aunque el lesionado fuere persona de diligencia inferior a la normal. La aplicación más frecuente de esta regla es la que impone la condenación por los intereses cuando se trate de obligaciones de sumas de dinero; se considera que el dinero es por sí mismo productivo de esos frutos civiles, cualesquiera que sea su poseedor, evitando que el responsable pudiera argumentar que, en virtud de alguna circunstancia especial, la víctima no habría logrado en el caso concreto las ganancias comunes u ordinarias.

Comprobada la existencia efectiva del perjuicio material o moral, (la mera reclusión) no obsta, sin embargo, a su reconocimiento, la dificultad que pudiera producirse para que tal evaluación económica propia no sólo de la responsabilidad estatal, sino también de la que resultaran objeto los servidores públicos entre sí. Debiendo evitar dilaciones y desviaciones de los procuradores y administradores de la justicia, que por un lado los impulse a actuar parcialmente y por otro impedir que el gobernado lleve buen fin las diligencias tendientes a establecer una responsabilidad cierta que le permita obtener una justa reparación, correspondiendo, en todo caso al Estado compensar mediante la creación de un

fondo destinado a fijarla, tomando en cuenta la situación concreta en cada caso específico.

2. La relación de causalidad del daño y la obligación de repararlo.

Un elemento necesario para concretar la obligación de resarcimiento, es la relación de causalidad entre el hecho y el resultado dañoso.

Refiriéndose al nexo causal de la responsabilidad, se dice que "la acreditación de una relación o nexo causal directo entre la conducta cuestionada y el perjuicio reparable, según la cual conforme al curso natural y común de las cosas, la primera resulte idónea para producir el daño cuya reparación se pretende"¹¹⁵

Para deducir sin más una correlación causal entre dos hechos, es suficiente una relación de mera sucesión cronológica entre ambos. La existencia de un nexo causal se afirma generalmente sobre la base de un examen empírico, esto es, a un determinado antecedente sucede, por lo general, una determinada consecuencia. Este criterio, no obstante, es de probabilidad, porque no permite captar aquella relación que provoca consecuencias no regulares de un determinado antecedente. La "relación de causalidad -denominada en Francia como la "liason" entre la causa y el efecto- no es sino el enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que no sólo sucede uno después de otro, sino que aquél, sin éste, no se hubiera producido"¹¹⁶

Si concretamente nos referimos al nexo causal de la responsabilidad de subsanar un perjuicio, tendremos que relacionar dicha responsabilidad con el daño causado. El grado de responsabilidad y la reparación deberán determinarse de acuerdo con él. El daño es el producto de una acción que, cuestionada, debe otorgar reparación en relación a la dimensión del perjuicio provocado.

Habrán circunstancias en las que "no resulte posible determinar si el perjuicio ha sido causado como consecuencia del obrar particular del funcionario o por el ejercicio excesivo, inadecuado o abusivo de la autoridad que le fue conferida. En caso de razonable duda, el reconocimiento de la responsabilidad estatal se impone, al no haber sido sino el Estado quien designó al funcionario y le otorgó a éste los elementos con los cuales causó el perjuicio cuya reparación se reclama".¹¹⁷

Por lo que corresponde a la responsabilidad por riesgo, se dice que el que ocasiona un riesgo, por medio del ejercicio de una industria u otra empresa análoga, en este caso la corporación Estado, debe responder del daño que por ello ocasione a un tercero, aunque ni a éste ni a sus funcionarios le afecte culpa alguna por el hecho dañoso. Es una elevación de una garantía impuesta por el legislador extranjero en casos de error o abuso, tales como de la falsa consignación, o decretar una formal prisión que a la postre resultará excesiva.

Como hemos visto, el término daño tiene una pluralidad de significados, pero casi todos los teóricos del derecho coinciden en señalar a los daños morales y psicológicos como los más profundos.

Ahora bien, hay un nexo causal lógico en la consideración de que todo bien jurídico es susceptible de sufrir un daño y, en consecuencia, la necesidad de repararlos, esto es, aparece la pretensión de indemnización por daños sufridos y,

por supuesto, queda incluido todo tipo de daño, físico o moral, y más si se trata de la libertad de la persona.

El daño se puede resarcir cuando la lesión de un interés, o menoscabo sufrido en el patrimonio del gobernado, ha comprendido la integridad física o moral de la persona por la destrucción o afectación de un bien jurídico tutelado, la libertad.

Las consecuencias de un evento dañoso, entonces, deben ser las de resarcir los perjuicios causados. Para este efecto debe tomarse la situación normal de la víctima, por medio de la valoración en términos económicos, de su actividad y de productividad, debiéndose otorgar toda la asistencia integral que permita rehabilitarla.

Fiorini señala que "la vieja fórmula civilista de que no hay indemnización si no existe culpabilidad, se transforma en el derecho administrativo, por la regla de que todo daño injustamente ocasionado por el Estado debe ser resarcido. El dato de injusticia proviene de la ruptura del respeto por el derecho individual".¹¹⁸

Ni en Argentina ni en México existe una bibliografía abundante sobre la responsabilidad estatal en el ámbito de procuración y administración de justicia. Es ya ampliamente conocido que: "Pocos han sido los sistemas jurídicos que han contemplado o si quiera analizado la responsabilidad producida como consecuencia de tal funcionamiento anormal"¹¹⁹

En lo que respecta a nuestro tema específico debemos indicar que el resarcimiento tiene como objetivo devolver el patrimonio del sujeto a la misma situación o estado que hubiere tenido si no hubiese intervenido el acto abusivo o el evento dañoso.

Se ha cambiado el término de resarcimiento por el de reparación, ya que es un concepto mas amplio. Algunas veces la reparación concedida no coincide con el resarcimiento, ya sea porque tiende con medios diversos de los comunes al resarcimiento, o porque se reconoce que el resarcimiento, también integral de los daños sufridos, es insuficiente.

Por otro lado se dice que "es acertado señalar que los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad; sin embargo, cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio excesivo y desigual para algunos de los administrados, se convierte en una típica lesión indemnizable en razón de la particular incidencia dañosa de la actividad administrativa sobre el patrimonio del perjudicado. Esta mayor intensidad del sacrificio postula claramente el reconocimiento al administrado del derecho a obtener una indemnización compensatoria del daño sufrido que por su gravedad excepcional, no puede ser considerado como una carga general de obligado acatamiento".¹²⁰

3. El problema de la responsabilidad patrimonial del Estado por actividad jurisdiccional.

Históricamente se ha reconocido la responsabilidad del Estado en el ámbito penal en diversos ordenamientos jurídicos, entre los que destacan: "En el Derecho Romano dentro de las 8 causas de la in integrum restitutio, posteriormente las ordenanzas Francesas de Felipe IV en 1340, Luis IX 1479, [...] La ordenanza

dictada en el año de 1707, por Leopoldo de Lorena, numerosas normativas en los cantones Suizos, Leyes Sueca de 1876, Danesa de 1888, Austríaca de 1892, Belga de 1894, Alemana de 1898, Española de 1899. En el ámbito americano México reconoció la responsabilidad estatal en el Código Penal de 1871 y la Ley Norteamericana de 1938"¹²¹

Pero también es sabido que desde la Antigüedad, y sobre todo en los sistemas monárquicos absolutistas, el soberano "disponía libremente de los bienes de los ciudadanos y no era responsable de sus actos más que ante la divinidad, de la cual constituía una encarnación...; todo el peso del daño recaía sobre las víctimas, sin que tuviesen ninguna acción para hacerse indemnizar ni contra el agente de quien emanaba más directamente el acto dañoso, ni contra el soberano"¹²².

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, el fortalecimiento del Estado de Derecho permitió el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, estableciéndose un freno a las enormes prerrogativas del poder.

En este sentido, es necesario especificar que en la actualidad, y en nuestro régimen, la responsabilidad del Estado sólo es aceptada de manera parcial. Primero, porque el concepto de la soberanía, considerada como un derecho de una voluntad jurídicamente superior de actuar sin más limitaciones que las que el propio Estado se impone, impide considerar al Estado como responsable cuando se mantiene dentro de dichas limitaciones. La soberanía se impone a todos sin compensación. Segundo, porque el principio de que el Estado sólo puede actuar dentro de los límites legales es también un concepto dado para la irresponsabilidad del Estado, ya que ésta se basa en la ilicitud de alguna actuación

dañosa. Si alguna actuación pública se desenvuelve fuera de los límites legales, no es el Estado quien actúa, sino, de manera personal, el funcionario.

Ahora bien, en esto se olvida que, como lo han sostenido algunos legisladores, al presentar su voto respecto a un proyecto de reparación de daños patrimoniales causados por los agentes públicos "la soberanía no se menoscaba por asegurarse el goce efectivo y el respeto de los derechos patrimoniales".

Algunos tratadistas del Cono Sur señalan que "la superación del criterio del Estado omnimodo, infalible y, por ende, también irresponsable, por aquella concepción propia del Estado de Derecho que ve en la organización estatal a quien debe actuar dentro del ordenamiento jurídico y responder plenamente por las lesiones que con su obrar u omisión causa, se ha manifestado quizá en su mayor intensidad a partir de la aceptación de la responsabilidad estatal por su obrar legítimo"¹²³

Como ya lo hemos indicado anteriormente, en nuestro país existe un importante antecedente sobre el derecho a obtener reparación por parte del estado. Se trata del código penal de 1871, conocido con el nombre de "Código de Martínez de Castro". Para los fines de nuestra tesis, y en apoyo a una posible y futura legislación al respecto, creemos necesario conocer las reglamentaciones de este código que a continuación transcribimos:

Artículo 344.- Cuando el procesado de oficio sea absuelto, no por falta de pruebas sino por haber justificado su completa inocencia, y no haya dado con su anterior conducta motivo para creerlo culpable se declarará así de oficio en la sentencia definitiva; y si lo pidiere se fijará en ella, el monto de los daños y perjuicios que se le hayan causado con el proceso, oyendo previamente al representante del Ministerio Público. En este caso, la responsabilidad civil se cubrirá del fondo común de indemnizaciones, si con arreglo al Artículo 348 no resultaren responsables los jueces, o éstos no tuvieran con qué satisfacerla.

Artículo 345.- Igual derecho tendrá el procesado absuelto, contra el quejoso o contra quien lo denunció; pero con sujeción a las reglas siguientes:

I. Tendrá derecho a los gastos del juicio penal, sólo cuando la queja o la denuncia sean calumniosas o temerarias o cuando el quejoso o denunciante hayan reunidos pruebas para comprobar el cuerpo del delito o la culpabilidad del procesado, o recurrido contra resoluciones favorables a éste;

II. Suprimida.

III. De los daños y perjuicios le indemnizarán el quejoso o el denunciante, únicamente en el caso de que la queja o la denuncia sean calumniosas o temerarias.

Artículo 346.- Suprimido.

Artículo 347.- Lo prevenido en el Artículo 345 comprende a los funcionarios públicos que, en desempeño de su oficio, temeraria o calumniosamente hagan una acusación o denuncia o den aviso de un delito.

Artículo 348.- Los jueces y cualquiera otra autoridad, empleado o funcionario público, serán responsables civilmente: Por las detenciones arbitrarias que hagan mandando aprehender al que no deban; por retener alguno en la prisión más tiempo del que la ley permite; por los perjuicios que causen por su impericia o con su morosidad en el despacho de los negocios; y por cualquiera otra falta o delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, causando daños o perjuicios a otros.¹²⁴

Esta clara reglamentación no ha sido atendida. En la actualidad sólo, y excepcionalmente, y por virtud de una ley expresa, puede el particular obtener una indemnización en algunos casos como el que dispone el Artículo 1928 del Código Civil: "El Estado tiene la obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendando. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado".¹²⁵

La Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito Federal establecía en su Artículo 5, el derecho que tienen los particulares para exigir, ante los tribunales competentes, la responsabilidad pecuniaria que hubiese contraído el funcionario o empleado, por daños y perjuicios al cometer los hechos u omisiones que se le imputen. Ver p.141. El Artículo 47 del mismo ordenamiento establece que se deberá:

cumplir con la máxima diligencia el cargo que se le ha encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia o implique abuso o ejercicio indebido de su empleo.

También se le recomienda abstenerse de incurrir en abuso de autoridad.

Ahora bien, el derecho a indemnización de las personas privadas de su libertad por el Estado y posteriormente liberadas, en virtud de no haberseles encontrado responsables, obliga al Estado, por razones de elemental justicia y sentido de la proporción, a compensar el daño infligido innecesariamente al gobernado.

En este orden, es el Estado el que en principio es responsable por el daño, aunque posteriormente finque responsabilidad contra los funcionarios o "servidores" públicos que responderían subsidiariamente.

Pensamos que el ius punendi debe guardar límites y respetar el derecho a la libertad. Pero si por el interés general, o bien común, se hace necesaria la imposición de medidas privativas y restrictivas de la libertad, debe existir, de igual forma, el derecho a obtener la compensación o reparación de un error u abuso del poder, cuando se demuestra ulteriormente la arbitrariedad y la injusticia por la que pasó la víctima.

Dentro del ámbito de la protección a los derechos humanos, existen disposiciones internacionales, citadas en los capítulos anteriores, referentes a reparar el daño ocasionado a quien ha sido injustamente detenido o hecho preso, procurando hacer frente a ese infortunio, que puede llegar a darse por mero error o por circunstancias adversas a la vida y desarrollo comunitario.

Desde esta perspectiva, el Estado tiene el deber de proteger y proporcionar los medios para evitar el riesgo, y en caso dado de que se produzca este infortunio, tutelar y hacer efectivos los medios para la recuperación de la víctima de prisión o detención preventiva.

No es posible dejar de insistir en que si bien es cierto que quien es declarado absuelto recupera su libertad y se encuentra en el estado que antes guardaba, no menos cierto es que se produjo evidentemente un daño al privarlo de su comunidad, alejándolo de su medio productivo, así como el familiar y social, provocando que se le estigmatizara y se le lesionara moral y socialmente. Si no se acepta conscientemente este hecho, difícilmente se puede progresar en la petición de un aumento en la protección de los derechos del ser humano y en la realización de un estado de justicia más pleno y equitativo.

El Estado debe asumir, según los argumentos que venimos exponiendo, la obligación de pagar el daño y perjuicio, resarciendo a la víctima su interés lesionado, reintegrándole, aun cuando sea solamente representativo y parcial, los derechos que le fueron violados, y que se derivan de un error o abuso del poder. No debe olvidarse que la finalidad del Derecho es hacer posible la vida social de los hombres, encauzando su conducta externa a través de normas jurídicas que se impongan por medio del poder coercitivo del Estado, pero cuya sistematización debe estar inspirada en ideas del más alto valor ético y cultural para obtener la paz

y seguridad sociales.¹²⁶ Labor suprema de todo Estado es buscar el justo equilibrio, y no puede violar impunemente los derechos y la libertad de los particulares por el hecho de que le sean encomendados los intereses supremos de la colectividad.

Refiriéndose a las estructura del Derecho Administrativo, el Jurista argentino Santiago Tawil considera que se basan en el principio de legalidad y el de responsabilidad del ente público y refiere una jurisprudencia de su país que a la letra dice :

La juridicidad esencial de un Estado de derecho es la resarcibilidad de todo daño originado por un hecho culpable sin atender a excepciones fundadas en la <<impeabilidad del soberano>>. El Estado no puede ubicarse por encima de la ley sin vulnerar su fin principal, cual es la protección del orden jurídico.¹²⁷

El fin del Estado es procurar el bienestar de su pueblo, y el fin último de la humanidad es alcanzar el bienestar universal. Esto no podrá conseguirse mientras haya Estados que no reconozcan la vigencia del Estado Social Democrático de Derecho, no solo apegándose al orden jurídico, sino que reconociendo y respetando los derechos del hombre, se autolimiten en virtud de dichos derechos.

Las ideas del pasado consistentes en la irresponsabilidad del Estado, fundamentadas en el pensamiento de la soberanía, como categoría equiparable al poderío omnímodo y absoluto otorgado por la divinidad al monarca, han quedado atrás. La idea de responsabilidad debe abarcar también al Estado.

Reiteramos que el ejercicio del ius punendi obliga al Estado a limitarse y tutelar efectivamente el reconocimiento y respeto de los derechos humanos. "[...] la responsabilidad resulta, entonces, en una relación entre el sujeto y el Estado, por lo que éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor de las

consecuencias que a su conducta señala la ley".¹²⁸ Pero el Estado Social Democrático de derecho nos indica que existe una responsabilidad mutua. Si no, sería aceptar que el Estado no puede equivocarse. Con lo que se vuelve al absolutismo. Pero si el Estado puede ser responsable de daño -consciente o inconscientemente- entra en la categoría de la imputación, reproche moral, y necesariamente en la de responder resarciendo o reparando.

González Bustamante nos dice: "¿Qué debemos entender por presunto responsable?. Para imputar a una persona un hecho, es necesario que ésta haya sido la causa productiva o eficiente. Lo primero que debemos investigar es si el hecho que se persigue ha sido imputado al agente. Que la responsabilidad consiste en la obligación de responder a la imputación. Los hechos no son imputables cuando podemos responder de ellos."¹²⁹ Siendo evidente que el Estado a contrario-sensu está obligado a responder por los daños inferidos a quien no lo merecía.

Londoño Jiménez, citando a este mismo autor en su obra De la Captura a la Excarcelación, refiere que el mexicano "doliéndose de la legislación de su país por la inexistencia de la reparación o resarcimiento del daño a causa de una detención preventiva arbitraria e injusta, ha dicho que a parte del daño moral que el inculpado sufre con una prisión injusta que generalmente resulta irreparable, queda en pie el daño patrimonial, cuya reparación no puede deducirse por que se le dice que la prisión preventiva no es una consecuencia de su culpabilidad; que es un mal necesario como medida de aseguramiento del presunto responsable y que a ello estamos sujetos todos los ciudadanos, cuando existen probabilidades de que somos responsables en la comisión de delitos".¹³⁰ Sin embargo mantener este último criterio refleja una evidente postura autoritaria netamente absolutista.

Al respecto el Licenciado Carlos R. Terrazas indica que:

El sistema penal, entendido como el conjunto de medidas de control social de carácter penal, constituye un sector de las medidas estatales adoptadas para el logro de las funciones encomendadas al propio Estado. La legislación penal sustantiva constituye un aspecto del sistema de control penal institucionalizado; es decir, del sistema de justicia penal. Es un instrumento en manos del Estado y, como tal, sirve para los fines de éste.

Si el Estado que detenta ese instrumento posee un régimen jurídico y político que limita su soberanía y poder penal, es probable que el Derecho Penal y todos los demás sectores del control penal sean utilizados limitadamente por sus representantes en su ejercicio, respetando los derechos humanos.

En cambio, si el Estado posee un régimen diferente que permita un desbordamiento de su poder, el Derecho Penal será utilizado, seguramente, de manera ilimitada, como medio para someter y manipular al individuo.¹³¹

Este autor señala que aún cuando el Estado consagre en su Constitución el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales y formalmente se autolimita, no basta para que se garantice que el control penal lo utilice exclusivamente en el marco de los límites señalados en la Constitución ni tampoco que exista un absoluto respeto de los derechos del hombre.

Aun cuando el reconocimiento de los derechos humanos dentro de la legislación sea un hecho concreto, coincidimos con el autor que venimos mencionando en el sentido de que, aún cuando se encuentren consagrados dentro del ordenamiento jurídico, en la práctica resulta difícil su aplicación; sin embargo, el contar con los medios jurídicos necesarios, así como las instituciones abocadas a la defensa de los derechos humanos, convalidan y dan credibilidad en la eficacia y triunfo de éstos.

Con el fin de tener clara la legislación mexicana al respecto, citamos al Licenciado Jorge Olivera Toro, quien expresa que a la responsabilidad administrativa en nuestro régimen legal no es aceptada como principio de responsabilidad del Estado porque existen dos ideas que impiden su ejercicio:

1) La doctrina de la soberanía, como un derecho de actuar sin más limitaciones que las impuestas por el propio Estado, aún cuando se causare daño.

2) La que del Estado siempre actúa dentro de los límites legales, no pudiendo considerarse ilícita su actividad, ni estimar que incurre en responsabilidad, cuya base o fundamento es precisamente la ilicitud, de la que en todo caso es ajena.

Sin embargo, dicho jurista establece que cuando la actuación se desarrolla fuera de los límites legales, debe atribuirse la responsabilidad al funcionario o empleado que en el caso rompió la relación orgánica que lo unía a la Administración Pública, implicando su responsabilidad directa frente a la propia Administración. Y más adelante, este insigne jurista señala que el Estado moderno democrático no puede dejar al ciudadano sin la cabal protección jurídica, por lo que debe prevenir un sistema de responsabilidad del Estado que garantice dicha protección a los particulares cuando sean víctimas de daños causados por la actuación administrativa.¹³²

Como podemos ver, se encuentra aquí implicado el problema de la Soberanía, la cual se ha entendido como el poder que tiene el Estado para autodeterminarse y para autolimitarse, sin tener más fronteras que las que él mismo establece.

El concepto de Soberanía nace de la oposición material entre los distintos factores políticos en lucha de la Edad Media, es decir, la idea de soberanía surgió como resultado de la lucha, de la oposición, del poder del Estado a otros poderes.

En ese entonces, el dominio de la Iglesia descansaba en el Poder Divino, por lo que era necesario oponerle otro poder de la misma característica. Fue entonces que los Príncipes recurrieron también a la noción de Poder Divino, alegando que la propia divinidad les había delegado dicho poder, enfrentándose así al poderío de la Iglesia.

El Estado se encarna entonces en el Príncipe, afirmando su soberanía, como único modo de combatir con éxito a una Iglesia en decadencia. La voluntad del Príncipe es la ley, todo cuanto quiera es justo, todo le toca, dirá más tarde Kelsen; el concepto de Soberanía ha nacido pues de la lucha entre los reinos y papados, para afirmar su existencia, dando lugar a la caracterización del Estado.

Por lo tanto, la Soberanía es el poder del Estado que no reconoce en el interior ningún otro poder, y en el exterior es potestad suprema con total independencia respecto de los demás.

Siguiendo con esta lógica es posible deducir que dentro del Estado existe una autoridad superior a la cual los ciudadanos reconocen y obedecen, pero dicha autoridad no reconoce otro poder coactivo superior, y se caracteriza por ser una voluntad soberana ilimitada. La conclusión hacia un absolutismo, sea del monarca o del Estado, se sigue dentro de la misma lógica.

Sin embargo, conforme se avanzó en el desenvolvimiento material de los pueblos y la complejidad de las relaciones sociales se precisó de límites y contrapesos del poder, y se fue disminuyendo paulatinamente la actuación absolutista del Estado, poniendo frenos a atropellos e injusticias.

El maestro Andrés Serra Rojas opina que la responsabilidad del Estado ha sido abordada en nuestro país por diversos autores, pero destaca que hasta la

fecha el pensamiento de la no responsabilidad del Estado se debe a la concepción de Soberanía Estatal y al principio de legalidad inherente en todo Estado de Derecho. De esta manera, dice el maestro "la responsabilidad del Estado tiene todavía que recorrer un largo debate, para su aceptación y su reconocimiento, que será más breve en la medida que la educación pública sea más extensa y la sociedad esté gobernada por elevados valores morales", sin embargo, considera que existen requisitos para la responsabilidad administrativa, y se puede hacer valer cuando "una acción que corresponde a los particulares en contra del Estado, por un perjuicio o daño originado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y demás actividades estatales, siempre que éste daño sea efectivo, evaluable económicamente y sujeto en cuanto a sus elementos a las exigencias de las leyes".¹³³

El Estado moderno tiene su principio de unión porque sus agentes o servidores no pueden actuar por actos que prohíba la ley, pues todo hecho en contra de la misma es nulo, todo acto hecho a fin de crear una obligación a cargo del Estado se impone a éste en el sentido de que puede ser parte ante sus propias jurisdicciones y se encuentra obligado como todo gobernado. Los gobernantes no se pueden considerar señores de los hombres que imponen un poder soberano, un imperium a los sujetos, sino deben asumir su función de servidores de la comunidad. Nadie se encuentra por encima de la ley.

La implantación del régimen constitucional aparece concomitante al Estado de Derecho y al sometimiento del Estado a la norma legal.

La soberanía significa la solidaridad y la independencia frente al exterior, pero al interior ésta se caracteriza por ser la base de unión entre los hombres. El Estado, en tal virtud, tiene que autolimitarse, ya que la irresponsabilidad de éste

se traduciría en privar a los particulares de sus derechos y de las libertades fundamentales.

Desgraciadamente el peso de una fuerte y larga tradición autoritaria hace que algunos pensadores se confundan y sigan sosteniendo la tesis de la irresponsabilidad del Estado. Deducen que el Estado no es nunca responsable de las culpas de sus funcionarios, afirmando que siempre es ajeno a la responsabilidad, declarando que al ser esencialmente un ente político no puede ser citado ante los tribunales como cualquier gobernado, ya que aun cuando uno de sus funcionarios se exceda en el ejercicio de sus atribuciones es culpa de éste, y no del Estado propiamente, debiendo responder por los perjuicios que ocasione en el ejercicio de sus funciones; e incluso llegan a decir que aun cuando hubiera habido de parte del Estado culpa o negligencia en elegir o seleccionar a sus mandatarios, no es responsable porque al nombrarlos sólo ejecutaba actos de gobierno.

Consideramos que ni ésta ni ninguna otra teoría emanada de la irresponsabilidad del Estado, tiene validez frente a la desproporción que representa la enorme maquinaria estatal en contra de lo que puede ser sólo uno de sus gobernados. Ser protagonista de una sociedad democrática auténtica significa no sentirse indefenso frente a un poder estatal.

En un estado democrático moderno, a nadie le es lícito privar de la libertad a otro, máxime si quien lo hace es un servidor público con los formidables medios de que dispone para acrecentar desmesuradamente el ejercicio de su poder. Si de la Constitución emanan garantías para proteger y garantizar la libertad para todos los gobernados frente al poder público, es justo que se constituya un fondo común a cargo del Estado para que haga frente al abuso en el que incurran los miembros

de su administración y se reparen así los daños causados y el perjuicio impuesto por el poder estatal.

El Estado Social Democrático de Derecho como ya se ha dicho debe proteger los intereses jurídicos de los particulares. Por lo tanto, el Estado debe responder, aun cuando la ley no establezca esta obligación, ya que no existe principio de derecho que impida imponer al Estado el deber de indemnizar.

En este caso nos referimos no a las actuaciones ilícitas que puedan surgir de la Administración Pública, sino precisamente de las lícitas, centrandó nuestra atención en que algún gobernado se convierta en víctima, es decir, en alguien que no está jurídicamente obligado a soportar los trámites de un procesamiento, y por ende privación de su libertad, y esto hace evidente que se le haya sometido a un régimen al que no estaba legalmente obligado.

Por otro lado, existe la idea de la responsabilidad por el riesgo objetivo. Esta responsabilidad se funda en la idea de la culpa, el que ejercite una facultad o realice un servicio, ya sea público o privado, debe de responder por los riesgos que provoque y de los daños que produzca. Según esto, aunque no pueda descubrirse la existencia de culpa ni imprevisión de ninguna especie al realizarse la actividad o ejecutarse el servicio, se da una relación de causa-efecto entre la administración que organiza el funcionamiento del servicio y el perjuicio causado.

Los sistemas de compensación son una alternativa viable para los Estados progresistas que incluyen en su legislación la garantía de indemnizar a la víctima del abuso del poder. Existen ya algunos países que cuentan con dichos sistemas. Su investigación nos determinó la hipótesis principal de esta tesis, es decir, estudiar la posibilidad de establecer un sistema similar de reparación a los ya existentes, y evaluar las posibilidades de aplicarlo en nuestro medio.

Es incuestionable que la actividad ejercitada por algunos servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, produce perjuicios a los gobernados; también es evidente que sería poco factible que dichos individuos respondieran directamente por sus arbitrariedades, dada la lentitud y complejidad que representaría esclarecer de manera inmediata la responsabilidad de éstos. En este sentido la compensación más apropiada sería resarcir de inmediato a la víctima con cierta cantidad de dinero con el fin de ayudar de alguna manera a reparar los daños de que fue objeto por el internamiento indebido. También sería conveniente que se le proporcionaren terapias de apoyo y ayuda médica, así como la posibilidad de incorporarlo al medio productivo en la sociedad.

Para apoyar nuestra tesis mencionaremos, y en ocasiones citaremos textualmente, ejemplos de constituciones de otros países del ámbito hispano (sobre todo Argentina) que han incorporado a sus legislaciones el derecho de la víctima inocente o declarada absuelta, cuando ésta se encuentre privada de su libertad, a ser indemnizada.

Así la Constitución de la Provincia de Córdoba, Argentina de 1949 establecía que:

La Ley reputa inocentes a los que por sentencia no han sido declarado culpables. Las víctimas de errores judiciales en lo penal, tendrán derecho a reclamar indemnización del Estado.

De igual manera, en la Constitución de la Provincia de Chaco, en su Artículo 21, se establece que si de la revisión de una causa resultare la inocencia del condenado, la Provincia tomará a su cargo el pago de la indemnización de los daños causados.

Asimismo, el Artículo 19 de la Constitución de la Provincia de Formosa de 1957, dice que si de la revisión de una causa resultare la inocencia del condenado, la provincia tomará a su cargo la indemnización de los daños materiales y morales

del error judicial, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera recaer sobre quienes lo hubieran cometido.

También la Constitución de la Provincia de La Pampa, en su Artículo 11, establece que las víctimas de errores judiciales en materia penal tendrán derecho a reclamar indemnización del Estado.

El Artículo 40 de la Constitución de la Provincia de Neuquén, de 1957, establece, de igual forma, que la Provincia indemnizará los perjuicios que ocasionen las privaciones de libertad por error o con notoria violación a las disposiciones constitucionales.

En la Provincia de Misiones, ocurre lo mismo, en su Constitución de 1958, en el Artículo 27, refiere que si por vía de revisión de una causa criminal se declarase la inocencia de un condenado, estará a cargo de la Provincia la indemnización de los daños emergentes de la condena y su ejecución.

Otro ejemplo lo proporciona el Artículo 29 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz, de 1957, establece que habrá lugar a indemnización para quienes habiendo estado detenido por más de 60 días fueran absueltos o sobreseídos definitivamente.

Finalmente, referente a la Provincia de Buenos Aires se establece que, toda persona condenada por error a una pena privativa de la libertad tiene derecho, una vez resuelto definitivamente a su favor el recurso de revisión, a una reparación económica por el Estado provincial, proporcionable a la privación de su libertad y a los daños morales y materiales experimentados. El monto de la indemnización nunca será menor al que hubiera percibido el condenado durante todo el tiempo de la detención calculado sobre la base del salario mínimo vital y móvil que hubiera regido durante ese período.¹³⁴

En todos los Estados modernos han sido repudiados los principios sobre los que tradicionalmente se fundaba la irresponsabilidad del Estado, no sólo porque esos principios no resisten un análisis serio, sino porque es necesario adoptar alguna medida frente al desarrollo incontenible de la vida estatal que ha creado múltiples riesgos que amenazan los derechos de los particulares con los cuales frecuentemente se encuentran en contacto.

En España encontramos también aceptado este derecho. La Ley Orgánica del Poder Judicial Española establece, en su Artículo 296, que

(...) el Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos.¹³⁵

Más adelante, el autor de la obra *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*, refiriéndose a su país, manifiesta: "¿es que la impunidad por los daños causados a los súbditos será un precio obligado para que la administración pueda funcionar, un precio, pues, de la vida social? Nadie lo cree ya en ningún país y, por supuesto, no lo cree tampoco nuestro legislador, que desde 1954 viene con reiteración y con generosidad digna de ser resaltada, sosteniendo enérgicamente lo contrario. Ese será el planteamiento arcaico de la teoría de la responsabilidad civil de la administración en la que expresaba los dogmas <<*The King can do not wrong*>> o <<*Le propre de la souveraineté e'est de s'imposer à tous sans compensations*>> dogmas medievales y simplistas que la conciencia social y jurídica moderna han repudiado definitivamente"¹³⁶

No hay ningún problema en que el Estado se imponga restricciones y obligaciones frente a los particulares. La cuestión es que se plantea una contradicción cuando se toma en cuenta la soberanía del Estado, como hemos visto. Se dice que el no reconocimiento de la responsabilidad del Estado se debe en parte a que "el alto grado de inaceptabilidad que todavía tiene en la legislación la responsabilidad del Estado por fallas de la judicatura, proviene de la incomodidad jurídica de tener que admitir que en cada acto jurisdiccional dañoso, indemnizable, existe necesariamente un juez a quien debe responsabilizarse,

siendo que la responsabilidad es más bien propia del sistema judicial institucional en que se haya inmerso"¹³⁷

La responsabilidad subsidiaria del Estado respecto de sus funcionarios o empleados, por estimar que el propio Estado no debe responder en forma directa como lo hacen los patrones respecto a sus dependientes, no puede sostenerse si se tiene en cuenta que el Estado sólo manifiesta su actividad por medio de las personas físicas que desempeñan las funciones públicas. Cualquier acción que cause un daño, no puede dejar de imputarse al propio Estado, considerándola como un hecho propio que genera a su cargo una responsabilidad directa, sobre todo cuando se trata de una irregularidad en el funcionamiento de la administración y procuración de justicia o de un daño causado por el funcionamiento de la propia administración.

En este sentido, Gordillo, autor de *Responsabilidad Extracontractual*, citado por el maestro Tawil, señala que "la Constitución emana del pueblo y está dirigida al Estado y a los individuos, imponiéndoles a ambos obediencia a sus normas y dándole, al primero además, un cierto poder para que pueda reglar la vida comunitaria; a los segundos, derechos individuales para que puedan equilibrar el poder estatal[...]"¹³⁸

De la misma manera, y respecto a la subsidiaridad de la responsabilidad estatal, "la posición predominante en la actualidad, tanto en el Derecho Argentino como en el extranjero, es aquella que considera, como hemos señalado, que la responsabilidad del Estado reviste siempre el carácter de directa"¹³⁹

El establecimiento de una responsabilidad directa del empleado y subsidiaria del Estado haría muy difícil la reparación del daño causado por lo complejo que

es la organización administrativa, complicándose cuando se tiene, además que determinar cual de los funcionarios fue el culpable.

A continuación se citará la ley del 31 de Diciembre de 1941 denominada Ley de Depuración de Crédito a cargo del Gobierno Federal, sobre la responsabilidad directa del Estado:

Quando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho da origen a la responsabilidad civil de Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos.¹⁴⁰

El fijar la responsabilidad directa del Estado, como lo hace la ley anterior, cuando conforme a Derecho se dé origen a la responsabilidad civil de Estado, siempre que haya culpa en el funcionamiento de los servicios públicos, pone al Derecho público en una situación de atraso respecto al Derecho Civil que reconoce la responsabilidad por riesgo creado. El que el Estado tenga una limitada responsabilidad equivale a una inmunidad en su actuar frente a los administrados.

Por ello, se hace indispensable estructurar un régimen de responsabilidad que al mismo tiempo que garantice los patrimonios de los particulares contra una carga no proporcional ni equitativa, constituya un medio de obligar a la Administración a sujetarse estrictamente a la ley, formando así otra garantía del normal funcionamiento del poder público.

Se ha considerado que la responsabilidad del Estado no puede ser regida por principios tradicionales del Derecho Civil, en donde la insuficiencia de su teoría fundamental de la culpa, ha obligado aunque sea en forma casuística, a recurrir a

la teoría del riesgo. La doctrina del Derecho público ha tratado de construir una teoría general que preste un fundamento sólido a la obligación del Estado de resarcir o indemnizar a los particulares por los daños que pueden sufrir en su patrimonio por la actuación del Poder Público.

En esta misma perspectiva, las consideraciones del maestro uruguayo Eduardo J. Couture, resultan muy esclarecedoras:

el poder decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de un semejante, constituye la suprema potestad del orden humano. Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el poder judicial, en tanto que el despotismo del poder judicial no queda recurso alguno. Cuando se afirma que el poder judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma, la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad y, sobre todo, la responsabilidad de los jueces.¹⁴¹

El reconocimiento de la responsabilidad estatal por detención o prisión arbitraria, se encuentra todavía en un proceso de discusión amplia en muchos países. Sobre esto, nos dice el maestro Tawil, refiriéndose a su natal Argentina que:

Aunque todavía se discute en nuestro país la posibilidad de responsabilizar al Estado por su actuación en el campo de la justicia- esencialmente en el supuesto del error judicial, ya que el de la responsabilidad derivada de la anormal administración de justicia no ha sido en general siquiera planteado -, otros sistemas jurídicos han regulado en forma detallada el procedimiento que debe seguir para obtener tales supuestos la reparación patrimonial.¹⁴²

Consignamos de paso que una de las teorías que ha logrado mayor difusión es la de la igualdad de los individuos ante los cargos públicos, por la que se obliga al restablecimiento de un daño por actuación gubernamental al patrimonio público alimentado por la contribución de todos los particulares. Pero esta teoría, como otras, ha sido también impugnada.

Como muestra del estado de discusión en que se encuentra lo referente al reconocimiento de la responsabilidad estatal, podemos citar algunos argumentos al respecto:

Es deber del Estado velar adecuadamente por la integridad física de los miembros de la sociedad y la preservación de sus bienes, a cuyo fin es también responsable por la elección de los agentes de la fuerza de seguridad y su adecuada preparación técnica y psíquica que les permite actuar en todo momento, aun en los de descontrolado auge de la delincuencia, de acuerdo a las circunstancias y con el aplomo que ellas exijan.¹⁴³

Londoño Jiménez, nos ilustra con la siguiente reflexión:

Si la sociedad impone a todos los ciudadanos como ley general que quienquiera que ha causado a otros un daño esté obligado al resarcimiento, no puede renegar ante sí misma aquel precepto de justicia universal.

Se evidencia aquí que el principio consistente en la obligación de indemnizar es recíproca. Pero, desgraciadamente, esta postura todavía es negada. Y el mismo Londoño, apoyándose en Carrara dice que:

Pero no ha faltado quien lo contrarió, acudiendo a la conocida regla *non videtur dagnum infiere qui suo jure utitur*; y afirmando que la sociedad *suo jure utitur*, aun cuando detiene a un inocente por las sospechas surgidas contra él, se concluyó que no hay lugar a resarcimiento de daños. Pero la equivocación de este razonamiento consiste en confundir lo que *fit contra jus*, y lo que *fit sine jure*. La sociedad no actúa *contra ius* cuando detiene al inocente del cual tiene razón de sospechar; pero cuando después se da cuenta de que él era inocente, resulta que ella actuó *sine jure*; y es repugnante aplicar la regla *suo jure utitur* a quien, si bien no actuase *contra jus*, resulta haber actuado *sine jure*.¹⁴⁴

Por todo lo anterior concluimos pensando que, si no existe la certeza del reproche de culpabilidad de alguien, se debe estar obligado a considerar en principio la inocencia y preferir aquellas pruebas que puedan demostrarlo.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio hemos tratado de ofrecer suficientes argumentos con el fin de sostener nuestra tesis fundamental: que México debe legislar formalmente a favor del derecho de la víctima privada de la libertad por actividad estatal a ser reparada. Como conclusión del trabajo quisiéramos sintetizar los puntos más relevantes.

1.- Los derechos humanos no son concesiones divinas; surgen de las necesidades sociales de determinados sectores o grupos, los cuales luchan por su reconocimiento y vigencia frente a la autoridad estatal.

2.- La normativa internacional protege a las víctimas del abuso del poder, y reconoce que existe responsabilidad no sólo desde el tradicional concepto de delito, sino también para atender y compensar primordialmente a la víctima de los errores de los administradores del Poder Público.

3.- México ha suscrito tratados internacionales en los que se compromete tanto a respetar el contenido de los mismos, como a instrumentar la puesta en marcha dentro del ámbito nacional de los derechos reconocidos en dichos documentos. Sin embargo, esto no ha ocurrido aún para el caso del derecho a ser indemnizado o reparado por una detención o prisión abusiva o errónea.

4.- El reconocimiento de los derechos humanos implica una transición y toma de conciencia de la sociedad civil frente al Estado. El reconocimiento del derecho a ser reparado por error o abuso en la impartición de justicia lleva una

democratización del sistema jurídico que, en caso de adoptarse, impondría una auténtica igualdad de derechos.

5.- Los reportes de los organismos protectores de los derechos humanos a nivel internacional, tanto como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el ámbito nacional, han hecho notar que en México es práctica común, (e incluso se encuentra entre los primeros lugares de la lista de quejas presentadas ante ésta última Institución), la detención arbitraria. El reconocimiento legal de una indemnización por parte del Estado abatiría dicha práctica y podría frenar el abuso o error del poder público.

6.- Desde su utilización como lugar para expiar la pena o bien para custodiar a los reos, la prisión ha servido como tierra fértil en donde germina una escuela de vicio y corrupción, más que de readaptación. Los más grandes abusos y vejaciones a los sometidos a esta medida de seguridad no hacen más que corromper y poner en tela de juicio su funcionalidad, pues es evidente que facilitan el abuso y preparan para el crimen.

7.- En la Antigüedad, los resultados de la pena eran el castigo y la venganza del soberano frente al infractor de la ley. Posteriormente surgieron las ideas de readaptación, rehabilitación, etc., las cuales a pesar de sus buenas

intenciones, no han dado todos los resultados que de ella se esperaban. Finalmente, la tendencia actual es hacia la compensación, la conciliación de intereses, favoreciendo y dando lugar a la reparación para el perjudicado, pasando a segundo término el concepto de castigo para el autor del abuso.

8.- La victimación comprende no sólo el período del proceso, sino el desgaste de la víctima frente a la maquinaria burocrática y de gestión a la que tiene que enfrentarse privado de su libertad. Aunado a esto, la convivencia

forzada en su nuevo medio social tiene que sortear los problemas que implica la estancia en un medio hostil y limitante (separos o reclusorios).

9.- La prisionalización implica un daño emergente, así como un lucro cesante. Por ello, además de la publicación de la sentencia absolutoria o sobreseimiento, debe formalizarse la creación de un fondo estatal que asista y rehabilite a la víctima y a su familia, sin olvidar la reparación al reconocer su inocencia.

10.- Se recomienda la implantación en nuestro país del derecho a ser reparado, por reclusión injusta. debiendo referirse no sólo a la responsabilidad de cada servidor público, policía, Ministerio Público y a la judicatura, sino al propio Estado. Es urgente la sustitución de la prisión preventiva, hasta que no se determine plenamente la responsabilidad; asimismo, es recomendable ampliar los usos de la libertad condicionada y ampliar el derecho a obtener fianzas o cauciones, ya que en caso de inocencia la prisionalización resulta evidentemente desproporcionada.

11.- Las fallas en la administración de justicia, aun cuando no provengan de abusos, deben ser previstas, ya que el ser humano es falible, pudiendo incurrir en un error. El derecho a ser indemnizado ayudaría a compensar esos errores que, como bien se sabe, por más que se reparen nunca podrán borrarse ni eliminarse cabalmente los daños que una víctima inocente sufre en tales situaciones.

12.- La implantación del derecho a recibir reparación y la obligación del Estado a reparar a las víctimas, es tan lógico y legítimo como los pensamientos fundamentales del Derecho. Según éstos, quien causa una lesión a otro debe indudablemente reparar y resarcir a la víctima de una manera eficaz y breve, máxime tratándose de un error o abuso por parte del propio Estado.

13.- Se impone una regulación dentro del ámbito nacional del Derecho a ser reconocido víctima de la actividad estatal, debiendo incluirse en nuestras Leyes Constitucionales y Secundarias un fondo estatal que prevea el otorgamiento de reparación, no sólo por el funcionario quien motivó u originó la encarcelación, sino que por el propio Estado. Lo que finalmente debe interesar no es el castigo al servidor público, sino la reparación efectiva del Estado, quien debe responder para asistir al agraviado.

14.- En México, desde 1871, el Código Penal conocido como "Martínez de Castro", mismo que fue vigente hasta el año de 1929, por un lado, y por otro, el proyecto de código punitivo del Estado de Veracruz de 1979, previeron, la responsabilidad Estatal en sede criminal y la consecuente reparación a cargo de la Administración Pública. Esta legislación representa el antecedente adecuado para que México emprenda la legalización formal del tema que en esta tesis hemos estudiado.

15.- Las nuevas reformas que han entrado en vigor en febrero del año en curso, obedecen a las también recientes modificaciones constitucionales, en especial al Artículo 20 en su parte final, que reconoce plenamente la figura de la víctima. Por otro lado abordan parcialmente la responsabilidad del Estado. Sin embargo no asumen plenamente el compromiso, de que proceda, el otorgamiento de reparación a la víctima privada de la libertad, por actividad estatal.

APÉNDICE

ALGUNAS CONSTITUCIONES EN LAS QUE SE CONSIGNA EL DERECHO DE LA VÍCTIMA A SER REPARADA POR PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

Si partimos de que al ser humano se le debe considerar en su específica manera de ser en la sociedad, la problemática de los derechos fundamentales engloba a cierta categoría o grupo de personas que por llegar a ser víctimas, aparecen con un status diferente en el cuerpo social. Esta diversidad en la que caen muchas personas inocentes por injusticias, abusos o errores por parte del poder estatal, es la principal causa que motiva la petición de legislar el derecho a ser indemnizado.

En este sentido, varios países protegen y tutelan los derechos de los individuos contra detención o prisión arbitraria y otorgan reparación a cargo del Estado cuando ello ocurre. A continuación mencionamos algunos países que tienen regulado este derecho a nivel constitucional.

CHILE

Artículo 7. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal [...] Una vez dictado sobreseimiento definitivo o SENTENCIA ABSOLUTORIA, el que hubiera sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema

declare injustificadamente ERRONEA o ARBITRARIA, tendrá DERECHO A SER INDEMNIZADO POR EL ESTADO DE LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES Y MORALES QUE HAYA SUFRIDO.

CHIPRE

Artículo 11. Cada uno tendrá derecho a la libertad y a la seguridad.

Quien quiera que haya sido VÍCTIMA de detención o prisión en contravención de lo dispuesto en el presente Artículo tendrá derecho ejecutorio a SER INDEMNIZADO, (shall have an enforceable right to compensation).

GRECIA

Artículo 6. Nadie podrá ser detenido ni encarcelado, sino en virtud de un auto judicial motivado que deberá ser notificado en el momento de la detención o la privación preventiva, excepto en los casos de flagrante delito.

[...] todo alcalde o funcionario cualquiera civil o militar, encargado de la custodia del detenido deberá ponerlo inmediatamente en libertad. Los contraventores a estas disposiciones serán castigados por DETENCIÓN ARBITRARIA y deberán además, RESARCIR TODO PERJUICIO CAUSADO AL DETENIDO, ASI COMO PAGAR UNA INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA A ÉSTE EN CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL SEGUN LO QUE LA LEY DISPONGA.

Artículo 7. No podrá haber delito ni podrá infringirse pena alguna sin ley que haya entrado en vigor antes de que el acto se haya cometido y que defina las notas constitutivas de éste.

La ley establecerá las condiciones en las que el Estado deba, previa resolución judicial, conceder una INDEMNIZACIÓN a las personas que hayan sido injusta o ilegalmente condenadas, detenidas o privadas de la libertad individual de alguna otra forma.

GUATEMALA

Artículo 19. Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismo, con las siguientes normas mínimas.

[...] tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso con el representante diplomático o consular de su nacionalidad. La infracción de las normas establecidas en este Artículo DA DERECHO AL DETENIDO A RECLAMAR DEL ESTADO LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS OCASIONADOS, y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata.

PRINCIPADO DE LIECHTENSTEIN

Artículo 32. Se garantizan la libertad personal, inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia.

TENDRÁN DERECHO A LA REPARACIÓN TOTAL POR EL ESTADO, que se fijará por los tribunales, quienes hubieren sido DETENIDOS ILEGALMENTE O A PESAR DE SER MANIFIESTAMENTE INOCENTES, ASÍ COMO LOS CONDENADOS POR ERROR. La ley determinará si asiste o no al Estado, y en caso afirmativo en que medida, un derecho de RESARCIMIENTO en vía de regreso contra terceros.

MALTA

Artículo 35. Garantías frente a la detención o encarcelamiento arbitrario.

Quien haya sido ilegalmente detenido o encarcelado por otro, tendrá derecho a exigirle RESARCIMIENTO.

NICARAGUA

Artículo 33. Nadie puede ser sometido a DETENCIÓN o PRISIÓN ARBITRARIA, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con arreglo a un procedimiento legal.

Toda detención ilegal causa RESPONSABILIDAD de parte de la AUTORIDAD RESPECTIVA.

EL SALVADOR

Artículo 17. Ningún órgano gubernamental ni autoridad puede avocarse a causas pendientes ni abrir juicios fenecidos.

En caso de revisión en materia penal, el ESTADO INDEMNIZARA CONFORME A LA LEY, A LAS VÍCTIMAS DE LOS ERRORES JUDICIALES DEBIDAMENTE COMPROBADOS.

TURQUÍA

Artículo 30. Solo en virtud de mandamiento judicial se podrá detener preventivamente a una persona sobre quien pese una fuerte presunción de culpabilidad, con el fin de impedir su huida o alteración o destrucción de pruebas, o cuando se den supuestos análogos previstos por la ley como

forzosamente causantes de detención preventiva. La prolongación de la prisión preventiva solo se podrá decretar en las mismas condiciones.

Será INDEMNIZADO POR EL ESTADO conforme a lo establecido por la ley TODO DAÑO SUFRIDO por una persona por no haberse observado los preceptos que anteceden.

YUGOSLAVIA

Artículo 181. Nadie podrá ser condenado por actos que, antes de ser cometidos, no estuvieren considerados punibles por la ley o las disposiciones basadas en la ley, y para los cuales no se hubiere señalado pena en la ley. Los delitos y las sanciones penales solo pueden ser determinados por la ley.

La persona condenada INJUSTAMENTE por acto criminal o PRIVADA DE LA LIBERTAD SIN MOTIVO, TENDRA DERECHO A SU REHABILITACIÓN Y A LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS EROGADOS CON CARGO A LOS FONDOS SOCIALES y a otros derechos establecidos por la ley.¹⁴⁵

Lo anterior nos permite contar con ejemplos reales que muestran que en otras naciones se ha garantizado, a nivel constitucional, el derecho a recibir reparación por parte del Estado en caso de detención o prisión arbitraria, tutelando de manera integral el respeto de los derechos humanos.

REFORMAS APLICABLES A LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Con las recientes reformas, se da un primer paso alentador que, coincide con los postulados centrales del presente estudio, dando pauta a la democratización del sistema penal que rige a nuestra sociedad, sin embargo debemos insistir en que es imperioso actualizar y profundizar la legislación que versa sobre protección a la víctima privada de la libertad por actividad estatal. Lo anterior, se basa en que no se debe perder de vista que el Derecho tiene como una de sus más altas metas, procurar e impartir la justicia y ésta no es acabada cuando, debido a la actividad estatal, se torna gravemente atentatoria contra la seguridad de los gobernados, en su libertad, patrimonio e integridad física.

Las modificaciones que la legislación aplicable a nuestro estudio, abordan en primer término la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su Artículo 20 parte final establece:

En todo proceso penal, *la víctima* o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, 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 cuando la requiera y los demás que señalen las leyes.

Por su parte los Artículos 30 y 32 del Código Penal para el Distrito Federal, establecen respectivamente, en las fracciones conducentes que,

Artículo 30.- La reparación del daño comprende:

II.- *La indemnización del daño material y moral* causado, incluyendo el *pago* de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la *recuperación de la salud de la víctima*; y

En lo que toca a la responsabilidad del Estado se dice que,

Artículo 32.- Están obligados a *reparar el daño* en los términos del Artículo 29:

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

En este sentido el Código Civil para el Distrito Federal, señala en los siguientes Artículos, la responsabilidad que el Estado asume,

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

Cuando un hecho u omisión produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al Artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los Artículos 1927 y 1928 todos ellos del presente Código.

Artículo 1927.- El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

Artículo 1928.- El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios, y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

Finalmente La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, reforma y adiciona los siguientes Artículos

Artículo 77 bis.- Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades federativas o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquier otra.

El podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares.

Si el órgano de Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial.

Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden de pago respectiva.

Artículo 78.- Las facultades del superior jerárquico y de la Secretaría para imponer las sanciones que ley prevé se sujetarán a lo siguiente:

III.- El derecho de los particulares a solicitar indemnización de daños y perjuicios, prescribirá en un año, a partir de la notificación de la resolución administrativa que haya declarado cometida la falta administrativa.¹⁴⁶

Dichas reformas si bien es cierto constituyen un paso importante en el avance democrático del Estado de derecho, condicionan la obtención de reparación o indemnización por parte del Estado, a la existencia de un delito o falta administrativa cometidos por sus servidores públicos, dejando a la zaga el error o abuso, al que el Estado, y no sus empleados, debe hacer frente.

BIBLIOGRAFÍA:

- Bidart Campos Germán J., Teoría General de los Derechos Humanos, México, UNAM-III., 1989.
- Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales, México, Porrúa, 1981.
- Carranza Elías, El Preso sin condena en América Latina y el Caribe, San José, ILANUD, 1983.
- Castro Juventino V., Lecciones de Garantías y Amparo, México; Porrúa, 1986.
- Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, Porrúa, 1992.
- Díaz Luis Miguel, Responsabilidad del Estado y Contaminación, México, Porrúa, 1982.
- Fernández Hierro José Manuel, Responsabilidad Civil Judicial, Pamplona, Aranzadi, 1987.

- Florain Eugenio, Parte general de Derecho Penal, Tomo I, La Habana, La Propagandista, 1929.
- Fraga Gavino, Derecho Administrativo, México, Porrúa, 1982.
- García Máynez Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, México, Porrúa, 1982.
- García Ramírez Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, México, Porrúa, 1983.
- Gómez Robledo Antonio, Política Aristóteles Libro VII, México, UNAM, 1963.
- González Bustamante Juan José, Principios de Derecho Procesal Mexicano, México, Porrúa, 1991.
- González Cuéllar Serrano Nicolás, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Madrid, Colex, 1990.
- Herrendorf Daniel E., El Poder de Policía en un sistema de Derechos Humanos, México, Cuadernos INACIPE, 1990.
- Herrendorf Daniel E., Derechos Humanos y Viceversa, México, CNDH, 1991.

- Londoño Jiménez Hernando, De la Captura a la Excarcelación, Bogotá, Temis, 1983.
- Marchiori Hilda, La víctima del delito, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1990.
- Montiel y Duarte Ignacio, Estudio sobre las Garantías Individuales, México, Porrúa, 1984.
- Neuman Elías, Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992.
- Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, México, JUS, 1967.
- Rodríguez Manzanera Luis, Criminología, México, Porrúa, 1979.
- Rodríguez Manzanera Luis, La crisis penitenciaria y los sustitutivos de prisión, México, INACIPE, 1984.
- Rodríguez Manzanera Luis, Victimología, México, Porrúa, 1990.
- Rodríguez y Rodríguez

- Jesús, La detención preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado, México, UNAM-IIIJ, 1981.
- Rodríguez y Rodríguez Jesús, Derecho Interno y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, México, CNDH, 1990.
- Santiago Tawil Guido, La responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales, por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- Terrazas Carlos R., Los Derechos Humanos y las sanciones penales en México, México, Cuadernos INACIPE, 1992.
- Truyol y Serra Antonio, Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Madrid, Alianza Editorial, 1970.
- Truyol y Serra Antonio, Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales, Madrid, Tecnos, 1976.
- Vázquez Sánchez Rogelio, El ofendido en el delito y la reparación del daño, México, Porrúa, 1981.

- Vela Treviño Sergio, Antijuridicidad y justificación, México, Porrúa, 1976.
- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, México, Trillas, 1977.
- Vela Treviño Sergio, La prescripción en materia penal, México, Trillas, 1983.

HEMEROGRAFÍA:

- Bielsa Rafael, "Las víctimas de los errores judiciales en las causas criminales y el derecho a la reparación", Criminalia, México, 1941.
- CNDH, "Propuesta de reporte sobre el sistema penitenciario mexicano", México, CNDH, 1991.
- CNDH, "Dos años y medios en cifras", México, CNDH, 1992.

- Chiossone Tulio, "Límites legales a la privación de la libertad", Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1970-72.
- Fernández Muñoz Dolores, "Las repercusiones de la Revolución Francesa en el área de Derecho Penal", Bicentenario de la Revolución Francesa, México, UNAM-III, 1991.
- García Ramírez Sergio, "César Beccaria y la declaración de 1789", Bicentenario de la Revolución Francesa, México, UNAM-III, 1991.
- Kaplan Marcos, "Revolución Francesa, Estado Nacional e Intelectuales", Bicentenario de la Revolución Francesa, México, UNAM-III, 1991.
- Proyecto de Código Penal para el estado de Veracruz, México, INACIPE, 1979.
- Resumil de Sanfilippo
Olga Elena, "La víctima en el Derecho Penal Internacional, definición, características, Derechos Humanos y medidas de protección", Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico, 1991.
- Thompson José, "Derechos Humanos, Garantías fundamen-tales y Administración de Justicia", Revista del Instituto

Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1989.

Wolfgan Marvin E., "Conceptos básicos en la teoría victimológica: individualización de la víctima", San José, ILANUD, 1981.

LEGISLACIÓN INTERNA:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Ley sobre auxilio a las víctimas del delito, del Estado de México.

Ley de auxilio a las víctimas del delito, del Estado de Jalisco.

Ley que crea el fondo para la reparación del daño y protección de las víctimas de los delitos. del estado de Puebla.

Código Penal de 1871. INACIPE, Leyes Penales Mexicanas No.1, México, 1979.

Código Penal de 1929. INACIPE, Leyes Penales Mexicanas No.3, México, 1981.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Decreto número 119 que crea el Fondo para la Compensación a las Víctimas de los Delitos del estado de Veracruz.

Decreto por el que se reforman los Artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del Artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos Artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

LEGISLACIÓN EXTERNA:

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Reglas mínimas sobre medidas no privativas de la libertad.

Declaración de principios fundamentales de justicia, relativos a las víctimas de los delitos y a las víctimas de los abusos del poder.

Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS:

Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Espasa-Calpe, 1970.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomos V, X, XVI, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1968.

Gran Diccionario de Sinónimos, Barcelona, Bruguera Mexicana de Ediciones, 1977.

Pequeño Larousse Ilustrado, 1989, México, García Pelayo y Gross, 1988.

OTRAS FUENTES:

- Amnistía Internacional, Informe 1989, Madrid, EDAI.
Amnistía Internacional, México Tortura e Impunidad, Madrid, EDAI,
1991.
Amnistía Internacional, Boletín Informativo, Vol. XV, No. 5.
Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave de 1979, INACIPE.,
Leyes Penales Mexicanas, México, 1981.

NOTAS:

INTRODUCCIÓN.

- 1 Bastaría pensar para ello en la ideología nazi y en el estalinismo soviético.
- 2 Antonio Truyol y Serra, Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales, Madrid, Tecnos, 1976, ver prólogo.
- 3 Germán J. Bidart Campos, Teoría General de los Derechos Humanos, México, UNAM, 1989, p.442.
- 4 México. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Propuesta de Reporte sobre el Sistema Penitenciario Mexicano, México, CNDH., 1991, p.13.
- 5 Hernando Londoño Jiménez, De la captura a la excarcelación. Bogotá, Temis, 1983, p.216.

CAPÍTULO PRIMERO

6 Norberto Bobbio, Presente y provenir de los derechos humanos, citado por Germán J. Bidart Campos, Teoría General de los Derechos Humanos, México, Editorial UNAM-III., 1989, p.97.

7 Véase Aristóteles, Política, Versión española de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1963, principalmente Libro VII.

8 Cf. Antonio Truyol y Serra, Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. I. De los orígenes a la Baja Edad Media, Madrid, Alianza Editorial, 1970.

9 Véase al respecto la postura del filósofo francés Michel Foucault, quien en repetidas ocasiones se pronunció en favor de los derechos de diversos grupos marginados, y luchó por el reconocimiento de éstos.

10 Pensamiento filosófico de la Ilustración, que es la época en la que dicho pensamiento señaló a la "razón natural" como uno de los principios fundamentales del conocer humano.

11 Véase a este respecto Dolores Fernández Muñoz, "Las repercusiones de la Revolución Francesa en el área de derecho penal", en Bicentenario de la Revolución Francesa, México, UNAM-III., 1991 p.49.

12 Ibid. p.50.

13 Ibid. p.53.

14 Ibid. p.55.

15 Citado por Sergio García Ramírez, "Cesar Beccaria y la Declaración de derechos de 1789" en Bicentenario de la Revolución Francesa. op.cit., p.100.

16 Cf. Marcos Kaplan, "Revolución francesa, Estado nacional e intelectuales", en Bicentenario de la Revolución francesa. op.cit., pp.141-142.

17 Carlos R. Terrazas, Los derechos humanos y las sanciones penales en México, México, Cuadernos Inacipe, 1992, pp. 181-184.

18 Daniel E. Herrendorf, Derechos Humanos y Viseversa, México, CNDH. (Col. Manuales 91/11), 1991, p. 100.

- 19 Jesús Rodríguez y Rodríguez, Derecho interno y Derecho internacional de los derechos humanos, México, CNDH. (Col.Manuales 90-2), 1990, p.106.
- 20 Ibid., p.104.
- 21 Ibid., p.106.
- 22 Loc.cit.
- 23 Ibid. p.109.
- 24 Daniel E. Herrendorf, El poder de policía en un sistema de Derechos humanos, México, Cuadernos Inacipe, 1990, p.283.
- 25 Daniel E. Herrendorf, Derechos humanos y Viceversa, México, CNDH. (Col. Manuales 91/11), 1991, p.87.
- 26 Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, México, Porrúa, 1982, p.87.
- 27 Véase del mismo modo cómo han ido apareciendo las Declaraciones internacionales en los últimos 40 años, estableciendo los derechos mínimos de la mujer, los indígenas, los niños, los ancianos. Han surgiendo normas de carácter internacional como las Reglas Mínimas, destinadas a la concreción de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.
- 28 México, Código penal para el Distrito Federal, ver Artículo 49.
- 29 Ibid., ver Artículo 96.
- 30 México, Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, ver Artículo 614.
- 31 México, Código federal de procedimientos penales, ver Artículo 560.
- 32 México, Código penal para el Distrito Federal, ver Artículo 30.
- 33 Ibid., ver Artículo 32.
- 34 Sergio García Ramírez, Curso de Derecho Procesal Penal, México, Porrúa, 1983, p.226 y ss.

- 35 Juan José González Bustamante, Principios de Derecho Procesal Mexicano, México, Porrúa, 1991, pp.146 y 147.
- 36 Guillermo Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, Porrúa, 1992, p.625 y ss.
- 37 Ver Código Penal de 1929. Leyes Penales Mexicanas No. 3, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, p.153.
- 38 Cf. Proyecto del Código Penal para el Estado de Veracruz 1979. INACIPE.
- 39 Loc. cit.
- 40 Cf. Ley sobre auxilio a las víctimas del delito del Estado de México.
Decreto número 119 que crea el fondo para la compensación a las víctimas de los delitos del Estado de Veracruz.
Ley de auxilio a las víctimas del delito del Estado de Jalisco.
Ley que crea el fondo para la reparación del daño y protección de las víctimas de los delitos del Estado de Puebla.

CAPÍTULO SEGUNDO.

- 41 Rafael Bielsa, "Las víctimas de los errores judiciales en las causas criminales y el derecho a la reparación", en Criminalia, México, 1941, p.121.
- 42 Hilda Marchiori, La Víctima del Delito, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1990, p. 13.
- 43 Ver Gran Diccionario de Sinónimos, Barcelona, Bruguera Mexicana de ediciones, 1977 p.1104.
- 44 Pequeño Larousse Ilustrado 1982, México, por Ramón García Pelayo y Gross, 1988, p.1062.
- 45 Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVI, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1967, p.289.
- 46 Citado por Rogelio Vázquez Sánchez, El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño, México, Porrúa, 1981, p.8.
- 47 Loc. cit.
- 48 Citado por Sergio Vela Treviño, La Prescripción en Materia Penal, México, Trillas, 1983, p.352.
- 49 Citado por Olga Elena Resumil de Sanfilippo, "La Víctima en el Derecho Penal Internacional. Definición, Características, Derechos Humanos y Medidas de Protección", en Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico, (Vol.60:4:1147), 1991, p.1174.
- 50 Loc. cit.
- 51 Sergio Vela Treviño, Culpabilidad e Inculpabilidad, México, Trillas, 1977, p.282.
- 52 Ibid., p.283.
- 53 Eugenio Florián. Parte general del Derecho Penal, Tomo I, La Habana, La Propagandista, 1929, p.584.
- 54 Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales, México, Porrúa, 1981, p.161.

- 55 Ver entre otros a Ignacio Montiel y Duarte, Estudio sobre las Garantías Individuales, México, Porrúa, 1984, p.26.
- 56 Juventino V. Castro, Lecciones de Garantías y Amparo, México, Porrúa, 1986, p.19.
- 57 Rafael Preciado Hernández, Lecciones de Filosofía del Derecho, México, Jus, 1967, p.84.
- 58 Citado por Sergio Vela Treviño, Antijuricidad y Justificación, México, Porrúa, 1976, p.130.
- 59 *Ibid.*, p.131.
- 60 *Ibid.*, p.134.
- 61 Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1968, p.511.
- 62 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española Madrid, Espasa-Calpe, 1970, p.1132.
- 63 Ver Artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal en materia común y de toda la República en materia Federal, México.
- 64 Mazeud y Tunc, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, citado por José Manuel Fernández Hierro, responsabilidad Civil Judicial, Pamplona, Aranzadi, 1987 p.73.
- 65 Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo X, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1969, p.514.
- 66 *Ibid.*, p.527.
- 67 *Ibid.*, p.552.
- 68 Ver Artículos 14, 16, 20, 21, 102 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 69 Elías Neuman, Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992. p.260.

- 70 Loc. cit.
- 71 Marvin E. Wolfgang, "Conceptos básicos en la teoría victimológica: individuación de la víctima", (Artículo presentado como ponencia inaugural sept. 4, 1979, en el Tercer Simposio Internacional de victimología que tuvo lugar entre el 2 y el 8 de septiembre de 1979 en Múnster/Westfalia, República Federal de Alemania). San José, ILANUD, 1981, P.68.
- 72 Luis Rodríguez Manzanera, Victimología estudio de la víctima, México, Porrúa, 1990, p.333.
- 73 Wolfgang op. cit., p.69.
- 74 Ibid., p.70.
- 75 Loc. cit.
- 76 Definición de Mariano Ruiz Funes y Alfonso Quiroz Cuarón, citados por Luis Rodríguez Manzanera, Criminología, México, Porrúa, 1979, p.3.
- 77 Informe 1989, Amnistía Internacional, Madrid, EDAI, 1989.
- 78 Amnistía Internacional, MEXICO Tortura e Impunidad, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 1991, p.39.
- 79 Amnistía Internacional. BOLETIN INFORMATIVO, Volumen XV N.5.
- 80 Rafael Bielsa, op. cit., p.126.
- 81 Hernando Londoño Jiménez, De la Captura a la Excarcelación, Bogotá, Editorial Temis, 1983, p.216.
- 82 Guido Santiago Tawil, La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989, ver introducción.

CAPÍTULO TERCERO.

- 83 Hilda Marchiori, La víctima del delito, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1990, pp.13-14.
- 84 Documentos de Naciones Unidas. Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad.
- 85 Hilda Marchiori, op.cit., p.62.
- 86 Ibid., pp.63-64.
- 87 Cf. Elías Neuman, Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992, p.298 y ss.
- 88 Hilda Marchiori, cita a Miguel Polaino Navarrete, Ob.cit., p.72.
- 89 Loc.cit.
- 90 Ibid., p.217.
- 91 Jesús Rodríguez y Rodríguez, La detención preventiva y los derechos humanos en Derecho comparado, México, UNAM.IIJ., 1981, p.33.
- 92 Ver Artículo 133, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992
- 93 Tulio Chiossone, "Límites Legales a la Privación de la Libertad", en Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1970-72, p.27.
- 94 Elías Carranza, El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe, San José, ILANUD, 1983, p.49.
- 95 Ibid., p.52.
- 96 Luis Rodríguez Manzanera, La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la prisión, México, INACIPE, 1984, pp.12-13.

- 97 Loc. cit.
- 98 Ibid., p.18.
- 99 Elias Carranza, op.cit., p.52.
- 100 Luis Rodríguez Manzanera, op.cit., p.36.
- 101 Nicolás González Cuellar Serrano, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Madrid, Editorial Colex, 1990, p.203.
- 102 José Thomposon, "Derechos Humanos, Garantías Fundamentales y Administración de Justicia" en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1989, p.70.
- 103 Ver Dos años y medio en cifras, México, CNDH., junio de 1990- noviembre de 1992, p.6 y ss. Y Cuarenta meses en cifras, México, CNDH, 1993, p.18.

CAPÍTULO CUARTO.

- 104 Guido Santiago Tawil, La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, cita entre otros a Orgaz, Marienhoff así como a Mazeaud y Tunc, Buenos Aires, Depalma, 1989, p.76.
- 105 Ibid., pp. 76-77.
- 106 Mazeaud y Tunc, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.77.
- 107 Cassagne, Derecho administrativo, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.79.
- 108 Leguina Villa, La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por su agentes o por sus servicios públicos, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., pp.79-80.
- 109 Reyes Monterreal, La responsabilidad del Estado, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.80.
- 110 Guido Santiago Tawil, op.cit., p.81.
- 111 Acuña Anzorena, La reparación del agravio moral en el Código Civil, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.82.
- 112 Ver al respecto diversas resoluciones emitidas por la Justicia Argentina, citadas por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.82.
- 113 Ver a este respecto la ley 17.711 que reforma al Artículo 1078 del Código Civil Argentino, citada por Guido Santiago Tawil, op.cit., pp.82-83.
- 114 Jimeno Sendra, Causas históricas de la ineficacia de la Justicia, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.73.
- 115 Ver al respecto Llambías, Tratado de derecho civil, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.85.
- 116 Puig Brutau, Fundamentos de derecho civil, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., pp.85-86.

- 117 Guido Santiago Tawil, op.cit., p.88.
- 118 Fiorini, Manual de derecho administrativo, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.97.
- 119 Guido Santiago Tawil, op.cit., p.63.
- 120 Véase al respecto el señalamiento que hizo el Consejo de Estado español, en su dictamen del 8 de julio de 1971, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., pp.99-100.
- 121 Colombo, Culpa aquiliana, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.53.
- 122 Teissier, La responsabilité de la puissance publique, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.20.
- 123 Acuña Anzorena, La responsabilidad extracontractual del poder público, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.25.
- 124 Ver Código Penal Mexicano del año de 1871, conocido como de (Martínez de Castro), Artículos 344 a 348. Leyes penales Mexicanas p.o.1, México, INACIPE., 1979.
- 125 México, Código Civil para el Distrito Federal. ver Artículo 1928.
- 126 Carlos R. Terrazas, Los derechos humanos y las sanciones penales en México, México, cuadernos INACIPE, 1992, p.59.
- 127 Izquierdo, La responsabilidad del Estado por errores judiciales, citado por Guido Santiago Tawil, op.cit., p.17.
- 128 Agustín Pérez Carrillo, "La Responsabilidad Jurídica en Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho", (se refiere a Castellanos Tena), citado por Luis Miguel Díaz, Responsabilidad del Estado y contaminación, México, Porrúa, 1982, p.10.
- 129 Juan José González Bustamante, Principios de Derecho Procesal, citado por Luis Miguel Díaz, op.cit., p.10.
- 130 Juan José González Bustamante, Principios de derecho procesal mexicano, citado por Hernando Londoño Jiménez, De la captura a la excarcelación, Bogotá, Temis, 1983, pp.212-213.

- 131 Carlos R. Terrazas, op. cit., p.60.
- 132 Jorge Olivera Toro, Manual de Derecho Administrativo, citado por Luis Miguel Díaz, op. cit., México, Porrúa, 1982, p.12.
- 133 Serra Rojas, Derecho Administrativo, citado por Luis Miguel Díaz op. cit., p.20-21.
- 134 Guido Santiago Tawil, op. cit., p.61-62.
- 135 Ibid., p.104.
- 136 García de Enterría, Prólogo a la responsabilidad civil de la Administración Pública de Jesús Leguina, citado por Guido Santiago Tawil, op. cit., p.104-105.
- 137 Izquierdo, La responsabilidad del Estado por errores judiciales, citado por Guido Santiago Tawil, op. cit., pp.105- 106.
- 138 Gordillo, La responsabilidad extracontractual, citado por Guido Santiago Tawil, op. cit., p.108.
- 139 Guido Santiago Tawil, op. cit., p.111.
- 140 Gavino Fraga, Derecho administrativo, México, Porrúa, 1982, p.419.
- 141 Couture, Estudios de derecho procesal civil, citado por Guido Santiago Tawil, op. cit., p.6.
- 142 Guido Santiago Tawil, op. cit., p.112.
- 143 Ibid., p.125.
- 144 Hernando Londoño Jiménez, op. cit., p.216-217.

APENDICE.

145 Cfr. Carlos R. Terrazas, Los Derechos Humanos y las Sanciones Penales en México, INACIPE, 1992. p. 97 y ss.

146 Ver Diario Oficial de la Federación, del 3 de septiembre de 1993, y del 10 de enero de 1994.