



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“COMENTARIOS SOBRE LA
REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL
DERECHO PENAL”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

EVELYN LIZETH DOMÍNGUEZ CASTILLO

Director de Tesis: LIC. FELIPE DE JESÚS RIVERA FRANYUTI
Revisor de Tesis: LIC ANA LILIA GÓNZALEZ LÓPEZ

BOCA DEL RÍO, VER.

OCTUBRE 2013

DEDICATORIAS

A DIOS

Por darme la fuerza necesaria para terminar este trabajo de investigación colmándome de paciencia, sabiduría e inteligencia y salud a pesar de todo aquellos momentos difíciles que se me presentaron y darme mucha fe para salir a delante

A MIS PADRES

Por haberme dado la vida todo su cariño, apoyo incondicional por su amor tan grande por todos aquellos regaños y consejos y sobre todo por haberme tenido la paciencia necesaria para lograr terminar este trabajo y agradecerle infinitamente la fe que tuvieron en mí y nunca dejarme de la mano mis dos grandes pilares a quien los amo con todo mi corazón.

A MIS HERMANOS

Marlene, Luis y Verenisse por todos aquellos momentos de alegría, enojo y tristeza que compartieron conmigo así como también por sus regaños y consejos que me han dado para salir a delante y por todas aquellas aventuras que pasamos juntos los quiero mucho.

A MIS ABUELOS

Charo, Hilda y Armando porque nunca dejaron de confiar en mí y de perder las esperanzas por todos aquellos consejos que me han dado y abuelito gracias por todas esas pláticas que tuvimos juntos y consejos que me has dado para que yo salga adelante los amo mucho.

A MIS SOBRINOS

Ximena y Fernando que son mis dos pequeños amores gracias por todos aquellos momentos de felicidad que me dan cuando estoy con ellos, aunque a veces me hagan enojar pero aun a si los quiero con todo mi corazón.

A MI MAESTROS

Lic. Felipe de Jesús Rivera Franyuti y la Lic. Ana Lilia González López por haberme brindado todo su apoyo incondicional y darme sus conocimientos y ser mis guías en la elaboración de este proyecto que sin la ayuda de ambos no hubiera sido posible concluir esta tesis.

ÍNDICE

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I METODOLOGÍA JURÍDICA

1.1 Planteamiento del Problema	3
1.2 Justificación del Problema.....	3
1.3 Objetivos	4
1.3.1 Objetivo General.....	4
1.3.2 Objetivos Específicos	4
1.4 Hipótesis	4
1.5 Variables	5
1.5.1 Variable Dependiente	5
1.5.2 Variable Independiente.....	5
1.6 Definición de Variables	5
1.7 Tipo de Estudio.....	5
1.7.1 Estudio Documental.....	5
1.7.1.1 Biblioteca Pública.....	6
1.7.1.2 Biblioteca Privada.....	6
1.8 Bibliografías.....	6

CAPÍTULO II

DELITO

2.1 Definición	7
2.2 Sujetos del Delito.....	7
2.2.1 Sujeto Activo	8
2.2.2 Sujeto Pasivo.....	8
2.3 Objetos del Delito	8
2.3.1 Objeto Material	9
2.3.2 Objeto Jurídico.....	9
2.4 Desarrollo del Delito.....	10
2.4.1 Fases del Inter Criminis	10
2.5 Elementos del Delito.....	12
2.5.1 Nociones de los Elementos del Delito	12
2.5.2 La Conducta y su Aspecto Negativo.....	14
2.5.3 Tipicidad	16
2.5.4 Antijuridicidad	20
2.5.5 Imputabilidad	26
2.5.6 Culpabilidad y su Aspecto Negativo	28
2.5.7 Punibilidad y su Aspecto Negativo.....	31

CAPÍTULO III

EL DAÑO

3.1 Concepto de Daño.....	34
3.2 Clasificación del Daño.....	36
3.3 Que Producen los Daños.....	42
3.4 La Reparación del Daño	43
3.5 Formas de Reparación del Daño.....	51

CAPÍTULO IV

EL DAÑO MORAL

4.1 Concepto de Daño Moral.....	57
4.2 Antecedentes Legislativos del Daño Moral en Nuestro Derecho.....	57
4.2.1 Código Civil de 1870.....	58
4.2.2 Código Penal de 1871.....	59
4.2.3 Código Civil de 1884.....	59
4.2.4 Código Civil de 1928.....	60
4.3 Elementos que Integran la Reparación del Daño Moral.....	63
4.4 Naturaleza Jurídica del Daño Moral.....	65
4.5 El Daño Moral dentro del Derecho Mexicano.....	66
4.5.1 Código Penal Federal.....	67
4.5.2 Código Penal de Veracruz.....	70
4.5.3 Código Penal de Sonora.....	73
4.5.4 Código Penal de Guanajuato.....	76
4.5.5 Código Penal de Nuevo León.....	80
4.5.5.1 Ley de la Responsabilidad de los Servidores Públicos de Nuevo León.....	84

CAPÍTULO V

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMPARADO

5.1 En España.....	86
5.1.1 Antecedentes Históricos de la Regulación del Daño Moral en España.....	86
5.1.2 Regulación de la Indemnización por Privativa de Libertad en España.....	87
5.1.3 Regulación de Indemnización por Privativa de Libertad en la Ley Orgánica del Poder Judicial en España.....	89
5.2 En Francia.....	89
5.2.1 Antecedentes Históricos por Privativa de Libertad en Francia.....	89
5.2.2 Legislaciones que Regulan La privativa de Libertad en Francia.....	91
5.3 En Paraguay.....	93
5.4 En Chile.....	94

5.5 En Ecuador..... 98

CAPÍTULO VI

COMENTARIOS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO
PENAL

COMENTARIOS..... 100
CONCLUSIONES 113
PROPUESTA..... 115
BIBLIOGRAFIA 117
LEXICOGRAFIA 118
LINKOGRAFIA 119

INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que el sujeto que se ve sometido a un proceso penal y a sufrido prisión preventiva y que luego es absuelto ha sufrido un daño en su persona el cual debe ser indemnizado.

Dicho daño no solo es material si no que principalmente es un daño moral que abarca no solo el aspecto moral de la persona sino también social y físico y sobre todo en aquellas condiciones que queda sujeto el detenido y sus familiares, las cuales constituyen formas de degradación que el estado debe evitar.

Sobre todo que el estado deba darles un trato especial a los procesados y compensar ese daño causado a través de una indemnización a aquellas personas inocentes que han pasado meses o incluso hasta años en prisión sin razón alguna.

Cuando una persona sea inocente del delito que se le atribuya no puede asumir una carga pública que afecte sus derechos fundamentales como son la libertad, honor, reputación e integridad física siendo tanto el estado como la parte acusatoria los responsables de asumir la obligación de indemnizar al sujeto de los daños y perjuicios que le causaron.

Podemos ver que dentro de nuestra legislación hay una gran desprotección hacia los derechos del procesado, puesto que no hay ninguna ley que regule los abusos que comenten

nuestras autoridades ante los derechos de estas personas aun cuando estas sean supuestos responsables de algún delito que se les impute.

Es por ello que dentro del capítulo cuarto de esta tesis se hace un análisis sobre la forma que nuestro código penal federal y nuestro código del estado regulan la reparación del daño moral y se compara con otros códigos penales de diversos estados.

El capítulo quinto de esta tesis se hace referencia a la reparación del daño moral haciendo hincapié a diversos países y la forma que regulan al daño moral dentro de su legislación.

En el capítulo sexto se plasman los comentarios sobre la reparación del daño moral en el Derecho Penal.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA JURÍDICA

1.1 Planteamiento del Problema

¿Se debe indemnizar a la persona que haya sido acusada por un delito y esta sea absuelta del delito por la cual se le acuso?

1.2 JUSTIFICACION

En la práctica se inician diversas investigaciones ministeriales y muchas veces llegando a consignar a la persona como probable responsable de un delito, iniciándole proceso jurisdiccional sin existir los soportes necesarios que acrediten el hecho que se le imputa incurriendo la autoridad en responsabilidad.

Si dentro de nuestra legislación pudiera preverse por el legislador la obligación de recompensar económicamente al procesado, todos los daños causados por los errores en la aplicación de la prisión preventiva o por la prolongación injustificada de esta podrían haber menos abusos por partes de nuestras autoridades al aplicar la prisión preventiva y la duración de la misma.

Es por ello que se debe buscar una mejor regulación hacia los derechos de los procesados y no dejarlos tan desprotegidos por la ley.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Lograr obtener la reparación del daño moral que se le cause a la persona que fue sujeta a un proceso penal la cual mediante una sentencia resulte absuelta del mismo a través de una indemnización económica cuya obligación de resarcir el daño recaiga en la autoridad y la parte acusadora por el tiempo que estuvo detenido.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Estudiar los fundamentos legales involucrados o aplicados al daño moral para que se pueda proceder a la indemnización del mismo.
- Lograr implementar dentro de nuestro código penal el establecimiento de la reparación del daño moral una indemnización de carácter monetario a las personas que resulten inocentes de un delito con la finalidad de otórgales una seguridad jurídica dentro de nuestra legislación.
- Analizar las diversas legislaciones de otros países que contemplen la reparación del daño moral hacia el procesado.
- Estudiar otros códigos penales de nuestro país para ver como se encuentra regulada la reparación del daño moral en ellos.

1.4 HIPOTESIS

Llevar a cabo un análisis sobre la figura de la reparación del daño moral proveniente de un delito presentando la reforma a la legislación, para que se adecue a la realidad que actualmente se vive en nuestra sociedad.

1.5 VARIABLES

1.5.1 Variable Independiente

Implementar dentro de nuestro código penal veracruzano la reparación del daño moral hacia el presunto responsable que resulte absuelto del delito que se le imputa

1.5.2 Variable Dependiente

Que la obligación de reparar el daño moral recaiga hacia la parte acusadora y el estado como responsables del mismo obtenido hacia la indemnización de la persona absuelta del delito.

1.6 DEFINICION DE VARIABLES

Daño Moral.- Es toda afectación que una persona puede tener 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.

Razones Justificadas.- Debido a la necesidad que surge en nuestra sociedad y por los abusos que cometen nuestros servidores públicos en ejercicio de sus funciones, y para que cesen los mismos es necesario implementar dentro de nuestra legislación penal la elaboración de alguna ley que regule la obligación de resarcir el daño moral causado a una persona por la imputabilidad de un delito que no cometió el resarcimiento del mismo a través de una indemnización económica a la privativa de libertad que tuvo durante el trámite de todo el proceso y que dicha obligación recaiga en la autoridad responsable así como también la parte acusadora.

1.7 TIPO DE ESTUDIO

1.7.1 Estudio Documental

Para realizar la investigación del presente trabajo se acudió a las bibliotecas públicas y privadas para la recopilación de la información

1.7.1. 1 BIBLIOTECA PÚBLICA

Biblioteca de la facultad de derecho universidad veracruzana en Xalapa USBI, Circuito Aguirre Beltrán s/n, Col. Sin nombre, Xalapa ver.

1.7.1.2 BIBLIOTECA PRIVADA

Universidad Villa Rica, Av. Urano fraccionamiento jardines de Mocambo, Boca del Río Veracruz

1.7.1.3 FICHAS BIBLIOGRAFICAS

Para realizar la investigación se ocuparon fichas bibliográficas las cuales se formularon de acuerdo a los siguientes requisitos

- Nombre del autor
- Título del libro
- Tomo del libro
- Numero de edición
- Editorial
- Lugar, fecha, y año de impresión.

CAPÍTULO II

EL DELITO

2.1 DEFINICIÓN

Se encuentra contemplado en el Código Penal Federal en el artículo 7 que a la letra dice: “Delito es el acto u omisión que sanciones las leyes penales”¹

Así también se encuentra en la legislación estatal contemplada en el código penal veracruzano en su artículo 18: “El delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales”²

2.2. SUJETOS DEL DELITO

Al hablar de la existencia de un delito es necesario hablar de la existencia del sujeto que realizara la acción delictiva y del otro sujeto que la sufre, e igualmente de un objeto en que recaiga la acción delictiva y un interés que este jurídicamente protegido, nos estamos refiriendo a los sujetos y objetos del delito, dentro del derecho penal se hablan de

¹ Código Penal Federal, 4ª Edición, México, Libuk, 2011.

² Código Penal del estado de Veracruz, México, Anaya editores, 2011.

dos sujetos que son los protagonistas del mismo acto delictivo el sujeto activo y el sujeto pasivo.

2.2.1 SUJETO ACTIVO

Es aquella persona física que realiza el delito conocida también como delincuente agente o criminal este último término se utiliza dentro de la criminología.

Cabe mencionar que el sujeto activo siempre será una persona física independientemente del sexo, la edad (la minoría de edad da lugar a la inimputabilidad), la nacionalidad, y otras características. Cada tipo (descripción legal de un delito) señala las cualidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo; solo la mujer embarazada podrá ser activo de aborto procurado; únicamente del descendiente o ascendiente consanguíneo en línea recta, los cónyuges, la concubina, concubinario, hermanos, adoptante o adoptado pueden serlo en homicidio en razón del parentesco o relación etc.

2.2.2 Sujeto Pasivo

Es aquella persona física o moral sobre quien recaerá el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Por lo general es llamado víctima u ofendido, en tal caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito como en los delitos patrimoniales y contra la nación, entre otros. Estrictamente, el ofendido es quien indirectamente resiente el delito, por ejemplo, los familiares del occiso en el caso del delito de homicidio. En principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dada las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias; por ejemplo, en el aborto, solo el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo.

2.3 OBJETOS DEL DELITO

El objeto es la persona, cosa, bien o interés penalmente protegido. En el Derecho Penal se distinguen dos tipos de objetos: el material y el jurídico.

2.3.1 Objeto Material

El objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se coloco a dicha persona o cosa.

Cuando se trata de una persona física, esta se identifica con el sujeto pasivo y el objeto material; esto ocurre en delitos como homicidio, lesiones, difamación, violación y estupro. Entre otros. En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, coincide con el sujeto pasivo del delito.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material es la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etc.; por ejemplo, en el robo, la cosa mueble ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble las aguas o los derechos reales; y en el daño en propiedad ajena, los muebles o los inmuebles, indistintamente.

Es muy común, cuando se comienza a estudiar Derecho Penal, confundir el objeto material del delito como el instrumento del delito; este último por ejemplo, es el arma con la cual se privo de la vida en un homicidio, o bien, el psicotrópico transportado en el delito contra la salud publica en su modalidad de transportación.

2.3.2 Objeto jurídico

El objeto jurídico es aquel interés jurídicamente tutelado por la ley. El Derecho Penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos

Al Derecho le interesa tutelar o salvaguardar la vida de las personas; así el legislador crea los delitos de homicidio, aborto y participación en el suicidio, homicidio en razón del parentesco o relación, con lo cual pretende proteger la vida humana.

2.4 DESARROLLO DEL DELITO (ITER CRIMINIS)

El delito es un fenómeno psíquico- físico, ya que puede surgir en la mente del autor, se exterioriza a través de la ejecución de una acción que puede producir un resultado, cuya importancia radica en la punibilidad, que podrá variar o en definitiva no existir. Dicho desarrollo, camino o vida del delito se conoce como iter criminis, que va desde la idea delictiva hasta la consumación del delito, trayecto en el que puede distinguirse varios momentos que se ubican en fases.

2.4.1 Fases del Iter Criminis

Antes de producirse el resultado, en el sujeto activo surge la idea o concepción del delito. Se ha puntualizado que la ley castiga la intención solo cuando se exterioriza de forma objetiva en el mundo externo; sin embargo, es necesario conocer ese recorrido del delito, aun esa fase interna, para comprenderlo mejor. “El iter criminis consta de dos fases: la interna y externa.”³

2.4.1.1 Fase Interna

Se constituye por el proceso interior que ocurre en la mente del sujeto activo y abarca, a su vez, las etapas siguientes: ideación, deliberación y resolución

Ideación.- Es el origen de la idea criminal, o sea, cuando la concepción intelectual de cometer el delito surge por primera vez en la mente del delincuente.

Deliberación.- La idea surgida se rechaza o acepta. El sujeto piensa en ella, de modo que concibe las situaciones favorables y desfavorables. Así, en el interior del sujeto se desata una pugna entre valores distintos.

Resolución.- El sujeto decide cometer el delito, o sea, afirma su propósito de delinquir, o bien rechaza la idea definitivamente.

³ Amuchategui Requena, Griselda, Derecho Penal, 3ª. Edición, México, Oxford, 2005, p. 43

2.4.1.2 Fase Externa

En esta fase ya se ha manifestado la idea delictiva y comienza a realizarse objetivamente y va desde y va desde la simple manifestación de que el delito se realizara, hasta la consumación del mismo, y consta de tres etapas: manifestación, preparación y ejecución.

Manifestación.- Esta idea aparece en el exterior esto es decir, la idea criminal emerge del interior del individuo. Esta fase no tiene todavía transcendencia jurídica, ya que solo se manifiesta la voluntad de delinquir: pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.

Preparación.- Se forma por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, esto es, los actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencia, no revelaran la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos.

Tentativa.- Se constituye por los actos materiales tendientes a ejecutar el delito, de modo que este no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. Puede ocurrir mediante actos positivas (hacer) o negativos (abstención u omisiones).

La tentativa es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente y puesto, que denota la intención delictuosa, se castiga. Al respecto, el Código Penal Veracruzano ha establecido en el “Artículo 28.- Existe tentativa cuando, con el propósito de cometer un delito, se inicia su ejecución mediante actos u omisiones idóneos y no se consuma por causas independientes a la voluntad del agente”.

Es posible distinguir entre tentativa acabada y la inacabada

Acabada.- También se llama delito frustrado y consiste en que el sujeto activo realiza todos los actos encaminados a producir el resultado, sin que este surja, por causas ajenas a su voluntad.

Inacabada.- Conocida igualmente como delito intentado, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo cual no ocurre. Se dice que hay una ejecución incompleta. No todos los delitos admiten la posibilidad de que se presente la tentativa, por ejemplo el abandono de personas, el disparo de arma de fuego y el abuso sexual así como entre otros.

Consumación.- Es la producción del resultado típico ocurre en el momento preciso de dañar o poner en peligro el bien jurídico tutelado por ejemplo en el homicidio la consumación del mismo ocurre en el instante en que se causa la muerte (por supuesto, es punible).

2.5 ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS

2.5.1 Noción de los elementos del delito

Los elementos del delito son cada una de las partes que lo integran; dicho de otra manera: el delito existe en razón de la existencia de los elementos: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, la punibilidad, y la condicionalidad objetiva.

2.5.1.1 Noción de aspectos negativos.

Sabes que los elementos de los delitos son los aspectos positivos, y cada uno de estos elementos le corresponde un aspecto negativo el cual constituye la negación de aquel: esto quiere decir que anula o deja sin existencia al positivo y en consecuencia también al delito.

2.5.2 La Conducta y su aspecto negativo

2.5.2.1 Noción

Sabemos que la conducta es el primer elemento del delito que se requiere para su existencia o también llamada acción, hecho, acto o actividad por lo que la conducta es un comportamiento humano voluntario (aunque algunas veces una conducta humana involuntaria puede tener en el derecho penal una responsabilidad dolosa o preterintencional), activo (acción o hacer positivo) o negativo (inactividad o no hacer), el cual produce un resultado. Dentro del Derecho Penal, la conducta se manifiesta de dos formas la de acción y la de omisión.

Como ya sabes la conducta (también llamada acto o acción) puede expresarse mediante haceres ya sean positivos o negativos esto es actos o abstenciones.

Si bien sabemos el acto o acción en un stricto sensu es un hecho humano capaz de modificar el mundo exterior o poner en riesgo dicha modificación. “para Cuello Colon Acción en Stricto sensu es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca”⁴

Dicha conducta puede ser realizada mediante un comportamiento o varios; un ejemplo el matar a alguien en el cual el agente o criminal va a desarrollar las siguientes conductas comprara la sustancia letal después preparar la bebida e invitara a la víctima y de ahí le dará a beber el preparado mortal.

2.5.2.2 Omisión

Es aquella que consiste en realizar una conducta típica con la abstención del actuar. Esto quiere decir el no hacer o dejar de hacer. Esto establece la forma o el modo negativo

⁴ Castellanos Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 47 ed., México, Porrúa, p. 52

de un comportamiento “Para Cuello Colon. La Omisión es una inactividad voluntaria cuando La Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado”⁵

Mientras que en los delitos de acción se realiza lo prohibido en los de omisión se deja de realizar lo mandado expresamente. Esto es que en los de acción se quebranta una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

Debes hacer mención que dentro de los de omisión se distinguen la omisión simple u omisión propia y los de la comisión por omisión u omisión impropia.

Omisión Simple: es conocida también como omisión impropia y consiente en no hacer lo que se debe hacer ya sea voluntaria o culposamente, con el cual se produce el delito aunque no haya un resultado de modo que se infringe la norma preceptiva un ejemplo la portación de un arma que esta prohibida.

Comisión por Omisión: es conocida también como comisión impropia, consiste en un no hacer voluntario culposo, y la abstención produce un resultado material y hace que se infrinja una norma preceptiva y otra prohibitiva un ejemplo el abandono de darle alimentos a los hijos con lo que se puede llegar hasta provocar la muerte de estos.

2.5.2.3 Aspecto Negativo: La Ausencia de Conducta

En cierta circunstancia suele surgir el aspecto negativo de la conducta que es la ausencia de la misma esto es que la conducta no existe y por lo tanto da lugar a la inexistencia del delito es por eso que la ausencia de conducta es un aspecto negativo o mejor dicho el impedimento de la formación de la figura delictiva ya que el actuar humano ya sea positivo o negativo es la base indispensable para el delito así como para todo problema jurídico.

⁵ *Ibidem*, p. 153

Una de las causas que impide la integración del delito por ausencia de conducta es la vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, esta se ejerce en contra de la voluntad de alguien quien aparentemente comete dicha conducta delictiva a lo que matar por vis absoluta pone al sujeto activo en una posición de mero instrumento del cual se vale el autentico sujeto activo. Sabemos que desde el punto de vista lógico y jurídico nadie puede ser responsable por ser usado como un medio para cometer el delito por ejemplo cuando alguien presiona la mano de otro para que el gatillo se presione y se dispare el arma y se mate a la otra persona.

Es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar también como factores eliminatorios de la conducta a la vis mayor (fuerza mayor) que a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

Cuando el sujeto comete el delito a causa de fuerza mayor se presenta un aspecto negativo de la conducta es decir hay una ausencia de conducta, ya que no existe voluntad por parte del supuesto agente ni tampoco una conducta propiamente dicha es por eso que la ley penal no lo considera como responsable.

Actos Reflejos: son todos los movimientos corporales involuntarios de los cuales el sujeto se encuentra impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. Ya que en caso de que los pueda controlar a voluntad se configuraría el delito.

Ciertos penalistas establecen como aspectos negativos de la conducta: El Sueño, El Hipnotismo y El Sonambulismo ya que el sujeto está realizando la actividad o inactividad sin voluntad por se encuentra en un estado donde su conciencia esta suprimida y se han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros los consideran como causas de inimputabilidad.

2.5.3 Tipicidad y su Aspecto Negativo

2.5.3.1 Tipo

Es aquella descripción legal del delito o la abstracción plasmada en la ley de una figura delictiva.

En la ley penal y en diversas leyes especiales se contemplan de manera abstracta la descripción de los tipos los cuales cobran vida de forma real cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos y agota todos los elementos previstos en la ley.

Aun cuando no exista el tipo el hecho de que alguien en la realidad realiza la conducta que afecta a otra persona esto no quiere decir que aquel ha cometido un delito porque no lo es y además de que no le podrá castigar es decir se está en presencia de conductas atípicas, asociales o antisociales pero no de delitos.

2.5.3.2 Tipicidad

Es todo encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley esto es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. es la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. "Para Celestino Porte Petit La Tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formula nullun crimen sine tipo".⁶

Hay diversas clasificaciones en torno al tipo:

2.5.3.3 Clasificación de los tipos

La clasificación que enseguida se detalla tiende a diversos criterios y varía según el autor. Cabe destacar que la utilidad de clasificar el tipo consiste en facilitar sus rasgos característicos, para diferenciar un delito de otro e incluso resolver problemas prácticos.

2.5.3.3.1 Por la Conducta

De Acción: es cuando el agente incurre en una actividad o un hacer esto quiere decir la conducta típica consiste en un comportamiento positivo.

⁶ Ibídem, p. 168

De Omisión: es cuando dicha conducta consiste en un no hacer, en una inactividad un comportamiento negativo, y esta se divide en omisión simple y de comisión por omisión.

Omisión simple: Es cuando no se realiza lo que la ley prohíbe es decir un no hacer no se produce un resultado material si no formal.

Comisión por omisión: Es una inactividad que tiene como resultado un daño o afectación al bien jurídico esto consiste en un no hacer.

2.5.3.3.2 Por el Daño

Esto se refiere a la afectación que el delito puede producir a la afectación de un bien tutelado y puede ser:

De Daño o Lesión: es cuando se afecta el bien tutelado como en los casos de robo, homicidio, y lesión.

De Peligro: es cuando no se daña el bien jurídico pero se pone en peligro

2.5.3.3.3 Por el Resultado.

Esto es por la consecuencia que se derive de la conducta típica en:

Formal: es cuando para la integración del delito no se requiere de la producción de un resultado ya que solo basta realizar la acción para que el delito surga y tenga vida jurídica. De acción o mera conducta.

Materia o de Resultado: Es cuando se necesita de un resultado de manera que la acción u omisión del agente ocasione una alteración en el mundo.

2.5.3.3.4 Por la Intencionalidad

Aquí la intención con lo que lo haga el activo determina el grado de responsabilidad penal aunque es algo subjetivo y difícil de probar en:

Doloso Intencional: Es cuando se comete el delito con la intención de realizarlo

Culposos imprudencial o no intencional: es cuando se comete el delito sin la intención de cometerlo más bien ocurre debido a negligencias, falta de cuidado, imprevistos, imprudencia etc.

Preterintencional o ultra intencional: Es cuando se desea un resultado típico pero con menor intensidad o gravedad que el que se produjo este ocurre por imprudencia en el actuar. Aunque la preterintencional quedó derogada dentro del Código Penal Federal.

2.5.3.3.5 Por su Estructura

Está es de acuerdo a la afectación que se produce al bien tutelado y puede ser:

Simple: Es cuando el delito que se ha producido solo consta de una lesión.

Complejo: Es cuando el delito consta de más de una afectación en su estructura y da lugar al surgimiento de un ilícito distinto y con mayor gravedad.

Instantáneo con efectos permanentes: Es cuando se afecta instantáneamente al bien jurídico tutelado y sus consecuencias permanecen durante algún lapso de tiempo como en el caso de las lesiones.

Continuado: Es aquel que se produce mediante varias conductas y se obtiene un solo resultado y los diversos comportamientos son de la misma naturaleza y van encaminados al mismo fin.

Permanente: Después de que el sujeto realiza la conducta, esta se prolonga en el tiempo a voluntad del activo, por ejemplo, secuestro

2.5.3.3.6 Por su Ordenación Metodológica

“según determinadas circunstancias, el delito puede ser

Básico o Fundamental: Es el tipo que sirve de eje o base y del cual se derivan otros, con el mismo bien jurídico tutelado. El tipo básico contiene el mínimo de elementos y es la columna vertebral de cada grupo de delitos.

Especial: Se deriva del anterior, pero incluye otros elementos que le dan autonomía o vida propia por ejemplo, homicidio en razón del parentesco o relación y aborto, los cuales se derivan del homicidio, pues de hecho son homicidios, pero con características en los sujetos activo y pasivo que los hacen diferentes del básico. Ambos delitos pueden ser agravados o atenuados; estos últimos se denominan también privilegiados (el aborto es privilegiado mientras que el homicidio en razón al parentesco o relación es agravado ambos en relación el homicidio).

Complementado: Es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifican su punibilidad, de manera que lo agravan o atenúan, además no tienen vida autónoma como el especial”⁷

2.5.3.3.7 Por su Formulación:

De acuerdo a la forma en que se hace la descripción del tipo el delito es:

Casuístico: Es cuando se plantean diversas hipótesis o posibilidades para la integración del delito los cuales pueden ser:

⁷ *Ibidem*, p. 170

Alternativo: Solo basta que ocurra una de las alternativas que plantea la norma.

Acumulativo: Es cuando se requiere la realización de todas la hipótesis plateadas para que se de la integración del delito.

Amplio: Es aquel que no precisa de un medio específico de comisión, esto puede hacerlo cualquiera por ejemplo homicidio.

2.5.3.3.8 Aspecto Negativo atipicidad

Una vez que se integran todos los elementos descritos del tipo legal ay da lugar a la presentación del aspecto negativo del delito que se llama atipicidad. Esta es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo. Ya que si la conducta no es típica nunca será delictuosa, esto sea por falta de algunos requisitos o elementos que exige el tipo ya sea respecto a los medios de ejecución, el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo, etc.

“Suele distinguirse entre ausencia de tipo y tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que, según el sentir general, deberá ser incluida en el catalogo de los delitos. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a el la conducta dada, en el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo”⁸

2.5.4 Antijuridicidad y su aspecto negativo

Sabes que el delito es una conducta humana pero que no toda conducta humana es delictuosa precisamente y además que sea típica, antijurídica y culpable es por eso que hablaremos sobre la antijuridicidad como un elemento esencial para la integración del delito.

⁸ Ibídem, p. 176

2.5.4.1 Definición

Sabemos que la antijuridicidad es un concepto negativo y por lo tanto es complicado darle al mismo una idea positiva ya que lo antijurídico es aceptado como algo contrario al derecho así pues sabemos que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien jurídico protegido a que se contrae el tipo penal que se encuentra plasmado en un código o ley y es considerado delito atendiendo a las diversas consideraciones, pero fundamentalmente al criterio que indica que dicho actuar se aparta de lo establecido por el derecho destruyendo o poniendo en peligro un bien jurídico tutelado por una norma legal.

2.5.4.2 Clases de Antijuridicidad

La antijuridicidad se distingue en dos tipos de clases la material y la formal

Material: Es contraria a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica a la colectiva

Formal: Es la violación de una norma emanada del Estado y de acuerdo con Jiménez de Azua, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera que esta distinción no tiene sentido.

2.5.4.3 Aspecto negativo: causas de justificación

Ya que hemos señalado los factores positivos y negativos del delito, examinaremos la ausencia de antijuridicidad.

Sabemos que la conducta puede estar en oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por alguna causa de justificación. Ya que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. “La Antijuridicidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por considerar

que la conducta es ilícita o justificada por el propio derecho. Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a lo presupuesto del artículo 128 del código penal para el estado de Veracruz, y sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que obro en defensa legítima, por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante”⁹

2.5.4.4 Fundamentación de las Causas de Justificación

Debido al doble carácter de la antijuridicidad (material y formal), esta solo se puede eliminar por declaración expresa del legislador. El estado podrá excluir la antijuridicidad cuando en las condiciones ordinarias subsistiera que no existe el interés que se trata de proteger o cuando concurren dos intereses jurídicamente tutelados y no puedan salvarse ambos y el derecho opte por la conservación del mas valioso. Para Edmundo Mezger la exclusión de antijuridicidad se funda en: a) consentimiento y, b) en función del interés preponderante.

Consentimiento: Mezger dice “El consentimiento del lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles. El consentimiento debe ser serio y voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente”¹⁰. Para que el consentimiento sea eficaz se requiere que el titular objeto de la acción y el objeto de protección sean una misma persona. También puede darse el consentimiento presunto. (Enfermos).

Interés Preponderante: Cuando estamos en presencia de la existencia de dos intereses incompatibles lo que hace el derecho ante la imposibilidad de que ambos subsistan salva el de mayor valor y sacrifica al de menor ya que es el único recurso para la conservación del preponderante. Por esa razón se justifica la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso) el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

2.5.4.5 Causas de Justificación en particular

Dentro de la Ley Penal Mexicana se encuentran contempladas las siguientes causas de justificación que son:

⁹ Ibídem, p. 182

¹⁰ Mezger Edmundo, Derecho Penal, México, Cárdenas Editores,1985, p. 166

Legítima Defensa, Estado de Necesidad, Ejercicio de un Derecho, Cumplimiento de un Deber y Consentimiento del Titular del Bien Jurídico.

2.5.4.5.1 La Legítima Defensa

Consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Los elementos de la legítima defensa son las partes integrantes de la propia definición legal:

Repulsa: Significa rechazar, evitar, impedir, no querer algo.

Agresión: Debe entenderse como Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar interés jurídicamente protegidos.

Según la nueva fórmula legal en vigor, la agresión ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginaria; debe también ser actual o inminente lo cercano, inmediato.

Pero no basta una agresión real, actual o inminente, precisa también que sea injusta, sin derecho, esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la legítima defensa.

Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos.

Presunciones de legítima defensa: Las Presunciones son *iuris tantum*, es decir, puede admitir prueba en contrario, sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho, y, por ende, será al Ministerio Público a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos necesarios para demostrar que el inculpado no obró en legítima defensa.

Exceso en Legítima Defensa: La repulsa a la agresión injusta deberá traducirse en una acción necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño. El exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, rebasando la medida necesaria para defenderse o para defender a otro.

2.5.4.5.2 Estado de Necesidad

El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el estado opta por la Salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante; nada mas cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque solo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.

Dentro de los elementos que integran el estado de necesidad se encuentran ;a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); d) un ataque por parte de quien se encuentra en estado de necesidad; e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Casos especialmente tipificados. El Código Penal Federal, además de la forma genérica con que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos: el aborto terapéutico y el robo indigente.

Aborto Terapéutico: Es llamado también aborto necesario, consiste, de acuerdo con el artículo 334 del código penal, en lo siguiente: No se aplicara sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fueras posible y no sea peligrosa la demora.

En tal caso el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro.

Robo de Indigente: También conocido como robo de famélico, es propiamente el robo producido por un estado de necesidad, contemplado en el artículo 379 del Código Penal Federal de la manera siguiente: No se castigara al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

2.5.4.5.3 Ejercicio de un Derecho

Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etcétera.

El médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena causa una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de parecer típica, no es antijurídica porque actúa en ejercicio de un derecho.

2.5.4.5.4 Cumplimiento de un Deber

Consiste en causar un daño cuando se obra de forma legítima en razón al cumplimiento de un deber jurídico siempre y cuando exista una necesidad racional del

medio que se emplea. Aquí se manifiesta todo lo que se estableció en el tema del ejercicio de un derecho debido a que la misma ley penal los iguala en definirlos con el mismo precepto con la diferencia de que el primero consiste en ejercitar un derecho y el segundo consiste en el cumplimiento de una ley y a veces ambas situaciones se encuentran unidas o una de ellas se desprende de la otra.

2.5.4.5.5 Cumplimiento del Titular del Bien Jurídico

De acuerdo con la Reforma hecha en el Código Penal Federal al cual se la adiciona una nueva excluyente del delito la cual se encuentra prevista en el artículo 15 en su fracción III que a pie dice:

“Artículo 15 El Delito se excluye cuando:

III: Se actué con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- 1.- Que el bien jurídico sea disponible;
- 2.- Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- 3.- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo.”

2.5.5. Imputabilidad y su Aspecto Negativo

La Imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal. Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad si previamente no es imputable.

Es imputable quien goza de salud mental, no se encuentra afectado por sustancias que alteren su comprensión y tiene la edad que la ley señala para considerar a las personas con capacidad mental para ser responsable del delito; en la mayoría de los Estados de la Republica Mexica la mayoría de edad es a los 18 años.

2.5.5.1 Acciones Liberae in causa

La Imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas condiciones se les llaman Liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para agarrar valor bebe en exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Estamos en presencia de la imputabilidad; entre el acto voluntario (la decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal.

2.5.5.2. Aspecto Negativo: Inimputabilidad

La Inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal. Las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

2.5.5.2.1 Causas de Inimputabilidad

Concretamente las causas de inimputabilidad son las siguientes:

Trastorno Mental: Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. Puede ser transitorio o permanente. Por ingerir alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Y esta solo será excluida en caso de que el propio sujeto haya provocado su estado de incapacidad bien de manera intencional o de forma imprudencial.

Desarrollo Intelectual Retardado: Es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer. La Sordomudez será causa de inimputabilidad siempre y cuando el sujeto carezca de capacidad para entender y querer.

Miedo Grave: En el miedo grave se presenta la inimputabilidad, porque en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro practicable y menos perjudicial.

Minoría de Edad: Se Considera que los menores de edad carecen de madurez y, por lo tanto de la capacidad para querer y entender es por ello que se considera que el menor no comete delitos si mas bien infracciones de ley dentro de nuestro medio los menores de 18 años son inimputables por eso cuando realizan comportamientos típicos del Derecho Penal no se configuran los delitos al respecto.

Sabemos que el delito es una conducta típica y antijurídica; y que para integrar al delito en su totalidad es necesario estudiar su elemento el de la culpabilidad.

2.5.6 Culpabilidad y su Aspecto Negativo

La Culpabilidad es la relación existente entre la voluntad y el conocimiento del hecho en cuanto a la conducta realizada.

Según Vela Treviño; “La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del conocimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”¹¹

2.5.6.1 Formas de Culpabilidad

La culpabilidad se manifiesta de dos formas el dolo y la culpa, según como el agente dirija su voluntad para ejecutar el hecho tipificado en la ley como delito o cause un resultado igual por medio de su negligencia o imprudencia. Puede delinquir mediante con una determinada intención delictuosa (dolo) o por descuido de las precauciones indispensables que exija el Estado (culpa).

¹¹ Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad y Teoría del Delito*, México, Trillas, 1985, p. 337

2.5.6.2 Dolo

El dolo consiste en causar el daño de manera intencional para el resultado típico teniendo el conocimiento y la conciencia de la antijuridicidad del hecho es conocido también como delito intencional o doloso.

2.5.6.2.1. Clases de Dolo

Sabemos que el dolo se puede manifestar de las siguientes maneras: directo, indirecto y eventual.

Directo: Es aquel que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntad en la conducta y querer en el resultado.

Indirecto: Es también llamado como dolo de consecuencia necesaria, esta consiste en el momento en que el agente actúa con la certeza de que causara otros resultados que se encuentran tipificados en la ley penal los cuales no persigue directamente , pero previniendo lo sucedido ejecuta el hecho.

Eventual: Existe cuando el sujeto se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, limitando sus consecuencias.

Indeterminado: Es cuando se tiene la intención de delinquir de una manera imprecisa. Sin que el sujeto desee un delito determinado.

2.5.6.3 Culpa

La Culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, cuando pudo ser previsible y evitable.

2.5.6.3.1 Elementos de la Culpa

Estos elementos de la culpa son las partes esenciales por las cuales se integra:

Conducta (acción u omisión), carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes, resultado previsible y evitable, tipificado de resultado, nexo o relación de causalidad.

2.5.6.4 Clases de Culpa

Las especies principales de la culpa son dos. La Consiente, con previsión o con representación y La Inconsciente, sin previsión o sin representación.

Consiente: Es cuando el sujeto previene el resulta típico como posible. Esto es no solamente no lo quiere si no que guarda la esperanza de que no ocurra.

Inconsciente: Es cuando existe la voluntad en la conducta causal sin prevenir el resultado (penalmente tipificado) y no hay un resultado de naturaleza previsible, ya que esta culpa puede ser; lata, leve y levísima en la primera se puede prevenir el daño con mas posibilidad en la leve la posibilidad de prevenir el daño es menor y en la levísima la posibilidad de prevenir el daño es mucho menor que en las anteriores.

2.5.6.5 Aspecto Negativo Inculpabilidad

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el Derecho Penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial del hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo).

2.5.6.6 Error y la Ignorancia

El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto se conoce pero equivocadamente. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente. El error se divide en error de hecho y de derecho, el de hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca: aberratio in persona y aberratio delicti.

Las Eximentes Putativas: Son situaciones en las cuales el sujeto, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundamentalmente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo. Inexplicablemente suele limitarse el alcance de un grupo de las eximentes putativas a la legítima defensa putativa; nada autoriza tal proceder; participan de la misma naturaleza todas las actuaciones típicas y antijurídicas en donde el sujeto considera, de manera fundada, encontrarse ante la causa de justificación. Por ello al lado de la legítima defensa putativa debe ser estudiado el estado necesario putativo, el deber y derechos legales putativos etcétera.

2.5.7 Punibilidad y Su Aspecto Negativo

La Punibilidad es la aplicación de una pena de acuerdo al comportamiento que realiza una persona; esto es decir un comportamiento puede ser sujeto de punibilidad cuando en dicho comportamiento trae consigo la aplicación de una sanción. Utilizando la

palabra punibilidad, con menos propiedad, es la imposición concreta de una pena a la persona declarada culpable de la realización de un delito. En otro sentido una conducta es punible cuando por la naturaleza de la misma amerita la aplicación de una pena.; es por eso que el estado crea ciertas normas jurídicas dirigidas a los sujetos que las corrompen (ius puniendi). Es decir la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes. En este último término se puede llegar a confundir la punición con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento normativo de la llamada amenaza normativa.

Circunstancias Atenuantes o Privilegiadas: son las consideraciones hechas por el legislador en ciertos casos para que la pena de un delito sea disminuida. Ejemplo: Homicidio en riña.

Circunstancias Agravantes: Son aquellas consideraciones que de acuerdo con la ley el legislador puede tomar para la modificación de la pena para agravarla. Ejemplo: alevosía y ventaja.

Estas variantes van de acuerdo a cada factor o circunstancia que la ley toma en cuenta para modificar la pena ajustándola al caso en específico para que a través de esas circunstancias especiales la pena sea más justa ya sea para el caso de atenuar o agravar la pena con la excepción de que el juzgador no podrá imponer una pena menor a la señalada como mínima ni mayor a la señalada como máxima.

2.5.7.1 Aspecto Negativo: Excusas Absolutorias

Cuando estamos en presencia de una excusa absoluta no es posible aplicar una pena ya que da lugar al aspecto negativo de la punibilidad son causas que dejan subsistir el carácter delictivo de la conducta o hecho, ya que no da lugar a la aplicación de la pena. Algunas conductas determinadas por motivos de justicia y equidad no son castigadas por el estado de acuerdo con una política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los

elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), son inalterados ya que se excluye la punición.

2.5.7.1 Excusas Absolutorias en la Legislación Mexicana

Por Estado de Necesidad: Que la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad unos ejemplos: robo famélico y aborto terapéutico.

Por Temibilidad Mínima: En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo con arrepentimiento.

Por Ejercicio de un Derecho: Un caso típico es el aborto cuando el embarazo es producto de una violación.

Por Culpa o Imprudencia: Un ejemplo de este tipo de excusa es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada. “También se encuentra dentro de esta hipótesis el caso de lesiones u homicidio culposo en agravio de un ascendiente o descendiente consanguínea en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado. Siempre que al conducir no se hubiera hallado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otra sustancia toxica”.¹²

Por no exigibilidad de otra conducta. Uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas.

¹² *Ibidem*, p. 56

CAPITULO III

EL DAÑO

3.1 Conceptos de Daño

El concepto de la expresión daño, la podemos ver desde dos puntos de vista, en su sentido común en su forma más usual y en su significación jurídica, está a su vez en un sentido lato otro estricto.

Así tenemos que en el sentido común:

“Daño es la expresión que alude al detrimento, menoscabo, perjuicio que de cualquier modo se provoca, aun cuando se trate de actos dirigidos por la persona o contra sí misma como puede resultar del suicidio o la automutilación; y también aquel que no implica en su conducta culpa o dolo.”¹³

En su significación jurídica, en su sentido lato se dice que:

¹³ Enciclopedia Jurídica Ameba, tomo V, Edit. Bibliográfica Buenos Aires Argentina, 1974, p. 511

“Todos los bienes y cosas que al hombre corresponden, y con los cuales coexistiendo según su situación y circunstancias hacen su vida, pueden ser objeto de lesión, menoscabo, detrimento etc.: su vida, su honor, su propiedad; su libertad; por lo que conforme a la caracterización de lo ilícito en general, del delito y cuasidelito no puede circunscribirse sin su significación concreta restringida la expresión daño a solo patrimonial económico.”¹⁴

De acuerdo con Borja Soriano, el daño es:

“La pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por falta de cumplimiento de la obligación”¹⁵

En este mismo sentido el Código Civil vigente en el estado de Veracruz, en su artículo 2041 nos dice que:

“2041; Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de la obligación.”¹⁶

En cuanto a los conceptos transcritos con anterioridad, es de notarse que no se está tomando en cuenta que una persona no solamente puede sufrir pérdidas pecuniarias, sino que también sufre menoscabos en su salud, en su integridad física, en sus sentimientos o afecciones. Así también se puede observar que nuestro código civil incurre en un error al señalar como causa de origen del daño el incumplimiento de una obligación.

El tratado de Ennecerus nos dice que:

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las Obligaciones*, Tomo II Editorial bibliográfica, Buenos Aires Argentina, 1994, p. 511

¹⁶ Código Civil para el Estado de Veracruz

“Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, etc.)”¹⁷

Dicha fórmula tiene una amplitud que abarca desde un bien jurídico meramente material como el patrimonial, hasta un bien eminentemente moral como el honor.

Mientras que en el lenguaje corriente lo suele utilizar para referirse principalmente al daño patrimonial o material. El lenguaje jurídico como ya señalamos, ha ampliado la significación de daño hasta hacerle abarcar también los daños o bienes morales o así mismos bienes mixtos como la vida haciendo surgir la obligación de reparar daños no solo de la esfera económica.

3.2 Clasificación del Daño

Se puede decir que existe una extensa clasificación de los daños la general y fundamental que es aquella que los distingue en material y moral, según sea la naturaleza del bien jurídico perjudicado.

Dicha separación de los daños es aceptada por la mayoría de los juristas y aparece contemplada en las legislaciones.

Se deriva como consecuencia de los derechos patrimoniales y los extra patrimoniales o llamados inherentes a la persona.

3.2.1 Daños Materiales o Patrimoniales

¹⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, Editorial Harla, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 1990, p. 215-216.

Es aquel que va a recaer sobre el patrimonio del sujeto pasivo es decir altera el vinculo que puede ser objeto de valoración económica ya sea que se afecte una o varias relaciones.

Citando a Henry y León Mazeaud, por daño material se entiende:

“El Perjuicio que constituye un atentado contra los derechos pecuniarios de una persona”¹⁸

Es por ello que decimos que un daño patrimonial siempre causara una ofensa o disminución de determinados valores económicos

La idea de menoscabo es esencial en el concepto de un daño patrimonial y se manifiesta de dos formas comunes que exista una pérdida o disminución en valores económicos que ya existan es decir que haya un empobrecimiento en el patrimonio (daño emergente) o por la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante).

Para tener un mejor entendimiento de lo anteriormente plasmado se podría decir que el daño se establece mediante una comparación entre el patrimonio realmente existente después del daño y el que probablemente existiría si el daño no se hubiera producido.

3.2.1.1 Daños Morales

Cuando el daño no cuadra dentro de las características del daño patrimonial estaremos en presencia de un daño moral. Esta distinción no discurre de la naturaleza del derecho, bien o interés lesionado, si no del efecto de la lesión, del carácter de su repercusión sobre el perjudicado.

El daño moral puede entenderse en dos sentidos: el estricto o propio y el otro lato e impropio.

¹⁸ Henry y León Mazeaud, Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*. Parte 2 Vol. II, Edición Jurídico Europa Americana , Buenos Aires Argentina, 1999 , p. 55

En sentido estricto o propio el daño moral, es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole mora, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. En sentido lato e impropio es el daño moral, todo daño injustamente causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es daño moral en este sentido no solo el que se ha indicado en el estricto, si no en el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física, las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y las aflicciones o padecimientos morales que además pueden sobrevivir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo sea en otras que le pertenezcan.

Así mismo tenemos el concepto de daño moral estipulado en el código civil federal el cual lo estipula de una manera clara y amplia para el entendimiento del mismo en su numeral 1916 que al pie dice:

Art. 1916: Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien 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.

Para poder caracterizar al daño moral hay que comprenderlo en relación a su contenido que no es el dinero, ni una cosa comercialmente reducida a dinero, sino el dolor, la emoción, la vergüenza, el espanto, la injuria física o moral y en sí, una dolorosa sensación experimentada por la persona.

Señalando a los hermanos Mazeaud, hay dos categorías de este daño que se oponen de manera clara:

“La parte social que comprende el honor, la reputación, la consideración de la persona y las heridas que causan las lesiones estéticas. Y la parte afectiva del patrimonio moral constituida por los sentimientos morales o religiosos, los sentimentales del amor, la fe, los sufrimientos por el fallecimiento de una persona amada, etc.”¹⁹

Vemos que los primeros casi siempre van ligados a un daño pecuniario, puesto que la falta de consideración sobre una persona la expone más veces a perjudicarla pecuniariamente, obligándola a abandonar la situación que ocupa, o bien comprometiendo su porvenir o el de la familia haciendo peligrar su comercio o industria.

3.2.1.2 Daños en la Integridad Física

Junto a los daños referentes a la parte social y la afectiva, encontramos otros daños morales que no son pecuniarios algunos ejemplos de estos tenemos los ataques a las convicciones y las creencias y aquellos daños que hieren a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo: sufrimientos cicatrices y heridas que afectan a la estética.

José de Aguilar establece que en este tipo de daños intervienen tanto los aspectos del daño moral como del patrimonial a lo que indica:

“La alteración del aspecto estético, si acarrea mayor dificultad para recuperarse la subsistencia, si hace más difíciles para la víctima las condiciones de trabajo, si sus probabilidades de colocación o de ejercicio de la actividad a que se dedica, constituye sin duda un daño patrimonial no se puede objetar contra su reparación ni aunque erróneamente se considera daño moral, por que se presenta dificultad para su evaluación. Debe ser indemnizado pues, como daño patrimonial, el resultado perjudicial de la ofensa al aspecto

¹⁹ Bejarano Sánchez, Manuel, Op.Cit, nota 3, p. 237

estético siempre que se traduzca en una repercusión de orden material, porque la lesión al sentimiento o el dolor psíquico, con repercusiones patrimoniales, importan un daño patrimonial. De esa naturaleza es el daño estético que deforme desagradablemente las facciones de modo que cause repugnancia o ridículo y por lo tanto, dificultad a la actividad de la víctima al lado de ese daño existe también el daño moral, este consiste en las penosas sensaciones de las ofensas, en la humillación ante terceros, en el dolor sufrido, en fin en los efectos puramente psíquicos y sensoriales experimentados por la víctima del daño a consecuencia, a consecuencia de este, sea por el recuerdo del defecto o la lesión, cuando haya dejado residuos más concretos, sea por la actitud de repugnancia o reacción al ridículo tomada por la personas que lo enfrentan”²⁰

Si bien es cierto que los daños provocados a las condiciones estéticas del sujeto dañado es sin duda que dicha lesión disminuye y anula las posibilidades del sujeto y esto nos posiciona en presencia de un daño cierto cuya evaluación del monto queda sujeto al arbitrio del juez el cual para poder fijar el monto del resarcimiento debe de tomar en cuenta la gravedad de la lesión y también tomar en cuenta el tipo de profesión que ejerza el sujeto además de la cultura, sexo, edad, condición social a manera de ajustar dicho monto lo más posible al daño causado.

Otra clasificación es la del Jurista Jorge Malvaez Contreras en su libro la reparación del daño al ofendido o víctima del delito en su primera edición clasifica al daño siguiendo la doctrina de la doctora Ruth Villanueva Castilleja

“I Por razón de su causa:

- a) Compensatorios: Comprende el menoscabo patrimonial provocado por un cumplimiento de la obligación que se estima definitivo.
- b) Moratorio: Supone la final ejecución de la obligación y computa el Demetrio patrimonial producido por la tardanza en satisfacer la prestación por el deudor.

²⁰ Aguilar Díaz, José, *Tratado de la Responsabilidad civil*, Tomo I, edit. José M. Cajica JR., México, 1998, p. 185,186.

II Por su relación con el damnificado:

- a) Comunes: Son los que cualquier persona igualmente habría experimentado como consecuencia del incumplimiento de la obligación.
- b) Propios: Son los que sufre exclusivamente una persona determinada por las circunstancias que le atañen a ella

III por su conexión causal con la inejecución con el deudor

- a) Inmediatos: Resultan invariablemente del incumplimiento con el deudor, según el curso natural y ordinario de las cosas
- b) Mediatos: Resulta solamente de la conexión del incumplimiento del deudor con un acontecimiento distinto
- c) Directos e Indirectos: Esta clasificación tiene para la citada autora, un significado dual que solo juega en el ámbito de los hechos ilícitos. Según una significación es directo el que sufre la víctima del hecho ilícito en las cosas de su dominio y posesión, es indirecto el que refluye en su patrimonio por el mal hecho a su persona o a sus derechos y facultades.

IV En función de su predicción por las partes

- a) Previsto: Los que de hecho a contemplado el deudor al tiempo de contraer la obligación, e imprevistos los que se encuentran en la situación opuesta
- b) Previsibles: Los susceptibles de previsión al tiempo de contraerse la obligación, e imprevistos los que no

V Por su relación con la presentación debida

- a) Intrínsecos: Los que conciernen a la prestación mínima que constituye al objeto de la obligación
- b) Los que sufre el acreedor en otros bienes suyos distintos del objeto de la obligación.

VI En razón de su efectividad.

- a) Actual: Es el detrimento patrimonial ya ocurrido y que aun subsiste sin reparar

- b) Futuro: Es el que habrá de sufrir necesariamente el damnificado en un tiempo ulterior, y es resarcible si puede desde ya estimado pecuniariamente.
- c) Eventual: Es el problemático o conjetural, que puede o no ocurrir, de ahí que no sea en principio resarcible.

VII En función del interés representado por el cumplimiento de la obligación

- a) Daño al interés positivo: Engloba las perspectivas favorables que el acreedor podía legítimamente esperar como resultado del cumplimiento de la obligación.
- b) Daño al interés negativo: consiste en el resarcimiento al acreedor de los daños y perjuicios que no habría sufrido, sino se hubiera constituido la obligación

VIII Según su fuente puede ser contractual se ocasiona por el incumplimiento de un contrato.

- a) Extracontractual: Dimana de la violación del deber general de no dañar.”²¹.

3.3. Que producen los Daños

En el Código civil del Estado, en sus artículos, 1843 y 1845 nos señalan:

1843: El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, estará obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

1845: Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizar si se demuestra que el derecho solo se ejercito a fin de causar el daño sin utilidad para el titular del derecho.

²¹ Malvaez Contreras, Jorge, *La reparación del Daño al Ofendido o Víctima del Delito*, Editorial Porrúa, México, p. 100-102, 2008.

Según lo estipulado con los artículos mencionados con anterioridad se desprende que aquella persona que cause un daño quedara obligada a resarcir o reparar el daño causado.

Sabemos que de acuerdo con nuestro código civil se establece que la manera de resarcir el daño causado es a través de la responsabilidad civil y que dicha responsabilidad señala dos posibles fuentes: a) el hecho ilícito y b) el riesgo creado.

Es por ello que toda producción de un daño da surgimiento a una responsabilidad civil que es traducida en la necesidad de reparar el daño o perjuicio causado a otro, por un hecho ilícito. o por creación de un riesgo.

Dicha responsabilidad u obligación de indemnizar el daño son: la realidad de una lesión o daño a otro, una acción u omisión culpable o negligente por parte del que lo produce y una relación de causalidad entre esa conducta y el daño.

Es claro que sin el daño no tendría lugar la obligación de indemnizar, ya que el objetivo de la responsabilidad civil es tratar de reparar el daño y si este no se demuestra no habría acto ilícito.

3.4 Reparación del Daño

3.4.1 Naturaleza Jurídica de la Reparación del Daño

Sabemos que para determinar la naturaleza jurídica del daño es necesario la existencia de un daño causado, una lesión o un menoscabo hecho a otro.

Ya que cuando una persona causa daño a otra esta queda obligada a la indemnización y es necesario que dicho daño constituya una destrucción o degradación y que se haya sin derecho independientemente de la intención del actor, solo basta que la

conducta del actor se haya apartado de la línea de conducta que se debe seguir aunque se cometa sin ninguna intención de dañar.

Es necesario también que el daño provenga de un hecho del hombre, porque de esa manera el responsable del hecho realizado queda obligado con el perjudicado a responsabilizarse de sus actos, es por ello que estamos en presencia de una responsabilidad que todo sujeto de derecho posee y luego entonces para dar la existencia de dicho daño es necesaria la realización de un hecho o acto humano causado ya sea por dolo o culpa.

Dicho responsabilidad u obligación que surge en provecho de la parte lesionada o perjudicada tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero igual al valor del objeto que se daño, es por ello que el efecto que tiene la reparación del daño es obligar al sujeto que provoca el daño al pago de lo que debe, es decir volver al estado anterior la cosa lesionada por lo que se deduce que ya existe una responsabilidad respecto de la indemnización ya que trae como consecuencia la devolución de la cosa a otros casos o al pago de su precio.

Así tenemos que la reparación del daño tiene como consecuencia el resarcir ese daño o perjuicio ocasionado, toda vez que la naturaleza jurídica de la reparación es una obligación legal ya sea civil, penal, social y moral.

3.4.2. Conceptos de la Reparación del Daño

En un Sentido Estricto:

La Reparación del Daño es enmendar, componer, o corregir la destrucción o menoscabo que se ha ocasionado a las cosas o a las personas, así podemos establecer genéricamente que la reparación del daño, es la acción que tiene como finalidad desagrar a aquella persona que ha sufrido el menoscabo o lesión en sus bienes jurídicos de tutela mediante un pago efectivo (indemnización) restitución o restauración de las cosas afectadas en su caso.

Sin embargo no hay que olvidar que existen diversas acepciones respecto a la reparación del daño y hay que verlo desde el punto de vista doctrinal, jurisprudencial y legal.

3.4.2.1 Desde el punto de vista Doctrinal

Desde este punto de vista se harán referencias a diversos conceptos de la reparación del daño para poder comprenderla un poco más.

Para el Doctrinario Guillermo Colín Sánchez la define de la siguiente manera: la reparación del daño es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima de un delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal”²²

“Para Jorge Ojeda Velásquez: La reparación del daño es la cantidad de dinero o su equivalente se debe pagar a la víctima o persona ofendida y, en caso de renuncia al estado, por el daño directo o afectivo ocasionado al cometerse en contra de aquella un hecho antijurídico”.²³

“Según el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos: Establece que la reparación del daño en sentido lato (amplio) la expresión al ofendido del menoscabo patrimonial sufrido por el delito e indemnizarlo en su caso respecto a las ganancias lícitas que por esa razón haya dejado de percibir”²⁴

²² *Ibidem*, p.105

²³ *Idem*

²⁴ *Ibidem*, p. 106

De los conceptos anteriormente descritos se puede decir que el objetivo de la reparación del daño es de restituirle a la persona o sujeto que sufrió el daño; a la situación que guardaba antes del hecho

3.4.2.2. Desde el punto de vista jurisprudencial.

Dicha reparación del daño también ha sido tocada desde el aspecto jurisprudencial esta misma se puede observar en diferentes términos de los que se han vertido según el caso concreto que deba atenderse. La misma jurisprudencia la ve desde el punto de vista como una garantía que corresponde únicamente a la víctima u ofendido dentro del proceso legal la cual puede generalizarse que la reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se generara el acto dañoso, es por ello que la obligación de dicha indemnización recae directamente hacia el responsable que cometió dicho acto.

3.4.2.3 Desde el punto de Vista Legal

Cabe mencionar que el artículo 20 de nuestra Constitución contempla los derechos que tiene tanto de la víctima u ofendido y los derechos de la persona imputada los primeros se encuentran plasmados en el apartado c) y los segundos en el apartado b) de dicho ordenamiento, pero en cuanto hace a la reparación del daño solo la contempla como un derecho único hacia la víctima u ofendido.

Artículo 20 apartado c): De los derechos de la víctima o el ofendido

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

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

Apartado b) De los derechos de la persona Imputada:

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

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

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

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se

ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Si analizamos todas y cada una de las fracciones contempladas en dicho apartado encontramos que en ninguna de ellas se le reconoce al imputado como un derecho el resarcimiento o la reparación del daño ya que desde el momento que dicha persona queda sujeto a un proceso se está causando un daño no tan solo económico sino también moral y para poder resarcir dicho daño en aquellos caso donde el presunto responsable que de absuelto de dicho delito que se le imputa y cuya obligación de resarcir el daño quede a cargo de la parte actora y de la autoridad competente, tomado en consideración diversos aspectos como el laboral, familiar, psicológico social que sufre dicha persona entre otros.

3.4.2.4 Presupuestos de la Reparación del daño

Existen diversos criterios para determinar los presupuestos de la reparación del daño, es por ello que debemos citar a diversos actores.

I Criterio Tradicional: Se encuentra representado principalmente por Jorge Lamibias, el cual responde a las antiguas de la responsabilidad civil , no concibe a la idea de que alguien pueda ser obligado a indemnizar un daño si este no es el resultado de un acto voluntario reprochable a titulo de dolo o culpa.

“Según el autor en cita los presupuestos de la responsabilidad como:

- a) Incumplimiento del deudor o litud
- b) Imputabilidad del acto, pudiendo ser este a su vez de primer o segundo grado
- c) Daño
- d) Relación de Causalidad”.²⁵

“II De acuerdo con la tesis de Boffi Borggero y Chersi;

Boffi Borggero afirma que los elementos mínimos de hecho son: Acción (positiva o negativa), antijuridicidad, imputabilidad, daño, relación de causalidad entre el hecho y el daño, la frustración de indemnizabilidad.

Mientras que Carlos Ghersi establece etapas de la reparación:

La primera etapa se presenta con los elementos comunes propios de toda situación de reparación, siendo tres los componentes mínimos e imprescindibles sin los cuales no es posible avanzar, siendo los siguientes: a) hecho u obrar humano. b) el daño, y c) la relación de causalidad.

²⁵ Ibidem, p. 120

Hecho Humano.- Se refiere a la presencia del ser humano como fuente y única causa de producción del resultado dañoso.

El Daño.- este debe ser considerado o constatado en su preferencia para posteriormente verificar si reúne los requisitos intrínsecos de la reparabilidad.

Relación de Causalidad.- Establece la ligación entre el hecho humano con el resultado, el daño.

En la segunda etapa aparecen distintas vías específicas de la reparación, y ahora apareciendo las adjetivaciones con el resultado al obrar humano y el análisis de las múltiples vías de la reparación según cuál sea el origen del daño y la conducta humana que lo ha causado.

En la tercera y última etapa está referida a la no frustración de la reparación. Se trata de la ausencia de los elementos que obstan a la indemnización, los cuales pueden ser legales o voluntarios, es decir, ciertas circunstancias que piden el acceso a la reparación.”²⁶

Concluyendo con los anteriores criterios nos damos cuenta que los supuestos de la reparación del daño son los siguientes:

- a) Antijuridicidad
- b) El Daño
- c) Relación de Causalidad
- d) Los factores de Atribución.

En cuanto al daño y la relación de causalidad ya no se discute la necesidad de tales presupuestos para que exista la obligación de reparar.

Por lo que se refiere a la relación de causalidad es el requisito factico jurídico que viene impuesto por la propia naturaleza de las cosas.

²⁶ Ibidem, p. 122

3.5 Formas de Reparación del daño

Debemos tener bien claro que existen diversas formas de reparación del daño, dependiendo del bien jurídico lesionado por el hecho, sin embargo, podemos decir que las más comunes son: la reparación natural y la reparación por equivalencia.

Reparación Natural: Es aquella que hace posible que las cosas vuelvan al estado que se encontraban antes de producirse el evento dañoso, es decir, mediante el desagravio, existe una igualdad de condiciones, antes y después del hecho ilícito, aquí nos referimos al verbo *daré*, es decir restaurar las cosas a su primitivo estado.

Reparación por Equivalencia: se da cuando no es posible el desagravio perfecto, ya que las cosas no pueden estar en una situación idéntica a la que tenía antes del daño, se busca un equivalente, que va tener una función ya sea compensatoria, que trate de poner en una situación si no idéntica, lo mas igual posible a la que tenía antes del acontecimiento dañoso y el medio mejor que cumple con esa función es el dinero. Aquí entra en juego el verbo *facere*, es decir gravedad del daño causado. Dada la facilidad que ofrece la indemnización en dinero, es la más usual en nuestro sistema jurídico.

Dentro de las dos formas de reparar el daño, tenemos en primer término la restitución de la cosa o pago del precio de la misma, indemnización del daño y restitución de la cosa o pago del precio de la misma.

En el Código Penal Federal en su artículo 30 establece lo que debe comprender la reparación del daño de la siguiente manera:

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

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

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

III. el resarcimiento de los perjuicios ocasionados;

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

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

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

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

Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

Como se ha mencionado la responsabilidad civil es el nombre que recibe la obligación de indemnizar los daños causados por la comisión de un hecho ilícito, su contenido es la indemnización, es decir dejar sin daño al ofendido. La indemnización debe corresponder al daño que se habrá de reparar, si el daño consiste en el Deterioro o pérdida de los derechos del ofendido o víctima del delito, la indemnización deberá ser un sustituto de aquellos que se han deteriorado o han desaparecido. El monto o alcance de la indemnización depende de la especie de daño que deba ser resarcido.

Hay dos formas de indemnizar, la reparación en naturaleza y la reparación por equivalente. En el primer caso se tiende a borrar los efectos del daño, restableciendo las cosas al estado que tenían antes de que se produjera, al no darse esta primera forma se procede a indemnizar los daños causados por medio de un equivalente.

Cuando se trata de hacer efectiva la reparación del daño, incumbe al ministerio publico la aportación de las probanzas necesarias para esos fines, los cuales deben encaminarse a precisar la procedencia y el monto del daño, para contar en el momento de formular conclusiones con las bases necesarias para solicitar al juez la imposición de la pena para tal efecto el juez declarara su procedencia y monto, e tal caso, atendiéndose a las pruebas aportadas.

Cuando la comisión de un delito el objeto del mismo es material, es posible la restitución o en su defecto pagar el precio del mismo, de acuerdo al valor comercial en el mercado en la fecha que se cometió el delito y no el estimativo.

Tratándose de bienes sin valor comercial, como sucede con la vida, la honra, la integridad corporal, etc., no es posible la restitución ni el pago de la misma, ya que para tal efecto, se establece que la reparación del daño, no solo comprende los daños materiales, sino también los morales, así como el pago de los perjuicios causados.

Ahora veamos, como se puede reparar el daño, tanto material como moral, así como el pago de los perjuicios causados, para lo cual tenemos que el daño material comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito al modificar una situación jurídica existente ya que se considera que la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello sea posible en el pago de daños y perjuicios.

Como ya sabemos, corresponde al juzgador establecer la cuantía del daño de acuerdo a las pruebas ofrecidas que tienda a justificar el valor del menoscabo sufrido por el ilícito.

El daño moral no tan solo supone alteraciones en el sistema visible, sino también en el sistema no visible de los sentimientos, por tanto, podemos decir, que son aquellos sufrimientos que no son del orden físicos sino son penas de carácter íntimo que no pueden ponderarse, medirse, ni probarse a través de los sentimientos.

Dentro del concepto de reparación del daño, se encuentra el pago de los perjuicios causados por la conducta antijurídica del contraventor. Como se ha mencionado al hablar del daño, los perjuicios que se causen deben ser consecuencia inmediata y directa de este.

Cuando no es posible la reparación en naturaleza, se procede a la indemnización proporcionando a la víctima un equivalente a los derechos o intereses afectados, se le pagan los daños y perjuicios, previa estimación legal de su valor.

Los servidores públicos en ejercicio de sus funciones pueden producir un daño obligándose de esta manera con el que reciente el daño a indemnizarlo, siguiendo las reglas que el código penal establece pero sucede que los particulares no ejercitan la acción, quedándose sin resarcir el daño que sufrieron.

Por otra parte, si se trata de restituir al ofendido en el goce de la cosa que constituya el objeto material del delito, se le entregara se aparece justificado en la averiguación previa que estaba en posesión de ella hasta el momento mismo en que aquel se cometió.

Ahora bien si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa no pudiere ser restituido, deberá pagarse su precio.

CAPÍTULO IV

EL DAÑO MORAL

Sabemos que dentro de nuestra legislación existen dos tipos de daños, el daño a los derechos patrimoniales y el daño a los derechos de la personalidad.

Sabemos que en el derecho patrimonial la violación recae sobre un bien de naturaleza material y que sobre esta esfera jurídica que es sobre los bienes patrimoniales es donde nuestro sistema jurídico a legislado más y se han realizado múltiples teorías acerca de este tipo de daño que es el patrimonial.

Una situación distinta es cuando estamos en presencia de un agravio que se ha realizado hacia la moral de una persona, y es ahí cuando estamos en presencia de ciertas cuestiones; ¿Qué se entiende dentro del derecho por daño moral?, Cuáles son los bienes que se protegen cuando se causa este tipo de daño? La respuesta es que cuando existe una lesión bienes de naturaleza extra patrimonial o inmaterial, al daño que causa se le denomina daño moral, esto es decir que cuando los derechos de la personalidad son quebrantados estamos en presencia de un agravio moral y cuando el campo de protección del derecho se

proyecta sobre bienes que no pueden ser tasables en dinero, como son el honor, sentimientos, afectos, creencias, etc. A este tipo de daño lo llamamos daño moral.

4.1 Concepto de Daño Moral

Atendiendo a la naturaleza de su objeto y a la consideración del daño como efecto o consecuencia perniciosa se define al mismo:

El resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarce por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez

El concepto legal del daño moral lo encontramos contemplado el código civil federal en el artículo 1916 que a la letra dice:

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona puede tener en sus sentimientos, afectaciones, 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.”²⁷

4.2 Antecedes legislativos del Daño Moral en nuestro derecho

La conceptualización sobre daño moral, en nuestro derecho, podría calificarse de pobre. La primera legislación civil nunca la contemplo claramente, ni se refirió a ella en su articulado en forma expresa al agravio extra patrimonial. En su tránsito por el derecho civil sustantivo, la figura del daño moral tiene, lugar a partir de la reforma de diciembre de 1982 al código civil, el tratamiento más importante que en cualquier otro código anterior.

²⁷ [http:// www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx).

Desde no haber referencia específica en las normas civiles a la figura del daño moral, hasta supeditar su existencia a la del daño patrimonial, tal fue en nuestro derecho civil la evolución en materia de tutela de bienes o extra patrimoniales. La nueva figura considerada en nuestro código viene a dar un giro completo, en torno a las teorías sobre el daño moral que se elaboraron por parte de los juristas mexicanos. Siguiendo un orden cronológico, veamos a continuación que regulaban sobre dicho daño nuestros antiguos códigos.

4.2.1 Código Civil de 1870

“En este código de 1870 no se contempla ni se especifica algo referente al daño moral, la única cita que en materia de daños únicamente hace referencia al daño patrimonial y lo contemplaba en los siguientes artículos que a continuación se transcribirán:

Art 1580: Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

En tanto que se reputaba perjuicio:

Art 1581: se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación.

Podemos decir que de los artículos transcritos anteriormente únicamente hacían referencia al daño causado sobre bienes de naturaleza patrimonial. En el primer caso nos encontramos con el daño emergente y en el segundo lo referente al lucro cesante vemos que no existía regulación alguna en relación al daño moral y solo nos encontramos con el antecedente en materia de agravio patrimonial de acuerdo con los artículos que se plasmaron.”²⁸

²⁸ Ochoa Olvera , Salvador, *La Demanda por Daño Moral*, Editorial Monte Alto, México, 1994, p.24.

4.2.2 Código Penal de 1871

Este código contenía un capítulo específico de la responsabilidad civil, la cual establecía a condenar a reparar daños causados sobre bienes patrimoniales y jamás sobre los bienes de naturaleza extra patrimonial. Cuando se reclamaba una cosa no se debería pagar el valor de afectación, si no el común que tendría la cosa.

El mismo código penal señalaba que no era posible poner precio a los sentimientos, a la honra, porque hacerlo sobre cosas tan inestimables sería degradar y envilecer a la persona. También establecía que cuando una persona destruía una cosa con el propósito de ofender al dueño. La reparación en este caso, tomaba en cuenta de manera limitada el precio estimativo que pudiera tener la cosa, porque la cantidad entregada para resarcir el daño no podría exceder de una tercera parte de lo que en valor común tuviera.

Tales temas se encuentran superados por las modernas teorías del daño moral, las cuales establecen que en ningún momento se pone precio a los bienes de naturaleza extra patrimonial, y mucho menos posterior a estos se condene al agresor a pagar determinada suma de dinero, tomando en cuenta que el dinero que se entrega a título de indemnización tiene un fin satisfactorio frente al dolor moral sufrido, y en ningún momento implica que por tal acto resarcitorio se le esté pagando a una el precio de su honor lesionado.

4.2.3 Código Civil de 1884

Este código seguía sustancialmente las ideas del código de 1870 en materia de agravios y ambos jamás contemplaron el agravio extra patrimonial. Los artículos 1464 y 1465 de dicho cuerpo normativo establecen lo siguiente:

Artículo 1464: se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación y;

Artículo 1465: se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita debiese haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación.

El maestro Borja Soriano refiriéndose a los tipos de daño establece lo siguiente; “explica que las legislaciones extranjeras a diferencia de la nuestra, asimilan daños y perjuicios como sinónimos, y lucro cesante se llama la privación de la ganancia lícita que se deja de percibir por incumplimiento de una obligación. Se observa que nuestras leyes identifican al daño con el concepto de daño emergente, es decir, el menoscabo que sufre una persona en su patrimonio, y el perjuicio con el del lucro cesante, que no es otra cosa que la privación de una ganancia lícita por falta de cumplimiento de una obligación.”²⁹.

Se puede concluir de este código con respecto a la materia de daños lo siguiente:

- a) únicamente hace hincapié sobre los bienes de naturaleza patrimonial y no hace referencia a aquellos que se causan cuando se lesiona un bien de naturaleza extra patrimonial.
- b) tampoco se encarga de regular aquellas lesiones que ha sufrido una persona en sí misma si no solo aquellas lesiones que sufren en su patrimonio.

4.2.4 Código Civil de 1928

Respecto de este código en materia de daño es necesario distinguir las dos épocas en las que se divide:

Primera Época

En esta época se descubre que, por primera vez en nuestra legislación civil, aparece un artículo que regula la reparación del daño causado a bienes de naturaleza extra patrimoniales. Su artículo 1916 expresaba lo siguiente:

Art. 1916; independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquella muere, una indemnización

²⁹ Ibidem, p. 26

equitativa a título de reparación moral, que pagara el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil.

Al respecto resulta importante señalar tres puntos:

- 1.- Nuestra legislación civil admite por primera vez la reparación moral de manera genérica y condicionada.
- 2.- La reparación ordenada a título de indemnización moral no es autónoma, si no que se encuentra supeditada a la existencia de la responsabilidad proveniente de un daño de naturaleza patrimonial. Si no existe un daño patrimonial no podrá existir un daño moral.
- 3.- El monto de la indemnización fijada por el juez se limitara a las dos terceras partes de lo que se condene por daño patrimonial, como máximo.

De los tres aspectos planteados al parecer solo el primero es positivo ya que resulta injusto querer supeditar la existencia del daño moral a la del daño patrimonial, es inconveniente establecer un límite al que se deba sujetar la indemnización moral.

Segunda Época

El 28 de diciembre de 1982, la cámara de diputados del congreso federal, que aprobó el decreto que reformo diversos artículos del código civil de 1928 entre ellos el 1916 del cuerpo normativo, dicha reforma se publico en el diario oficial de la federación el día 30 del mismo mes, y entro en vigor al día siguiente de su publicación. El articulo 1916 quedo de la siguiente manera:

Art. 1916: por daño moral se entiende la afectación que sufre una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien la consideración que de si misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos 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, así como el estado y sus funcionarios.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando esta haya intentando la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinara el juez, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenara, a petición de esta y con cargo a la responsable, la publicación de un extracto de la sentencia, que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los informativos. El juez ordenara que los mismos den publicidad del extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiera tenido la difusión original.

Así es como por primera vez nuestro derecho concibe la reparación del daño moral de una manera autónoma de cualquier otro tipo de responsabilidad civil o penal que no sea la derivada del daño material. Actualmente no importa si existe la condena por responsabilidad civil derivada de un daño a bienes materiales, para poder ejercer la acción de reparación moral.

Uno de los aciertos que tuvo la reforma del 28 de diciembre de 1982 fue darnos una definición de lo que es el daño moral, que bienes tutela, quienes son responsables civilmente de un agravio extra patrimonial, quienes pueden demandar la indemnización,

como se establece el monto de la misma qué criterios tiene que tomar el órgano jurisdiccional para fijarla.

4.3 Elementos que integran la Reparación del Daño Moral

Desde el punto de vista de los juristas españoles estos establecen que por su propia configuración y por ser algo tan específico y concreto, y personal de acuerdo a cada caso que resulta casi imposible categorizar y definir de forma genérica y universal los elementos que integran al daño moral.

Incluso la misma situación hace que el daño moral sea muy generalizado e inclasificable ya que dentro del daño moral, cabe la pérdida de un ser querido, el involuntario cambio de residencia, el temor infundado, etc.

“En imposibilidad de contar con alguna información, se puede considerar como pautas generales en los que se estructura y tiene sus elementos esenciales el daño moral son los siguientes:

- a) El impacto moral del Hecho sobre la víctima.
- b) Las consecuencias exteriorizables de la lesión física o psíquica, permanentes o temporales, parciales o totales.
- c) Las condiciones personales de la Víctima, en especial sus facultades de recuperación.
- d) El tiempo de postración, incapacidad o convalecencia.
- e) El dolor físico cargado por el acto ³⁰

“En el código civil italiano, se encuentra reconocido el daño moral y es tratado como una lesión a la integridad psicofísica de la persona esta se dirige a la dignidad del sujeto ellos establecen que el daño moral se refleja en una o varias conductas para su existencia ellos determinan que los elementos que integran el daño moral son los siguientes:

³⁰ [http:// www.romancia.com](http://www.romancia.com)

- 1).-El sentimiento de ausencia, de nostalgia, Respecto a una apreciada persona,
- 2).-El sentimiento de ausencia, de nostalgia, Respecto a un Objeto apreciado,
- 3).-El sentimiento de ausencia, de carencia, de una preexistente aptitud física,
- 4.-El sentimiento de ausencia, de carencia, de una preexistente aptitud psíquica,
- 5.-el de la sensación perdida, irrecuperable, de una expectativa, Posibilidad beneficiosa o beneficio futuro avalado en cierto grado de probabilidad
- 6.-Las repercusiones del deterioro, sean físicas o sicosomáticas,
- 7) La Sensación, Duradera, de inseguridad,
- 8.-El sentimiento de depresión de la autoestima,
- 9.-la Limitación de las expectativas sociales ya consolidadas, avaladas en cierto grado de certeza,
- 10.-El sentimiento de la dignidad vejada,
- 11.-El sentimiento de la privacidad violada,
- 12.-los sentimientos de vergüenza pena,, inferioridad o culpabilidad,
- 13.-El sentimiento de incapacidad, ante determinados eventos, subjetivos u Objetivos,
- 14.-las conductas compulsivas originadas con el daño sufrido,
- 15.-Los síndromes de ansiedad y / o ansioso-depresivos,
- 16.-Las alteraciones del sueño,
- 17.-El consumo compulsivo o adicción a fármacos o drogas,
- 18.-El síndrome permanente por Demostrar la inveracidad de lo acontecido,
- 19.-La inseguridad o la incapacidad para Intervenir o debatir sobre determinados aspectos,
- 20.-El deshonor, público o particular,
- 21.-El aminoramiento o Deterioro de la garantía ante Terceros personal,
- 22.-En general, Cualquier efecto negativo y constatado de la íntima confianza, la seguridad personal, la sensación del desintegra miento de la propia estructura personal, acompañado de un cierto grado de descrédito Respecto a uno mismo, que se exteriorice de alguna forma apreciable por Terceros , es decir, un decrecimiento de la autoestima o de la heteroestima y

23.-Finalmente, no olvidemos que esta lista de elementos bien Podría ser parcialmente modificada en cada caso particular y Circunstancia, Atendiendo a Situaciones específicas o condicionamientos de cada persona en concreto.”³¹

4.4 Naturaleza jurídica del Daño Moral

La figura jurídica de *daño moral* tiene su origen en la doctrina francesa y apareció bajo la denominación de *Domages Morales*. Hoy en día, la jurisprudencia y doctrina, tienden a definirlo por exclusión, resultando así que el daño moral queda integrado por todas aquellas manifestaciones psicológicas, afectivas, emocionales o íntimas que sufre un perjudicado por el acaecimiento de una conducta Ilícita, y que no son constatables, de forma directa, En el ámbito económico del perjudicado. Así pues, el daño moral Sería un cierto deterioro de los elementos psíquicos y espirituales que incidentalmente en el normal desarrollo cognitivo o emotivo del ser humano, extendiéndose a todo agravio que sufre la dignidad, honorabilidad, integridad física o cualquier elemento que pudiere alterar la normalidad de las facultades mentales o espirituales de una persona física. El daño moral se viene a traducir en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y los padecimientos provocados a la víctima por el evento dañoso. Sería una modificación en el desarrollo de su capacidad de entender, querer o sentir que, anímicamente, actúa como un perjuicio, desequilibrio o pérdida de aptitudes o expectativas de la persona perjudicada.

En cuanto a la naturaleza jurídica del daño moral es considerado de índole fundamentalmente subjetiva, es decir que depende del grado de reacción que ocasione y que efectivamente pusiera a un determinado sujeto en relación a la alteración del estado psicológico del mismo, con origen en un evento externo.

Para la jurisprudencia francesa el daño moral sería el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima produciendo una disminución en sus atributos o facultades morales.

³¹ Idem

Por su parte la Jurisprudencia Argentina ha sostenido que el daño moral sería la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la persona y que íntegramente se relacionan con sus más gratos afectos, hiriendo sus sentimientos legítimos que no son bienes económicos son aquellos que integran generalmente el patrimonio moral de una persona. Finalmente, existe otra jurisprudencia extranjera que determina, que es daño moral cualquier inquietud o perturbación al ánimo, originados en un mero perjuicio patrimonial, como la invocación simple de molestias de aflicciones, fatigas, etc.

4.5 El Daño Moral dentro del Derecho Mexicano

Al darnos cuenta del cambio de rumbo que experimenta un aspecto tan relevante como es el daño moral en el sistema jurídico mexicano, así como plantear algunas cuestiones que se consideran retos para el sistema de responsabilidad extracontractual del estado.

Así tenemos que el daño moral es uno de los más relevantes en el campo de la protección de la persona, el daño moral aparece cuando se lesionan los derechos de la personalidad.

Debido a la dificultad que se tiene de regular la reparación del daño moral a través de una indemnización de carácter monetario puesto que con dicha indemnización no se podría reemplazar el daño que sufrió dicha persona.

Es por ello que haremos referencia a diversos códigos penales de distintos estados para analizar cómo se encuentra regulado el daño moral dentro de nuestro sistema penal mexicano.

4.5.1 Código Penal Federal

El código penal en sus artículos 30 al 39 de dicho ordenamiento estipula lo siguiente, con referencia al daño y vemos que únicamente hacen referencia al daño moral en el artículo 30 frac II de dichos ordenamientos cuyos artículos a la letra dicen:

“Artículo 30: La Reparación del Daño comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma.

II.- La Indemnización del daño materia y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima y.

III El Resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Artículo 30 bis: Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1° El ofendido, 2° En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubinaria, y los hijos menores de edad; a falta de estos los descendientes y ascendientes que dependieran económicamente al momento del fallecimiento.

Artículo 31: La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.

Artículo 31 bis: En todo proceso penal el ministerio público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente.

Artículo 32: Esta obligados a reparar el daño:

I Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad.

II Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad.

III Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten estos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos.

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

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

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

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

Artículo 33: La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales.

Artículo 34 La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el ministerio público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación.

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha sanción sea exigible a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Artículo 35: El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el estado y la parte ofendida: al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia a la reparación del daño, y en su caso aporrata entre los ofendidos.

Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de esta se aplicará al estado.

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicará como pago preventivo a la reparación del daño cuando el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Al mandarse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá a la autoridad ejecutora que conserve su importe a disposición del tribunal, para que se haga su aplicación conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores de este artículo.

Artículo 36: Cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará mancomunada y solidaria.

Artículo 37: La reparación del daño se mandara hacer efectiva, en la misma forma que la multa. Una vez que la sentencia que imponga tal reparación cause ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada de ella a la autoridad fiscal competente y esta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de dicha copia, iniciara el procedimiento económico coactivo, notificando de ello a la persona en cuyo favor se haya decretado, o a su representante legal.

Artículo 38: Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte.

Artículo 39: el juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar los plazos para el pago de la reparación de aquel, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si la considera conveniente.

La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de esta, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”³²

4.5.2 Código Penal del Estado de Veracruz

“El código penal de Veracruz regula y hace referencia a la reparación del daño moral dentro del los artículos 53, 54, 55, 56 párrafo II y 57 a la letra dicen:

Artículo 53: La reparación del daño tiene el carácter de pena pública. El sujeto pasivo o sus derechohabientes, en los términos dispuestos por el Código de Procedimientos Penales del Estado, podrán comparecer directamente ante el juez para este efecto.

La obligación de pagar el importe de la reparación del daño es preferente respecto a la multa y se cubrirá primero que cualquiera otra de las obligaciones personales que se

³² [http:// www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx)

hubieren contraído por el sentenciado con anterioridad a la realización del delito, con excepción de las alimentarias y salariales.

Artículo 54.-En los casos que sea procedente, el Ministerio Público está obligado a solicitar la reparación del daño y el juez no podrá absolver al sentenciado si ha dictado fallo condenatorio.

Artículo 55.-Quien se considere con derecho a la reparación del daño y no pueda obtenerla ante el juez penal, podrá acudir a la vía civil en los términos del código de la materia.

Artículo 56.-La reparación del daño comprende:

- I. La restitución en los derechos de guarda y custodia del menor o incapaz, tratándose del delito de sustracción o retención de menores o incapaces; y en general la restitución de la cosa obtenida por el delito, sus frutos, acciones existentes y, en su caso, el pago de los deterioros o menoscabos ocasionados. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto similar al que fuese materia de delito, sin necesidad de recurrir a prueba pericial. Si la restitución fuere imposible, se pagará en numerario el precio de todo lo dañado;
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que sean necesarios para la recuperación de la salud física y mental de la víctima.
- III. El pago de gastos e intereses legales; y
- IV. Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.
- V.- En los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexual, violencia familiar, violencia de género y lesiones que sean con violencia de género, así como el de feminicidio, la reparación incluirá:
 - a) Las hipótesis contenidas en las fracciones anteriores;

b) El restablecimiento de su dignidad, mediante disculpa pública, a través de los mecanismos que señale la autoridad judicial;

c) La reparación por la afectación en su entorno laboral, educativo, comunitario, y psicológico, a fin de lograr su restablecimiento; ante la imposibilidad de éste, la indemnización correspondiente, en los términos de la fracción VIII del artículo 11 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

La indemnización a que se refiere el párrafo anterior se cuantificará con base en diversos factores como la pérdida del empleo, la inasistencia a las jornadas laborales, la necesidad de cambio de plantel educativo o inasistencia a éste, el cambio de domicilio, la pérdida de instrumentos de trabajo y demás datos relevantes que permitan realizar la cuantificación correspondiente; y

d) El pago de los gastos indispensables para su subsistencia y, si los hubiere, de los hijos e hijas menores de edad o discapacitados, cuando como consecuencia del delito sufrido se haya visto imposibilitada para desarrollarse en el ámbito laboral; lo anterior, por el tiempo que determine la autoridad judicial, atendiendo a su grado de estudios, edad y estado de salud.

Artículo 57.-La reparación será fijada por el juez, de acuerdo con las pruebas presentadas y admitidas durante el proceso, atendiendo tanto al daño causado como a la capacidad económica del obligado a pagarla.

La indemnización del daño moral será fijada tomando en consideración las características del delito, las posibilidades económicas del obligado, la lesión moral sufrida por la víctima, el resultado de la mediación si la hubiere y las circunstancias personales de aquélla, tales como: su educación, su prestigio cultural y social, sensibilidad, afectos y cuanto más sea factible de ser tomado en cuenta para la valoración del daño.”³³

³³ Código Penal de Veracruz, editorial Cajica, 2011

4.5.3 Código Penal de Sonora

El código penal de sonora hace referencia a la reparación del daño moral en sus artículos 29, 29 bis, 31 y 31 bis los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 29.- La reparación de daños y perjuicios comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus accesorios y derechos, y si no fuere posible, el pago de su valor actualizado al momento del pago o cumplimiento de lo sentenciado y de acuerdo con las pruebas aportadas por las partes.

Tratándose de bienes fungibles, el juez o tribunal podrá condenar a la entrega de una cosa igual a la obtenida por el delito;

II. La indemnización del daño material causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos y psicológicos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. Además, el pago a favor del Estado, en los casos en que éste se haya subrogado en los gastos correspondientes.

III.- La indemnización del daño moral causado, entendiéndose éste como el sufrimiento que el delito origine a una persona, ya sea en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, o como consecuencia de las alteraciones en su configuración o aspecto físico o mental.

IV- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

V.- el pago de los gastos que realizaron terceros para auxiliar a la víctima u ofendido.

VI.- Según corresponda y de manera accesoria a los conceptos anteriores: el pago del 10% del valor de la cosa que se deba restituir; del daño material y/o del moral y/o de los perjuicios causados; en concepto de gastos por su reclamación prejudicial, si la reparación se obtiene antes del proceso. El 15% de los valores, en concepto de gastos por su reclamación judicial, si la reparación se obtiene durante el proceso.

El 20% de los valores por igual concepto, si se debe pagar con motivo de la sentencia y en virtud de la gestión durante el proceso. Si sólo se gestiona la liquidación durante la ejecución de sentencia, el 10% de los valores.

Para que proceda lo que se prevé en esta fracción, será necesario que el ofendido o víctima gestionen por sí mismo o por conducto de un abogado con título registrado en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, la reparación del daño. Asimismo el Ministerio Público podrá de oficio gestionar la reparación del daño de la víctima u ofendido.

En los supuestos de las fracciones II y III, cuando el responsable de resarcir daños y perjuicios carezca de medios y recursos para realizar el pago correspondiente, el Estado, a través de sus organismos y dependencias competentes, tendrá la obligación de proporcionar a la víctima los tratamientos y cuidados necesarios para su recuperación, en términos de la Ley de Atención y Protección a Víctimas del Delito, la Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Sonora y, en su caso, la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Sonora.

Artículo 29 bis.- Salvo prueba en contrario y para los efectos del artículo 31 BIS, se considera que siempre existe daño moral en los delitos siguientes: corrupción de menores de edad e incapaces, utilización de imágenes y/o voces de personas menores de edad para la pornografía, relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, violación, violencia intrafamiliar, rapto, abusos deshonestos, privación ilegal de libertad, secuestro, trata de personas, homicidio, calumnias y chantaje.

Artículo 30.- Tienen derecho a la reparación de daños y perjuicios, en orden preferente:

I. La víctima o el ofendido, y quienes realicen gastos aplicados directamente a la reparación del daño;

II. A falta de la víctima o del ofendido, las personas que siendo o no herederas, dependieron económicamente de la víctima o del ofendido.

En caso de controversia del carácter de dependiente económico, se resolverá por la vía incidental ante el mismo Juez que conozca del asunto;

III. Las personas que sin haber dependido económicamente de la víctima o del ofendido, sean herederas; y IV. El Estado.

Artículo 31.- La reparación será fijada por los tribunales según los daños y perjuicios que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo también, tratándose de daño moral, a la capacidad económica del obligado a pagarla.

Si son varios los que reclaman por la misma conducta, el juzgador fijará las indemnizaciones según el grado de afectación de cada cual.

Para los casos de reparación de daños y perjuicios causados con motivo de delitos culposos, el Ejecutivo del Estado expedirá un reglamento sobre la forma en que debe garantizarse mediante seguro especial y sin perjuicio de las sanciones que dicte la autoridad judicial.

Artículo 31 bis.- Salvo en los casos en que la ley presuma el daño moral, éste deberá probarse. El importe de la indemnización se fijará por el juzgador con base en la fracción III del artículo 29 de este Código y las circunstancias personales del ofendido o víctima. Cuando se esté en el supuesto de presunción del daño moral conforme al artículo 29 Bis, para la cuantificación del mismo se podrá imponer, a juicio del juez o tribunal, atendiendo a las reglas de la individualización de las sanciones y a la capacidad económica del obligado, un monto de cincuenta a mil días de salario mínimo general vigente en la capital del Estado que se determinará de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de este Código.”³⁴

Artículo 32: Están obligados a reparar daños y perjuicios:

- I. Los ascendientes, por los delitos cometidos por sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;
- II. Los tutores o curadores o custodios, por los delitos de los incapaces que se hallaren bajo su autoridad;

³⁴ <http://www.congresoson.gob.mx>

III. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos o artesanos, con motivo y en el desempeño de sus servicio; las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a la ley, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a las sociedades matrimoniales, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus gananciales y con sus bienes propios por la reparación de daños y perjuicios que cause; y

III. El Estado y los Municipios, solidariamente, por los delitos dolosos y Preterintencionales cometidos por sus servidores públicos, con motivo y en el desempeño de sus funciones, y subsidiariamente, cuando aquellos, en las mismas circunstancias fueren culposos.

4.5.4 Código Penal de Guanajuato

Dentro del Código Penal de Guanajuato encontramos contemplada la reparación del daño moral de los artículos 56 al 77 de dicho código que a la letra establecen lo siguiente:

“Artículo 56: La reparación del daño comprende:

- I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y acciones, así como el pago, en su caso, de deterioros y menoscabos sufridos. Si la restitución no fuere posible, el pago del valor comercial de la cosa en el momento de la comisión del delito;
- II.- El pago del daño material causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológicos que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuencia del delito;
- III.- El pago del daño moral; y
- IV.- La indemnización de los perjuicios ocasionados

Artículo 57: Son terceros obligados a la reparación del daño:

- I.- Derogado

- II.- Los tutores y los custodios por los delitos de quienes se hallaren bajo su autoridad y guarda;
- III.- Las personas físicas o las personas jurídicas colectivas por los delitos que cometan culposamente sus obreros, aprendices, jornaleros, empleados o artesanos, con motivo o en el desempeño de sus servicios;
- IV.- Las personas jurídicas colectivas o las que se ostentan como tales, por los delitos cometidos por quienes legítimamente actúan en su nombre o representación;
- V.- Los dueños de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos o sustancias peligrosas, por los delitos que en ocasión de su tenencia, custodia o uso cometan culposamente las personas que los manejen o tengan a su cargo, siempre que la tenencia, custodia o uso la confieran voluntariamente, exceptuándose los casos de contratos de compraventa con reserva de dominio, en que será responsable el adquirente; y
- VI.- El Estado y los municipios, por los delitos que sus funcionarios o empleados cometan en el desempeño de sus funciones públicas

Artículo 58: Cuando la reparación del daño sea exigible a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil, independiente de la responsabilidad penal.

Estado o los municipios, éstos responderán solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos y subsidiariamente cuando fueren culposos.

Artículo 59: La reparación del daño como responsabilidad civil, podrá exigirse solidariamente al tercero obligado.

Cuando el tercero obligado sea el Estado o los municipios, éstos responderán solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos y subsidiariamente cuando fueren culposos.

Artículo 61: Se presume, salvo prueba en contrario, que dependían económicamente del sujeto pasivo el cónyuge o concubinario o concubina, sus descendientes y ascendientes en primer grado.

Artículo 62: En caso de que concurren todas las personas señaladas en el artículo anterior, tienen preferencia el cónyuge o concubinario o concubina y los descendientes en primer grado, en igual proporción.

Artículo 63: Quienes hubieren erogado gastos que conforme a esta ley deban ser a cargo del obligado a la reparación del daño, tendrán derecho a que se les resarzan, así como también los perjuicios derivados de tales gastos.

Artículo 64: La reparación del daño será fijada por los tribunales, atendiendo a las pruebas obtenidas en el proceso. No se podrá absolver a la persona sentenciada de la reparación del daño si ha emitido una sentencia condenatoria.

Artículo 65: En todo tiempo podrán asegurarse bienes de la persona obligada a la reparación del daño para garantizar su pago.

Artículo 66: La sola formulación de conclusiones acusatorias, lleva implícito pedimento de condena al pago de la reparación del daño. Para el aseguramiento de bienes deberá mediar instancia del Ministerio Público.

Artículo 67: En caso de lesiones y homicidio, a falta de pruebas específicas respecto al daño causado, los tribunales tomarán como base el salario mínimo general vigente en el Estado al momento del hecho y las disposiciones que sobre riesgos de trabajo establezca la Ley Federal del Trabajo.

Artículo 68: Los objetos o instrumentos de uso lícito con que se cometa el delito, propiedad del acusado, se asegurarán de oficio para garantizar el pago de la reparación del daño y solamente se levantará el aseguramiento o no se llevará a cabo si se otorga caución bastante en los términos de ley.

Artículo 69: Los responsables de un delito están obligados solidariamente a cubrir el importe de la reparación del daño

Artículo 70: La obligación de pagar la reparación del daño es preferente a cualquiera otra que se hubiere contraído con posterioridad a la comisión del delito.

Artículo 71: Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la reparación del daño, lo que se obtenga se distribuirá proporcionalmente entre quienes tienen derecho a ella, atendiendo a las cuantías señaladas en la sentencia ejecutoria, sin perjuicio de que si posteriormente el condenado adquiere bienes suficientes se cubra lo insoluto.

Artículo 72: Si las personas que tienen derecho a la reparación del daño renunciaren a ella o no la recogieren en un lapso de seis meses, si está a su disposición, su importe se aplicará en favor del Estado.

Artículo 73: La reparación del daño moral será fijada al prudente arbitrio del tribunal, tomando en consideración las características del delito, las posibilidades económicas del obligado, la lesión moral sufrida por la víctima y las circunstancias personales de ésta, tales como su educación, sensibilidad, afectos, cultura y demás similares que tengan relevancia para la fijación del daño causado. Esta reparación no podrá exceder del importe de ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Estado.

En los casos en que se condene al pago de la reparación del daño material, el monto de la indemnización del daño moral no podrá ser menor de un quinto ni mayor de un medio del importe de aquélla.

Artículo 74: El tribunal, teniendo en cuenta la situación económica de la persona obligada, podrá fijar plazos para el pago de la reparación del daño, los que no excederán de un año.

Artículo 75: La multa y la reparación del daño en favor del Estado, se harán efectivas en los términos de las disposiciones fiscales correspondientes.

Artículo 76: La reparación del daño en favor de persona distinta del Estado se hará efectiva de oficio por el tribunal del proceso, conforme a las disposiciones que para la ejecución señale la ley civil. El Ministerio Público será parte en este procedimiento.

Artículo 77: No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quien tenga derecho a la reparación del daño podrá optar por reclamarlo en la jurisdicción civil, sirviéndole de título ejecutivo la resolución firme que condene al pago. En este caso cesará el procedimiento ejecutivo oficioso.”³⁵

4.5.5 Código Penal de Nuevo León

Analizando el código penal de Nuevo León vemos que dicho ordenamiento contempla en su título octavo en su primer capítulo llamado delitos cometidos en la administración y procuración de justicia y que contempla dentro de este capitulado la responsabilidad que tienen los servidores públicos de responder por los actos que ellos realicen dichos artículos a la letra dicen:

“Artículo 224.- Se impondrán las sanciones previstas en este Capítulo a los servidores públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuración de Justicia y de los Tribunales Administrativos, que cometan alguno de los siguientes delitos:

- I.- Conocer de negocios para los cuales tengan impedimento legal, o abstenerse de conocer de los que les correspondan sin tenerlo para ello;
- II.- Desempeñar algún otro empleo oficial, o un puesto o cargo particular que la Ley les prohíba;
- III.- Litigar por sí o por interpósita persona, cuando la Ley les prohíba el ejercicio de su profesión;
- IV.- Dirigir o aconsejar a las personas que ante ellos litigan;

³⁵ [http:// www.congresogto.gob.mx](http://www.congresogto.gob.mx)

- V.- No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello;
- VI.- Dictar u omitir una resolución o un acto de trámite, violando algún precepto terminante de la Ley o contrario a las actuaciones de un juicio, siempre que se obre por motivos inmorales y no por simple error de opinión;
- VII.- Dolosamente ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida;
- VIII.- Negar, retardar o entorpecer dolosamente la administración de justicia;
- IX.- Tratar en el ejercicio de su cargo, con ofensa, desprecio o deshonestidad a las personas que asistan a su tribunal u oficina.
- X.- Abstenerse injustificadamente de ejercitar la acción penal cuando preceda querrela en delitos que se persigan a instancia de parte;
- XI.- Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley; o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los plazos antes mencionados, se contarán a partir del momento en que el indiciado quede a disposición del Ministerio Público;
- XII.- No otorgar, cuando se le solicite, la libertad caucional, si procede legalmente;
- XIII.- No tomar al inculpado su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación sin causa justificada, u ocultar el nombre del denunciante o querellante, la naturaleza y causa de la imputación o el delito que se le atribuye;
- XIV.- Prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso;
- XV.- Imponer gabelas o contribuciones en cualesquiera lugares de detención o internamiento;
- XVI.- Demorar injustificadamente el cumplimiento de las providencias administrativas o judiciales, en las que se ordene poner en libertad a un detenido;
- XVII.- Ordenar o practicar cateos o visitas domiciliarias fuera de los casos autorizados por la ley;

XVIII.- Ejercitar acción penal contra un servidor público con fuero, sin habersele retirado éste previamente, conforme a lo dispuesto por la ley; o detenerlo a sabiendas de esta condición;

XIX.- Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o en casos en que no preceda denuncia, acusación o querrela;

XX.- A los encargados o empleados de lugares de reclusión o internamiento que cobren cualquier cantidad a los internos o a sus familiares, a cambio de proporcionarles bienes o servicios que gratuitamente brinde el Estado o para otorgarles condiciones de privilegio en el alojamiento, alimentación o régimen;

XXI.- Adjudicar, en favor de ellos mismos, por sí o por interpósita persona, los bienes objeto de un remate en cuyo procedimiento hubieren intervenido;

XXII.- Admitir o nombrar un depositario o entregar a éste los bienes secuestrados, sin el cumplimiento de los requisitos legales correspondientes;

XXIII.- Indebidamente hacer del conocimiento de cualquier persona, la orden de aprehensión o cualquier providencia cautelar o auto de ejecución, decretados en forma reservada;

XXIV.- Nombrar síndico o interventor en un concurso o quiebra, a una persona a sabiendas que sea deudor, pariente o que haya sido abogado del fallido, o a persona que tenga con el funcionario relación de parentesco, estrecha amistad o esté ligada con él por negocios de interés común;

XXV.- Permitir, fuera de los casos previstos por la ley, la salida temporal de las personas que están reclusas;

XXVI.- No ordenar la libertad de un procesado, decretando su sujeción a proceso, cuando sea acusado por delito o modalidad que tenga señalada pena no privativa de libertad o alternativa; o

XXVII.- Alterar dolosamente el lugar en donde se cometió un delito, ya sea moviendo, ocultando, alterando, destruyendo, manipulando, obstruyendo o modificando, instrumentos, objetos, indicios, huellas, vestigios o cualesquier evidencia involucrada en su comisión, así como violando el acordonamiento del lugar o permitir el ingreso al interior del mismo a personas no autorizadas.

A quien cometa los delitos previstos en las fracciones I, II, III, VII, VIII, IX, X, XI, XX, XXIII, XXIV, XXV, XXVI y XXVII, se le impondrá pena de prisión de seis meses a seis años y multa de cien a trescientas cuotas.

Permitir, fuera de los casos previstos por la ley, la salida temporal de las personas que están reclusas, y

A quien cometa los delitos previstos en las fracciones IV, V, VI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI y XXII, se le impondrá pena de prisión de dos a ocho años y multa de doscientas a cuatrocientas cuotas.

En todos los delitos previstos en este Capítulo, además de la pena de prisión y multa correspondiente, el servidor público será destituido de su puesto e inhabilitado para el desempeño de un empleo, cargo o comisión públicos, por un período de dos a ocho años.

Artículo 224 bis.- Se aplicará sanción de seis meses a cinco años de prisión y multa de veinte a cien cuotas, cuando la autoridad judicial no dicte auto de formal prisión o auto de libertad dentro de las setenta y dos horas o dentro del plazo ampliado en beneficio del inculcado, cuando esté detenido, a contar desde el momento en que quede a su disposición. La misma pena se aplicará a los custodios que no pongan en libertad al inculcado, cuando no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro de las tres horas siguientes al en que requieran al juez sobre su envío, una vez concluidos, en su caso, los plazos mencionados en el primer párrafo de este artículo.

Artículo 225.- La sanción será de uno a diez años de prisión, destitución y multa de cuarenta a doscientas cuotas, para los que cometan alguno de los delitos siguientes:

I. Dictar dolosamente una resolución de fondo o una sentencia definitiva con violación de algún precepto terminante de la Ley o manifiestamente contraria a las constancias de autos, no por simple error de opinión y que produzca daño en la persona, el honor o los bienes de alguien, o en perjuicio del interés social; y

II.- Aprovechar el poder, el empleo o el cargo, para satisfacer indebidamente algún interés propio.

Artículo 226.- Las disposiciones anteriores se aplicarán también a todos los funcionarios o empleados de la Administración Pública, cuando en el ejercicio de su cargo ejecuten los hechos o incurran en las omisiones expresadas en los propios artículos.”³⁶

Así vemos también que en el mismo estado de Nuevo León se ha implementa una ley de responsabilidad para los servidores públicos establecen en sus artículos del 101 al 104 establecen la responsabilidad que tiene tanto el estado como los servidores públicos de reparar el daño causado estos artículos a la letra dicen

4.5.1 Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos de Nuevo León

“Artículo 101.- El Estado es subsidiariamente responsable de la reparación de los daños causados a particulares por los servidores públicos sancionados administrativamente con motivo de la aplicación de esta Ley o sentenciados penalmente por delitos cometidos en el desempeño de su encargo. El Titular del Ejecutivo del Estado a propuesta de la Contraloría, en el primer caso, y de la Procuraduría General de Justicia en el segundo, podrá subrogarse al cumplimiento de esta responsabilidad en cualquier momento.

Artículo 102.- Los particulares ofendidos o quien los represente podrán solicitar al Titular del Ejecutivo, por conducto de la Contraloría el pago de la reparación del daño a que se refiere el Artículo anterior.

Artículo 103.- El pago de la indemnización que haga el Ejecutivo determina la subrogación en favor del Estado de los derechos a la reparación del daño que tenga el particular ofendido.

³⁶ [http:// www.hcnl.gob.mx](http://www.hcnl.gob.mx)

Artículo 104.- Las resoluciones emitidas conforme a esta Ley y las sentencias dictadas por autoridad jurisdiccional competente que determinen alguna obligación de pago para el Estado o los Municipios, deberán hacerse con cargo a las partidas de gastos generales, extraordinarias o sus equivalentes, en los términos de la Ley de Administración Financiera del Estado.”³⁷

³⁷ Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos para el Estado de Nuevo León
<http://www.hcnl.gob.mx>

CAPÍTULO V

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMPARADO

La acción Penal que da inicio por la perpetración de un hecho delictuoso da origen a un proceso penal que tiene como fin la aplicación de una pena o una conducta de seguridad y además la reparación del daño causado.

5.1 En España

5.1.1 Antecedentes Históricos de la Regulación del daño Moral en España

La protección penal del derecho al honor es muy antigua. Así, se consideraban *injurias* los delitos que se proferían contra una persona. Al mismo tiempo, las injurias era la denominación general ya que éstas, a su vez, se diferenciaban entre la *contumelia* y la *difamación*. La diferencia que existía entre ambas radicaba en que, la primera, consistía en una ofensa que requería ser realizada en presencia del destinatario de la misma, mientras que la difamación se realizaba a espaldas del destinatario. Por su parte, dentro de la difamación encontramos el *libelo* que era una forma de la anterior y que se caracterizaba por las notas de escritura y permanencia.

En España, será el Código Penal de 1822 el que recoja la protección penal del honor en su Título II de la Parte Segunda. Entre los delitos *contra la honra, fama y tranquilidad de las personas* se contiene un epígrafe *de las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados*. Por otra parte, con el Código Penal de 1848 se establecerá una regulación cuyos rasgos estructurales se perpetuarán hasta nuestros días y que incluso determinarán el contenido del Proyecto de 1980 y la Propuesta del Código Penal de 1983. Será únicamente en el Código Penal de 1928 cuando aparezca la figura de la difamación aunque fue eliminada rápidamente.

Y no fue hasta a partir de la promulgación de la Constitución Española en 1978, se abre una nueva época donde el estado de derecho se evidencia y garantiza precisamente el reconocimiento de la libertad de los ciudadanos.

5.1.2 Regulación de la Indemnización por Privativa de Libertad en España

“Dentro de la constitución política española se contemplan distintos tipos de expresión del concepto amplio de la libertad los cuales son los siguientes:

- a) La Libertad Personal: La cual se encuentra contemplada en el artículo 17 de dicha constitución, en virtud del cual nadie puede estar sometido a detención preventiva por un plazo superior a 72 horas sin ser puesto a disposición judicial.
- b) Libertad Religiosa y de Culto, contemplado en el artículo 16 de dicha constitución.
- c) Libertad de fijación de Residencia y de Circulación por el territorio Nacional, incluyendo la entrada y salida del país contemplado en el artículo 19 de dicha constitución.
- d) Libertad de Producción y Creación literaria, artística, científica, técnica y las propiedades intelectuales e industriales contempladas en el artículo 20 inciso b de dicha constitución.”³⁸

³⁸ <http://www.juridicas.unam.mx/noticias.juridicas/articulos/55-Derecho%20Penal/2004>

“Retomando nuevamente a la libertad personal y viéndola desde una perspectiva jurídico política de este derecho tiene una implicación jurídica civil en cuanto que la privación de libertad sin delito probado causa un daño moral.

En cuanto a los casos de privación de libertad indebida la persona afectada reclama en primer lugar ante el ministerio público de justicia español, es decir la administración, y después se recurren a los tribunales los cuales pueden elevar la cuantía dictaminada por la administración.

Así tenemos el caso de la sentencia de junio de 1999 donde la sala de lo contencioso del tribunal supremo indemnizo a una persona que permaneció en la cárcel por 18 meses con 174.000 euros más los intereses legales.”³⁹

En la jurisprudencia española es a partir de la sentencia del 20 de febrero de 1999 donde se establecieron ciertos criterios para la indemnización del daño moral por prisión de libertad personal de manera ilegal.

La valoración del derecho fundamental y de la personalidad identificado con la libertad personal ha estado acompañado en la sentencia la cual considera que a cualquiera le supone un grave perjuicio moral como el desprestigio social y la ruptura con el entorno que conlleva la prisión así como la angustia, ansiedad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o el temor que suele tenerse.

En dicha sentencia se guardaron valoraciones subjetivas no contabilizadas como reglas general para la cuantía de la compensación económica como las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales que son relevantes para que sus consecuencias sean diferentes según cada persona.

³⁹ <http://www.juridicas.unam.mx/noticias.juridicas/articulos/55-Derecho%20Penal/2004>

Es por ello que la Constitución Política de España en su artículo 106.2 establece la reparación por daño moral en cuanto a la privativa de libertad que a la letra dice:

“Artículo 106.2 De la Constitución Española:

Los particulares en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servidores públicos”⁴⁰

5.1.3 La Regulación de la Indemnización del Daño Moral causado por privativa de libertad en la Ley Orgánica del Poder Judicial de España

También encontramos contemplada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de España en su artículo 294 que a la letra dice:

Artículo 294 Ley Orgánica del Poder Judicial de España:

“Tendrán derecho a indemnización quienes después de haber sufrido prisión preventiva sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que hayan irrogado perjuicios.”⁴¹

5.2 En Francia

5.2.1 Antecedentes Históricos del Daño Moral por Privativa de libertad en Francia

Tras el fin de la Primera Guerra Mundial, la Francia vencedora toma conciencia del escándalo y el error del Caso Dreyfuss en la época de la Paz Armada, episodio histórico por el cual un oficial de estado mayor acusado de alta traición fue condenado a prisión perpetua

⁴⁰ Constitución Política Española, http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf

⁴¹ Ley Orgánica del Poder Judicial de España, <http://www.boe.es/noticias.juridicas.com>

en la Isla del Diablo, despojado de su honra y con su vida arruinada, para ser restituido en su honor e inocencia años después, tras descubrirse y acreditarse una conspiración para encarcelarlo.

La razón de Estado y el significado de esta causa en su momento llevaron a que surgieran las primeras normas constitucionales que se hacían cargo del problema del error judicial y los derechos del ciudadano-falso delincuente que fue condenado, estableciendo la responsabilidad patrimonial del Estado-juez.

En nuestro país, la Constitución de 1925, sin perjuicio de sus problemas de legitimidad originaria, contenía algunas normas que fueron una total innovación vanguardista en su época:

- el control de constitucionalidad de la ley vigente,
- los tribunales de lo contencioso administrativo,
- las asambleas provinciales, y
- las primeras normas constitucionales sobre indemnización del error judicial en materia penal.

Lamentablemente, estas instituciones contenían remisiones a legislación complementaria que nunca se dictó, por lo que nunca entraron en vigencia y quedaron sólo en el papel.

Como todos sabemos, tanto en las actas constitucionales como en el texto definitivo de la carta del 80, se establece el régimen actual de la indemnización por error judicial en materia penal, sin remisiones al legislador, pero con aspectos complementarios de relevancia reglados una vez más en un auto acordado, y con una declaración previa de la corte suprema acerca del carácter indemnizable del error cometido en un auto de procesamiento o en una condena que después sean dejadas sin efecto. Esta declaración de la corte suprema debe fundarse en reconocer que no tuvo justificación o bien que obedeció a

una hipótesis de arbitrariedad, enmarcado en el antiguo sistema procesal penal y restringido a las hipótesis de un imputado:

- procesado-sobreseído definitivamente
- procesado-absuelto
- condenado en primera o única instancia y posteriormente absuelto o sobreseído.

Es decir, a todo evento se requiere de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento definitivo, siempre precedido de un auto de procesamiento o de una sentencia condenatoria posteriormente dejada sin efecto. En los patrones del sistema antiguo esta configuración no era casual, pues la prisión preventiva era uno de los efectos inmediatos del auto de procesamiento, cuestión que posteriormente fue mitigada en las llamadas leyes de humanización del proceso penal, en los últimos años de vida del viejo Código.

Bajo la vigencia del antiguo sistema este instituto tuvo muy poca aplicación. Lo usual para la judicatura siempre ha sido enjuiciar a los ciudadanos, en este instituto la Corte Suprema enjuicia a jueces y a sus actos, y muchas veces el proceso en el cual se emitió condena o procesamiento podía haber pasado por la propia Corte Suprema.

Por otro lado, las hipótesis de “error injustificado” y “arbitrariedad”, a veces confundidas y a veces diferenciadas, fueron perfiladas por la jurisprudencia como un juicio de mérito o de razonabilidad para fundar la emisión de la condena o el procesamiento, en relación con el mérito de los antecedentes que en ese momento obraban en el proceso, motivo por el cual no es de extrañar que las solicitudes acogidas en la materia fueran contadas con los dedos de la mano tras un cuarto de siglo.

5.2.2 Legislaciones que Regulan la Indemnización por Privativa de libertad en Francia

Una de estas legislaciones es la Convención Americana que surge de Tras la entrada en vigencia del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, la cual en su artículo 10 establece lo siguiente:

“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”⁴²

Vemos que aquí se da lugar a un derecho subjetivo a ser indemnizado, que reconoce una causa amplia de privación de libertad, bajo la fórmula de haber sido ilegalmente detenida o presa, que hace indemnizable ya no solo la condena sino también la detención y la prisión sin condena, en un conjunto de hipótesis que la norma constitucional no cubre.

Dicha regulación sobre la privativa de libertad también lo encontramos contemplada en la Ley Orgánica Constitucional de Francia en su artículo 5 que a la letra dice:

"Artículo 5°. El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina.”⁴³

Vemos que en este artículo la responsabilidad de reparar el daño moral recae ante los funcionarios públicos y ante el mismo estado, que se encuentran involucrados al cometer dichos errores en el cumplimiento de sus funciones es decir que el estado queda obligado a resarcir dicho daño en un momento que sus servidores públicos no puedan responder.

En el código procesal penal de Francia se hace referencia a unos ciertos requisitos que se deben tener para que pueda proceder a solicitar la prisión preventiva el ente persecutor o el querellante cuales se contemplan en el artículo 140 del Código antes mencionado que a la letra dice:

“Artículo 140 del Código Procesal Penal Francés: a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que

⁴² <http://bloglegal.bcn.cl>

⁴³ Idem

permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga”.⁴⁴

Vemos claramente que en Francia para que se dé lugar a la privativa de libertad así el presunto responsable de un delito primero se tienen que cumplir ciertos requisitos que acrediten fehacientemente el hecho para que el sujeto quede privado de libertad y que es obligación del agente persecutor y del querellante acreditar dichos requisitos.

5.3 En Paraguay

En la Constitución Política de Paraguay encontramos regulada a la reparación del daño moral por la privativa de libertad en los artículos 273 y 275 los cuales a la letra dicen:

“Artículo 273: Cuando a causa de la revisión del procedimiento el condenado sea absuelto o se le imponga una pena menor, será indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad o por el tiempo sufrido en exceso”⁴⁵

“Artículo 275: También corresponderá esta indemnización cuando la absolución de el sobreseimiento definitivo se basen en la inocencia del imputado y este haya sufrido privación de libertad durante el procedimiento.”⁴⁶

⁴⁴ Idem

⁴⁵ www.juricas.unam.mx, Evolución doctrinal , legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y El Daño Moral en Paraguay

⁴⁶ Idem

5.4 En Chile

5.4.1 Historia de Proyectos de Ley sobre Prisión Preventiva para la seguridad de la sociedad en Chile.

Recordemos muy brevemente la evolución de los proyectos de ley que se refieren a la prisión preventiva frente a la libertad provisional, en el Código de Procedimiento Penal. De modo general, observemos que la normativa sobre libertad provisional ha sido constantemente modificada, por la influencia del análisis de la realidad delictual, las ideas que defienden el principio de inocencia en tanto no exista sentencia condenatoria y por la firme convicción de que los recintos carcelarios no rehabilitan.

Desde la vigencia del Código de Procedimiento Penal hasta 1976, resultó frecuente que la ley fuera cada vez más rigurosa, estableciendo causales de inexcusabilidad durante el proceso o bien, limitara fuertemente la libertad provisional respecto de los procesados por delito de pena aflictiva, aún cuando a veces se morigeraba esta rigurosidad para solucionar problemas de proporcionalidad respecto de personas que cumplían con exceso la pena impuesta.

Mediante el Acta Constitucional N° 3, de 1976, se estableció un sistema distinto: la libertad provisional se transformó en un derecho, limitado en aquellos casos en que el juez estimare necesaria la prisión preventiva del imputado, por el peligro que ella significaría para la seguridad de la sociedad, entre otras razones. Promulgada dicha Acta, hubo una intensa discusión jurisprudencial en cuanto a si dicha acta había derogado las normas restrictivas del Código de Procedimiento Penal, opinando la mayoría que éstas continuaban vigentes, porque el derecho que consagraba la Constitución debía ajustarse a la ley. Una minoría postuló que se había producido una derogación y que el acta N° 3 había consagrado un sistema más liberal de libertad provisional.

Se dictó, entonces, el decreto ley N° 2.185, de 1978, que tuvo el mérito de precisar el concepto de seguridad de la sociedad, limitándolo a las necesidades del proceso, las que consistían en impedir que el procesado volviera a delinquir o que se fugara y no cooperara

con la instrucción del proceso. Precisó, aún más, *cuándo* debía estimarse que había peligro para la sociedad, para evitar los abusos que pudieran derivarse de la consagración de un concepto abierto y abstracto del mismo.

Posteriormente, en la discusión de la Comisión Ortúzar, responsable de la primera etapa de la preparación de Constitución Política de 1980 y la única que trabajó con actas públicas, no existió precisión conceptual al respecto, opinando algunos miembros que la seguridad de la sociedad era la seguridad política del Estado. No es posible, en definitiva, sostener que la vigencia de la Constitución de 1980 haya cambiado el concepto de que la libertad es un derecho por la de un simple beneficio que queda sujeto a la discrecionalidad de la ley. Así se ha estimado en la doctrina de los más importantes constitucionalistas.

De otro lado, desde 1978 hasta 1991, en que se dictó la ley N° 19.047, una de las denominadas *Leyes Cumplido*, los tribunales de justicia aceptaron la normativa del D.L. 2.185 a que hicimos referencia y no se cuestionó su constitucionalidad a través de algún recurso de inaplicabilidad, aún cuando existió una minoría de jueces y académicos que estimaban que el texto constitucional daba amplia libertad a los jueces y que la ley no podía limitar esta libertad de apreciación. Dicha ley 19.047, modificó del art. 363 del Código de Procedimiento Penal, modificando la regulación legal del concepto de seguridad de la sociedad y ratificando que la libertad era un derecho de todo detenido preso.

A pesar de que la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema y de las cortes de apelaciones siguieron aplicando los conceptos del D. L. 2.185 y fue sumamente restrictiva la libertad provisional en los delitos más graves y respecto de los reincidentes y habituales, existió una minoría que sí se desligó de estos conceptos y estimaba que la libertad era procedente, incluso respecto de delitos gravísimos y de personas con numerosos antecedentes penales.

Sin embargo, por la creciente presión social por el aparente aumento de la criminalidad y por el impacto que causó, en algunos casos de connotación periodística, que

imputados por delitos gravísimos gozaran de libertad provisional, se tramitó y dictó la ley N° 19.503, en 1997, que restableció nuevamente, en gran medida, los criterios del D.L. 2.185, aún cuando para no aparecer en contraposición con la Constitución, se estableció que el Juez “...podrá estimar que la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad tomando en consideración...” una serie de criterios expuestos con relativa claridad, que se mantienen en general en la legislación actualmente vigente. Finalmente, nuevamente como reacción frente a casos específicos de notoriedad pública, se dictó la ley N° 19.661, en el año 2000, en virtud de la cual, se modificó el inciso segundo del art. 363 del aludido C.P.P., disponiéndose que el tribunal “deberá” considerar “especialmente” una serie de circunstancias para estimar si la libertad del procesado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad.

Los criterios restablecidos, en términos generales, son similares a los del D.L. 2.185, recogidos posteriormente por la aludida ley N° 19.503, agregándose como parámetro, el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

5.4.2 La Regulación de la Privativa de libertad en la Legislación actual de Chile

Dicha regulación se encuentra contemplada en la Constitución Política de Chile en su artículo 17 N° 7 letras i que al pie dice:

“La Constitución Asegura a todas las personas

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

En consecuencia:

i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a un proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la corte suprema declare injustificada, errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el estado de los perjuicios patrimoniales y morales que hayan sufrido, la indemnización será

determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en la prueba se apreciara en conciencia”⁴⁷

Encontramos también regulada la privativa de libertad en el Código Penal de Chile en el artículo 140 el cual contempla los requisitos para que se dé lugar a la privativa de libertad que a la letra dice:

“Artículo 140: “Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante, acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.”⁴⁸

Así tenemos también que el código de Procedimientos Penales contempla a la privativa de libertad en sus artículos 223 y 274 que a la letra dicen:

“Artículo 223: Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua

Art. 1º para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados:

1º Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil.

⁴⁷ www.juridicas.unam.mx, evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en Chile

⁴⁸ *Ibidem*

2° Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo.

3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos.”⁴⁹

“Artículo 224: Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios:

1° Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal.

2° Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial.3° Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.

4° Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.

5° Cuando maliciosamente retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.

6° Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria.

7° Cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.”⁵⁰

5.5 En Ecuador

La figura de la indemnización la tenemos contemplada en este país tanto en la Constitución Política como en el Código Penal de Ecuador dentro de la constitución la tenemos en el artículo 22 que a la letra dice:

⁴⁹ www.leychile.cl

⁵⁰ Idem

“Artículo 22 De la Constitución Política de Ecuador: El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial”⁵¹

Mientras que en el código penal de dicho país lo encontramos regulado en los artículos 419 y 420 que a la letra dicen:

“Artículo 419: Casos de prisión preventiva o internación provisional. Cuando el imputado sea absuelto o sobreseído, debe ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos. La indemnización será pagada por el acusador particular, si no lo hubiera, la pagara el estado, que tendrá derecho a repertir contra quien haya inducido la acusación”⁵²

“Artículo 420: El estado repertir la indemnización pagada de quienes hayan contribuido dolosamente al error judicial. En caso de la medidas cautelares sufridas injustamente, el juez o tribunal debe imponer, al denunciante o querellante que haya alterado los hechos o litigando con temerocidad la obligación de indemnizar”⁵³.

⁵¹ <http://www.utn.edu.ec/web/portal/images/doc-utn/constitucion-ecuador>.

⁵² <http://www.utn.edu.ec/web/portal/images/doc-utn/codigo penal ecuador>

⁵³ Idem

CAPÍTULO VI
COMENTARIOS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL
DERECHO PENAL

COMENTARIOS

En nuestro país la acción de indemnización o la reparación del daño moral por error judicial ha quedado excluida dentro de nuestros preceptos legales, y es muy común que dentro de nuestra sociedad se den ciertos casos de abusos de autoridades en los procesos legales y al inculpado de un delito se le prive de su libertad sin tener pruebas suficientes que acrediten la responsabilidad que se le imputa a dicha persona acusada y después de realizar la investigación y haber consignado al tribunal se determine la inocencia de dicha persona después de encontrarse en la cárcel durante días meses e incluso hasta años y únicamente se obtenga una simple disculpa por partes de las autoridades que cometieron ese error y no se repare el daño que se le causo en su persona.

Es por ello que sería conveniente que dentro de nuestra legislación existieran mecanismos que regulen la compensación económica que sufre la persona por los daños causados debido al encarcelamiento.

Si analizamos el código penal federal encontraremos que el daño moral se encuentra regulado en dicho ordenamiento en los siguientes artículos los cuales a la letra dicen:

Artículo 30: La Reparación del Daño comprende:

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

Artículo 30 bis: Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1° El ofendido, 2° En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubinaria, y los hijos menores de edad; a falta de estos los descendientes y ascendientes que dependieran económicamente al momento del fallecimiento.

Vemos claramente que dichos artículos se manejan a la reparación del daño moral como una garantía que tiene como única y exclusiva la víctima u ofendido de un delito solamente las personas que tienen el derecho de reclamar dicha indemnización es la parte acusadora en el proceso penal y que la obligación de reparar el daño causado recae en la parte acusada dejando excluidos los derechos del procesado.

Es necesario también hacer mención que nuestra carta magna protege como un derecho fundamental la libertad de toda persona independientemente del papel que juegue cada sujeto dentro de un proceso penal y al privar de la libertad a una persona sin argumentos suficientes que le den soporte a dicha privativa de libertad se incurre en una violación de una garantía como es la libertad y por lo tanto dicha violación merece ser resarcida. Así mismo en el Artículo 20 constitucional se encuentran contemplados los

derechos que tiene tanto la parte acusadora inciso c) como el inculpado inciso b) dentro de un proceso penal los cuales a la letra dicen:

B. DE LOS DERECHOS DE TODA PERSONA IMPUTADA:

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

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

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

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. la publicidad solo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

VI. le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VII. será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designara un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo

C. DE LOS DERECHOS DE LA VICTIMA O DEL OFENDIDO:

I. recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. coadyuvar con el ministerio publico; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

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

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

V. al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o

delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. el ministerio publico deberá garantizar la protección de victimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

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

VII. impugnar ante autoridad judicial las omisiones del ministerio publico en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no este satisfecha la reparación del daño.

Seguimos viendo que hasta la misma carta magna maneja como un derecho único y exclusivo de la victima la reparación del daño moral excluyendo el derecho que tiene el inculpado de ser resarcido también por el daño moral que se le ha causado y aun mas cuando dicho delito a merite privativa de libertad.

Es por ello que es necesario reformar nuestro Código Penal Federal toda vez que no regular la indemnización por daño moral tratándose de aquellos casos que el imputado sea privado de su libertad y resulte absuelto del delito que se le imputa.

Así mismo analizado también el código penal del Estado de Veracruz encontramos que dentro de dicho ordenamiento se encuentra contemplada la indemnización por daño moral de una manera más amplia e independiente a la reparación del daño moral en los siguientes artículos:

Articulo 53 La reparación del daño tiene el carácter de pena pública. El sujeto pasivo o sus derechohabientes, en los términos dispuestos por el Código de Procedimientos Penales del Estado, podrán comparecer directamente ante el juez para este efecto.

La obligación de pagar el importe de la reparación del daño es preferente respecto a la multa y se cubrirá primero que cualquiera otra de las obligaciones personales que se hubieren contraído por el sentenciado con anterioridad a la realización del delito, con excepción de las alimentarias y salariales.

Artículo 54 En los casos que sea procedente, el Ministerio Público está obligado a solicitar la reparación del daño y el juez no podrá absolver al sentenciado si ha dictado fallo condenatorio.

Artículo 55.-Quien se considere con derecho a la reparación del daño y no pueda obtenerla ante el juez penal, podrá acudir a la vía civil en los términos del código de la materia.

Artículo 56.-La reparación del daño comprende:

- I. La restitución en los derechos de guarda y custodia del menor o incapaz, tratándose del delito de sustracción o retención de menores o incapaces; y en general la restitución de la cosa obtenida por el delito, sus frutos, accesiones existentes y, en su caso, el pago de los deterioros o menoscabos ocasionados. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto similar al que fuese materia de delito, sin necesidad de recurrir a prueba pericial. Si la restitución fuere imposible, se pagará en numerario el precio de todo lo dañado;
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que sean necesarios para la recuperación de la salud física y mental de la víctima.
- III. El pago de gastos e intereses legales; y
- IV. Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

V.- En los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexual, violencia familiar, violencia de género y lesiones que sean con violencia de género, así como el de feminicidio, la reparación incluirá:

- a) Las hipótesis contenidas en las fracciones anteriores;
- b) El restablecimiento de su dignidad, mediante disculpa pública, a través de los mecanismos que señale la autoridad judicial;
- c) La reparación por la afectación en su entorno laboral, educativo, comunitario, y psicológico, a fin de lograr su restablecimiento; ante la imposibilidad de éste, la indemnización correspondiente, en los términos de la fracción VIII del artículo 11 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

La indemnización a que se refiere el párrafo anterior se cuantificará con base en diversos factores como la pérdida del empleo, la inasistencia a las jornadas laborales, la necesidad de cambio de plantel educativo o inasistencia a éste, el cambio de domicilio, la pérdida de instrumentos de trabajo y demás datos relevantes que permitan realizar la cuantificación correspondiente; y

- d) El pago de los gastos indispensables para su subsistencia y, si los hubiere, de los hijos e hijas menores de edad o discapacitados, cuando como consecuencia del delito sufrido se haya visto imposibilitada para desarrollarse en el ámbito laboral; lo anterior, por el tiempo que determine la autoridad judicial, atendiendo a su grado de estudios, edad y estado de salud.

Artículo 57 segundo párrafo dice:” la indemnización del daño moral será fijada tomando en consideración las características del delito, las posibilidades económicas del obligado, la lesión moral sufrida por la víctima, el resultado de la mediación si lo hubiera y las circunstancias personales de aquella tales como su educación, su prestigio, cultura y sociedad, sensibilidad, afectos y cuanto más sea factible de ser tomado en cuenta para la valoración del daño.

Artículo 59: Están obligados a reparar el daño, además del responsable del delito:

Fracc. VIII: El Estado y los Municipios quedaran obligados solidariamente con sus servidores públicos; por los delitos que estos cometan con motivo o en el desempeño de sus funciones, quedando a salvo los derechos de aquellos para repetir.

También haremos mención al Artículo 317 del Código Penal de Veracruz que menciona al abuso de autoridad y a la sanción que se le imponen al servidor público por cometer dicho delito dicho arriba mencionado a la letra dice:

Artículo 317.- Se impondrán de dos a ocho años de prisión y multa hasta de doscientos días de salario al servidor público que ilegalmente ordene o ejecute un acto o inicie un procedimiento, en beneficio propio o ajeno o en perjuicio de alguien.

Vemos que nuestro ordenamiento es un poco más preciso en la regulación del daño moral pero no regula en ninguno de sus artículos antes mencionados la reparación por daño moral a causa de privativa de libertad hacia el inculcado que resulte absuelto del delito que se le impute, toda vez que sigue casi la misma estructura que el código penal federal ya que ambos ordenamientos solo se enfocan en determinar la reparación del daño moral como una garantía única de la víctima del delito, dejando a un lado los derechos que tiene el inculcado dentro del proceso penal como el derecho que es fundamental el de su libertad.

En cuanto al Código Penal de Sonora podríamos decir que dentro de este ordenamiento se encuentra un poco mas regulada la reparación del daño moral porque se estipula ya en el concepto del daño moral y los porcentajes para poder determinar el monto de dicha indemnización, en cuanto a su concepto lo encontramos en su artículo 29 fracción III que a la letra dice:

Artículo 29: La Reparación del daño comprende:

III La Indemnización del Daño Moral causado, entendiéndose este como el sufrimiento que el delito origine a una persona, ya sea en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, o como consecuencia de las alteraciones en su configuración o aspecto físico o mental.

En cuanto a lo que respecta a la fijación de los porcentajes estos se encuentran contemplados en el mismo artículo en la fracción VI que a la letra dice:

VI: Según corresponda y de manera accesoria a los conceptos anteriores: el pago del 10% del valor de la cosa que se deba restituir; del daño materia y/o moral y/o de los perjuicios causados; en conceptos de gastos por su reclamación judicial, si la reparación se obtiene antes del proceso. El 15% de los valores, en conceptos de gastos por su reclamación judicial, si la reparación se obtiene durante el proceso.

El 20 % de los valores por igual concepto, si se debe pagar con motivo de la sentencia y en virtud de la gestión durante el proceso. Si solo se gestiona la liquidación durante la ejecución de sentencia, el 10 % de los valores. Pero vemos que estos porcentajes únicamente los puede hacer valer la víctima u ofendido del delito o de oficio el Ministerio Público de acuerdo al segundo párrafo de la Fracción IV del artículo 29 que a la letra dice:

Para que proceda lo que se prevé en esta fracción, será necesario que el ofendido o la víctima gestionen por sí mismo o por conducto de un abogado con título registrado en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, la reparación del daño. Asimismo el Ministerio Público podrá de oficio gestionar la reparación del daño de la víctima u ofendido.

También vemos que estipula en que delitos se encuentra considerado la existencia del daño moral esto en su artículo 29 bis que a la letra dice:

Artículo 29 bis: Salvo prueba en contrario, se considera que siempre existe daño moral en los delitos siguientes: Corrupción de Menores de edad e incapaces, utilización de imágenes y/o voces de personas menores de edad para la pornografía, relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, violación, violencia intrafamiliar, rapto, abusos deshonestos, privación ilegal de la libertad, secuestro, trata de personas, homicidio, calumnias y chantaje.

Vemos que en este artículo ya se regula el delito de la privación de libertad de manera ilegal y también regula ya la existencia del daño moral por dicho delito, así como

también regula la obligación del estado a reparar los daños y perjuicios por los errores que cometen los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por los delitos tanto dolosos o culposos, pero no obliga al estado a reparar el daño moral causado al procesado absuelto que haya sufrido privativa de libertad establecido en el artículo 32 fracción III del mismo ordenamiento que a la letra dice:

Artículo 32: Están obligados a reparar daños y perjuicios:

III. El Estado y los Municipios, solidariamente, por los delitos dolosos y Preterintencionales cometidos por sus servidores públicos, con motivo y en el desempeño de sus funciones, y subsidiariamente, cuando aquellos, en las mismas circunstancias fueren culposos.

Pero aun así no regulan la reparación del daño moral por privativa de libertad hacia el procesado absuelto ya que sigue regulando como un derecho único a la indemnización por daño moral que la víctima u ofendido tienen por el delito excluyendo el derecho del procesado absuelto obtener el derecho de ser indemnizado por el daño moral causado esto lo encontramos contemplado en el artículo 30 de dicho código en mención que a la letra dice:

Artículo 30: Tienen derecho a la reparación de daños y perjuicios en orden preferente:

I.- La Víctima o el ofendido, y quienes realicen gastos aplicados directamente a la reparación del daño.

II.- A falta de la víctima o del ofendido, las personas que siendo o no herederas, dependieran económicamente de la víctima o del ofendido.

III Las personas que sin haber dependido económicamente de la víctima o del ofendido sean herederas y.

IV El Estado

En cuanto al Código Penal de Nuevo León vemos que en el ya se estipula como un delito la prolongación de la prisión preventiva de igual manera se establece en ella también las

sanciones a las que quedan sujetos los servidores públicos cuando incurran en dichos delitos señalado en el artículo 224 Fracción XIV de dicho código que a la letra dice:

Artículo: 224 Se impondrán las sanciones de este capítulo a los Servidores Públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuraduría de Justicia y de los Tribunales Administrativos, que cometan algunos de los siguientes delitos:

Fracc. XIV Prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que se motive el proceso.

Así como también en el mismo artículo en su párrafo segundo establecen lo siguiente:

A quien cometa los delitos previstos en las fracciones IV, V, VI, VII, VII, IX, X, XI, XII, XII, XIV, XV, XVI, se le impondrá pena de prisión de dos a ocho años y multa de doscientas a cuatrocientas cuota.

Así mismo también el artículo 224 bis del Código Penal de Nuevo León establece sanciones para los servidores públicos que dentro del lapso de las 72 horas que corresponden dentro del proceso a tener detenido al inculcado no se emita ya sea un auto de libertad o un auto de formal prisión este artículo a la letra dice:

Artículo 224 bis.- Se aplicará sanción de seis meses a cinco años de prisión y multa de veinte a cien cuotas, cuando la autoridad judicial no dicte auto de formal prisión o auto de libertad dentro de las setenta y dos horas o dentro del plazo ampliado en beneficio del inculcado, cuando esté detenido, a contar desde el momento en que quede a su disposición. La misma pena se aplicará a los custodios que no pongan en libertad al inculcado, cuando no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro de las tres horas siguientes al en que requieran al juez sobre su envío, una vez concluidos, en su caso, los plazos mencionados en el primer párrafo de este artículo.

En cuanto a su ley Responsabilidad de los Servidores Públicos en ella se encuentra regulada la obligación que tiene el estado de responder de manera subsidiaria a la

indemnización por los delitos que cometen sus servidores públicos esto se encuentra contemplado en el artículo 101 de dicha ley que a la letra dice:

Artículo 101: El Estado es subsidiariamente responsable de la reparación de los daños causados a particulares por los servidores públicos sancionados administrativamente con motivo de la aplicación de esta Ley o sentenciados penalmente por delitos cometidos en el desempeño de su encargo. El Titular del Ejecutivo del Estado a propuesta de la Contraloría, en el primer caso, y de la Procuraduría General de Justicia en el segundo, podrá subrogarse al cumplimiento de esta responsabilidad en cualquier momento.

Dentro de mis comentarios considero oportuno referirme a la figura de la Responsabilidad Extracontractual, cuando la norma jurídica violada es una ley puede ser delictual o penal, si el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito.

Así tenemos que la Responsabilidad Extracontractual es aquella que existe cuando una persona causa, ya sea por sí misma, por medio de otra de la que responde, por una cosa de su propiedad o de que se sirve, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido.

Requisitos de la Responsabilidad Extracontractual:

Para que haya lugar a la responsabilidad extracontractual dos son los requisitos fundamentales; la actuación ilícita, dolosa o culposa y el daño a la víctima que ella ocasiona. A ellos se les agregan otros, de tal manera que tenemos los siguientes:

1. Acción u omisión del agente,
2. La culpa o dolo de su parte (ambos se estudian conjuntamente)
3. La no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad
4. La capacidad del autor del hecho ilícito;
5. El daño a la víctima;
6. La relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido.

No perdamos de vista que en nuestro comentario la persona acusada de un delito (procesado) que no se le compruebe el mismo se convierte en “Victima”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Aunque dentro de nuestra legislación mexicana se encuentre regulada la reparación del daño moral dentro del derecho penal se observa claramente que ni el Código Penal Federal ni el Código Penal Veracruzano contemplan dentro de sus artículos regular el otorgamiento de una indemnización al procesado que ha sufrido privación de la libertad durante el proceso penal y que por medio de una sentencia resulte absuelto del mismo ni tampoco se estipula ninguna sanción hacia los funcionarios públicos por los errores judiciales cometidos en el desempeño de sus funciones.

SEGUNDA.- El legislador debe de regular que el estado tenga la obligación de recompensar al procesado por los daños que se le ocasionaron por aquellos errores que cometidos en la aplicación de la prisión preventiva o por la prolongación injustificada de esta, así se podría evitar que haya menos abusos en la aplicación de la prisión preventiva.

TERCERA.- En cuanto a lo que respecta al Código Penal de Sonora podemos concluir que en él ya se estipula dentro de sus artículos el concepto del daño moral y los porcentajes de la indemnización por el daño moral causado así como también se establece la existencia del

daño moral en determinados delitos dentro de ellos la privativa ilegal de la libertad, pero tampoco encontramos en este ordenamiento las sanciones que se le deben imponer al estado y a sus funcionarios públicos por la privativa de libertad al procesado absuelto del mismo.

CUARTA.- Con lo que respecta al Código Penal de Nuevo León podemos concluir que ya dentro de su artículo 224 señala las sanciones que se le imponen a los servidores públicos cuando comentan el delito de prologar la prisión preventiva por más del tiempo que señala la ley como máximo así lo indica el artículo anteriormente mencionado en su fracción XIV, aunque se puede observar que dicha sanción solo se impondrá si dicha prolongación de la privativa de libertad se da dentro del mismo proceso penal, pero se podría decir que ya existe por lo menos un indicio en el código penal de nuevo león de sancionar a la servidor público que de alguna manera cometa ese error judicial dicha sanción antes mencionada va desde la pena de prisión de 2 a 8 años o multa de 200 a 400 cuotas.

QUINTA.- También vemos que el mismo estado de Nuevo León en su Ley de la Responsabilidad de los Servidores públicos ya establece en su artículo 101 la obligación que tiene el estado de responder de manera subsidiaria por daños que sus funcionarios públicos causen a los particulares ya sea que se les imponga una sanción de carácter administrativo o sean acreedores a una sentencia penal.

SEXTA.- A pesar que ya se ve un poco más de avance tanto en el código penal de nuevo león y el código penal de sonora ya se estipula un poco más las sanciones así los servidores públicos en cuanto a lo que respecta la privativa de libertad aun así no regula en su totalidad que en el estado quede obligado a resarcir a través de una indemnización el daño moral que se le cause a un procesado que después de una sentencia firme quede absuelto, a comparación de otros países como España, Francia, Chile, Ecuador y Paraguay ya regulan a nivel constitución la responsabilidad que tiene el estado de indemnizar al procesado por la privativa de libertad sufrida cuando se declare la inocencia del mismo.

PROPUESTA

Se propone que se realice una reforma tanto al Código Penal Federal como al Código Penal Veracruzano para que dentro de estos ordenamientos se implemente la reparación del daño moral por privativa de libertad al procesado absuelto, así como también se estipulen las sanciones así los funcionarios públicos cuando dentro del proceso penal se incurra en error judicial, toda vez que la reparación por daño moral es manejada dentro de estos códigos como un derecho único que tiene la víctima del delito dejando a un lado los derechos del procesado.

Se propone también que se realice una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con referencia al artículo 20 de dicha carta magna ya que en él se encuentran establecidos los derechos que tienen tanto la víctima y el inculpado dentro de un proceso penal donde se puede observar que solo se contempla como derecho único a obtener dicha indemnización por reparación del daño a la víctima, y que dicha reforma se haga siguiendo los modelos de las constituciones y códigos de los países extranjeros como España Francia, Portugal y Ecuador que ya regular el derecho que tiene el procesado de obtener una reparación del daño moral por privativa de libertad cuando el reo queda absuelto de dicho delito imputado.

Es de notarse que nuestros códigos e incluso nuestra carta magna no cuenta con la regulación de esta figura jurídica, cuando la autoridad comete esta clase de error judicial, es por ello que lo que se pretende con esta tesis es implementar dicha figura dentro de nuestros ordenamientos y pretendiéndose con esto que el procesado sea recompensado por haber sufrido injustamente privativa de libertad durante todo el proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

AMACHATEGUI, Requena Griselda, Derecho Penal, 3 Edición, México, Oxford, 2005

BEJARANO Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, 1990.

CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, cuadragésima séptima edición, editorial Porrúa, México, 2007.

ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba, tomo V, Bibliografías, Buenos Aires Argentina, 1999

MALVAEZ Contreras Jorge, La Reparación del Daño a la Víctima u Ofendido de un Delito, Editorial Porrúa, México, 2008

MEZGER Edmundo, Derecho Penal, México, Cárdenas, editores 1985

OCHOA Olvera Salvador, La Demanda Por Daño Moral, Editorial Monte Alta, 1994

VELA Treviño, Culpabilidad e Inculpabilidad y Teoría del Delito, México, Editorial Trillas, 1985

LEXICOGRAFÍA

Código Penal Federal

Código Penal del Estado de Veracruz

Código Penal de Sonora

Código Penal de Guanajuato

Código Penal de Nuevo León

Ley de Responsabilidad para los Servidores Públicos de Nuevo León

LINKOGRAFÍA

[http:// www.juricas.unam.mx](http://www.juricas.unam.mx)

[http:// www.bloglegal.bcn.cl](http://www.bloglegal.bcn.cl)

[http:// www.hcnl.gob.mx](http://www.hcnl.gob.mx)

[http:// www.congresoglo.gob.mx](http://www.congresoglo.gob.mx)

[http:// www.congresoson.gob.mx](http://www.congresoson.gob.mx)

[http:// www.leychile.cl](http://www.leychile.cl)

[http://www.utn.edu.ec/web/portal/images/doc-utn/constitucion-ecuador.](http://www.utn.edu.ec/web/portal/images/doc-utn/constitucion-ecuador)

<http://www.utn.edu.ec/web/portal/images/doc-utn/codigo penal ecuador>