

PRISIÓN PREVENTIVA Y REPARACIÓN DEL DAÑO EN MÉXICO: LEY GENERAL DE VÍCTIMAS Y FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

PREVENTIVE PRISON AND REPAIR OF DAMAGE IN MEXICO: GENERAL LAW OF VICTIMS AND FEDERAL OF STATE'S LIABILITY RESPONSIBILITY

Zulema MOSRI GUTIÉRREZ*

RESUMEN: A partir de las recientes reformas en materia responsabilidad del Estado, derechos humanos y la transformación del sistema penal, se ha generado un debate respecto a la figura de la prisión preventiva injusta y sus mecanismos de reparación del daño. El sistema jurídico mexicano reconoce al menos dos esquemas para responder por los daños causados a las personas por la actuación estatal, los cuales, por su naturaleza, responden a supuestos distintos y están regulados en disposición también diferentes: la Ley General de Víctimas y la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Responsabilidad del Estado; Sistema General de Víctimas; Prisión preventiva; Reparación del daño.

ABSTRACT: The recent reforms on State Liability, human rights and the transformation of the criminal justice system have generated a debate about unjust detention and the damage repair mechanisms. The Mexican legal system recognizes at least two schemes to respond for damage caused to individuals by state action, which by their nature respond to different assumptions and are regulated for different arrangements: the General Victims Act and the Federal Patrimonial State Liability Act.

KEYWORDS: Human Rights; State Liability; General Victims System; unjust detention; damage repair.

* Licenciatura en Derecho por la Universidad de Sonora con Mención Honorífica, Maestría en Gestión Pública Aplicada por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Actualmente cursa el doctorado por investigación en la UNAM. Contacto: <zmosri@yahoo.com>. Fecha de recepción: 5 de abril de 2017. Fecha de aprobación: 27 de agosto de 2017.

La función judicial constituye una importante tarea práctica, que apunta a la realización de fines valiosos indispensables para alcanzar una justa y ordenada convivencia social.

Bernardino Montejano

I. INTRODUCCIÓN

Las líneas subsecuentes tienen por propósito exponer algunas consideraciones en torno a la responsabilidad del Estado mexicano en casos de prisión preventiva injusta, así como los mecanismos mediante los cuales se puede solicitar la reparación del daño generado por ésta.

Por ello, a continuación se describirá brevemente en qué consiste esta medida cautelar y los elementos que la distinguen de la prisión como pena. De igual forma, se explicitarán las características generales del sistema penal acusatorio y del sistema penal inquisitivo, en el cual ha proliferado la imposición de la prisión preventiva, para distinguir sus repercusiones en el tratamiento de la prisión preventiva.

Finalmente, se plantean algunas consideraciones la sobre responsabilidad patrimonial del Estado y la prisión preventiva, a la luz de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y la actualización del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado y reparación del daño.

II. Prisión preventiva como sanción y como medida cautelar

La prisión es una de las penas aplicada con mayor frecuencia en nuestro sistema penal, aunque el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* sostenga que la implementación de medidas privativas de la libertad deben adoptarse únicamente cuando otras no puedan ser adoptadas, y siempre que sea por el menor tiempo posible, es decir, conforme al límite máximo previsto por ley.

Al respecto, el Código Penal Federal establece que la pena de prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración puede ser de tres días a sesenta años, excepto para el delito de secuestro, donde puede alcanzar hasta noventa años.¹

La pena, como consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito, es una de las cuestiones torales en los sistemas de impartición de justicia penal y consiste en la disminución de uno o más bienes o derechos jurídicos, entre ellos, la libertad, impuesta judicialmente al autor de un delito.

Entre 1917 y 1965 el objetivo de la prisión como sanción en México consistió en promover la “regeneración” de la persona que delinque. De 1965 a 2008 buscó la “readaptación social del delincuente”, y a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, los propósitos del sistema penitenciario han sido la “reinserción social del sentenciado” y la “eliminación de la voluntad de volver a delinquir”, es decir, la disuasión del delito. Con la reforma constitucional de junio de 2011, se incorporó también, como base del sistema penitenciario, el respeto, protección y garantía de los derechos humanos.²

Por otra parte, la *prisión preventiva* como medida cautelar, es una institución jurídica procesal que implica la detención de una persona mientras se encuentra sujeta a proceso penal. Eugenio Zaffaroni la define como la privación de la libertad sufrida por un sujeto cuando aún no ha sido condenado, esto es, que aún no ha recibido sentencia, la cual puede ser condenatoria o absolutoria.³

¹ Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

² Artículo 18. “(...) *El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.*”

³ FLORES RODRÍGUEZ, Israel, “El régimen constitucional de la prisión preventiva en México: Una mirada desde lo internacional”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 35, México, 2013, pp. 35-54., p. 37.

Es decir, la prisión preventiva en ningún caso será una pena, aunque sea posible computar su duración para el cumplimiento de la sanción impuesta o para cualquier otra que pudiera serle impuesta por otras causas, incluso previas a su ingreso a prisión, en cuyo caso, las penas se compurgarán simultáneamente.

El Código Penal Federal establece, en su artículo 24, las penas y medidas de seguridad aplicables en México, entre las que se encuentran: *la prisión*, el tratamiento en libertad, la semilibertad, el trabajo en favor de la comunidad, la prohibición de ir a lugar determinado, el internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, la sanción pecuniaria, el decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, la amonestación y el apercibimiento, la suspensión o privación de derechos, así como la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, entre otras.

El artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que sólo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá lugar a prisión preventiva. Asimismo, refiere que los reclusos con esa calidad deben permanecer en un sitio distinto del destinado para la extinción de las penas, y que estarán completamente separados del resto de la población interna, ya que se distingue la prisión preventiva como medida cautelar y de la prisión preventiva como pena, aunque en la práctica se trate en ambos casos de la restricción de la libertad.⁴

El mismo precepto prevé que esta medida podría ser decretada de oficio por el juez cuando se esté frente a casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La determinación de las penas y medidas de seguridad corresponde al juez, quien adoptará aquellas que estime justas y

⁴ Artículo 26 Código Penal Federal.

precedentes, conforme a los límites señalados para cada delito, en consideración de su gravedad; la calidad y condición específica de la víctima u ofendido; el grado de culpabilidad del agente, la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que se hubiere expuesto; la naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para su ejecución, así como los demás elementos previstos en el artículo 52 del Código Penal Federal.⁵ También corresponde a los jueces decidir el aumento o disminución de la pena a partir de las relaciones personales o circunstancias subjetivas del autor del delito.

Lo anterior adquiere relevancia, porque la prisión preventiva como medida cautelar también requiere el análisis del juez que la determina, ya que ésta limita la libertad de una persona y con ello, restringe varios de sus derechos, situación que, en opinión de algunos especialistas, no puede definirse de manera oficiosa aún para los delitos considerados graves.

⁵ Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y precedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

En el proceso penal regido por el *sistema inquisitivo*, la prisión preventiva era la consecuencia necesaria del auto de formal prisión, ya que mediante este acto el juez determinaba la presencia de elementos suficientes para convertir una detención en prisión preventiva, salvo por los casos en que proceda la libertad provisional bajo caución. De este modo, el auto de formal prisión constituía un vínculo necesario entre la sujeción del inculpado al proceso y la prisión preventiva.

Debido a la sustitución del sistema penal inquisitivo por el acusatorio, producto de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, el auto de vinculación al proceso se desligó de la prisión preventiva para fortalecer su carácter de medida cautelar excepcional.

Conforme al artículo 19 constitucional, la prisión preventiva tiene como fines: (i) garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; (ii) el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; y procede decretarla, cuando el imputado esté en proceso o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Es decir, la prisión preventiva debe entenderse como la privación de libertad impuesta por el órgano jurisdiccional al procesado durante la sustanciación del proceso, a fin de asegurar la correcta ejecución del juicio y evitar que el procesado se extraiga de la acción de la justicia.⁶

En el nuevo sistema penal acusatorio, la prisión preventiva solamente puede ser ordenada por el juez de control⁷ o tribunal de

⁶ En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, de la Cámara de diputados. Gaceta Parlamentaria 11 de diciembre de 2007.

⁷ Autoridad jurisdiccional a la que por mandato constitucional corresponde calificar la detención de los imputados, resolver las audiencias relativas a la formulación de la imputación, la vinculación a proceso, las medidas cautelares y determinar las suspensiones del mismo, el cual interviene desde el principio del procedimiento y hasta el dictado del auto de apertura a juicio, ya sea local o federal.

la causa.⁸ La figura del juez de control está prevista para que resuelva, en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares y las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público, así como para celebrar las audiencias procesales preliminares al juicio, conforme a los principios definidos por el sistema.⁹

Respecto a la duración de esta medida cautelar, el artículo 20 constitucional prevé que la prisión preventiva no excederá el tiempo que como máximo fije la ley para la pena del delito que motivó el proceso, el cual no podrá ser superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado, ya que si dicho plazo ha transcurrido y no se ha pronunciado sentencia, el imputado deberá ser puesto en libertad de inmediato en tanto se siga el proceso, sin que ello impida la posibilidad de establecer otras medidas cautelares.

En el campo teórico, Luigi Ferrajoli sostiene que la prisión preventiva ocupa el lugar de la pena y constituye una sanción primaria de la sospecha del delito o en otras palabras, una pena anticipada.¹⁰

Respecto a la naturaleza jurídica y justificación de la prisión preventiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha distinguido sustancialmente la prisión preventiva de la prisión como pena, a partir de los supuestos y las finalidades que persiguen cada una. La prisión preventiva tiene como objetivo asegurar que el imputado esté presente durante todo el proceso, aunque no se haya acreditado la comisión del delito ni su responsabilidad; mientras que la pena de prisión ya se tiene la certeza de que éste incurrió en un delito.¹¹ Esta razón justifica la separación de las personas a

⁸ Órgano jurisdiccional del fuero federal o del fuero común integrado por uno o tres juzgadores, que interviene después del auto de apertura a juicio oral, hasta el dictado y explicación de sentencia. Código Nacional de Procedimientos Penales, Artículo 3° fracción VX.

⁹ Artículos 16 y 19 constitucionales.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del Garantismo Penal*, 6ª ed., España, Trotta, 2004, p. 341 y 342.

¹¹ Tesis 291980, Semanario Judicial de la Federación, t. I, p. 1599.

quienes se impone esta medida cautelar de las sentenciadas.¹²

De acuerdo con el Pleno de la SCJN la prisión preventiva es una medida cautelar y provisional que no está en contradicción con la garantía de audiencia, en virtud de los fines que persigue: (i) preservar el desarrollo adecuado del proceso; (ii) asegurar la ejecución de la pena, y (iii) evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.¹³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) afirma que la prisión preventiva es aceptable, siempre y cuando no sobrepase un plazo razonable¹⁴ o éste se justifique de manera especial.¹⁵

Tanto la CIDH en su informe 2/97 como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos¹⁶ han reiterado que las razones justificatorias de la prisión preventiva deben ser expuestas en atención al caso particular y no únicamente motivadas por la naturaleza del delito.

¹² Tesis 1ª. XXV/99, Semanario Judicial de la Federación, t. X, p. 91.

¹³ Tesis: P. XIX/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. VII, Marzo de 1998, p. 94.

¹⁴ “La razonabilidad del plazo al que se refiere ese precepto se debe apreciar en relación con la duración total del proceso desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. Cuando no es aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso (...) particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse” CIDH. Casos Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Hilarie Constantine contra Trinidad y Tobago y Suárez Rosero contra Ecuador.

¹⁵ Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2008.

¹⁶ MATÍAS PINTO, Ricardo, “Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera”, Revista latinoamericana de Derecho, número 7-8, UNAM/Rubinzal-Culzoni, México, Enero-Diciembre de 2007, p. 335.

Asimismo, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica los principios generales rectores de las medidas privativas de libertad.¹⁷

En este sentido, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé que: *“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”*.¹⁸

Adicionalmente, el Pacto de San José señala en sus artículos quinto y sexto que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y para ser juzgada dentro de un plazo razonable o puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso hasta su conclusión, y la legalidad del arresto

¹⁷ *“Artículo 9.1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*

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

9.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

9.4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

9.5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966.

¹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

o detención sea decidida por un juez o tribunal competente, y en caso de ser ilegal, se ordene la libertad del procesado.¹⁹

Como se ha visto, algunos tratados internacionales enfatizan, para ordenar la prisión preventiva, que el juez debe considerar todas y cada una de las particularidades del caso concreto, ya que las naciones han reconocido la necesidad de garantizar el debido proceso, y existencia de una instancia a la que se pueda acudir para determinar la legalidad y procedencia de una detención de autoridad, así como para que, en su caso, se reparen los daños generados por ésta cuando se establezca su ilegalidad.

Antes de continuar en el estudio de la prisión preventiva y las obligaciones de nuestro país respecto a ésta, conviene mencionar los principales efectos de la reforma constitucional de 2008, la cual permitió transitar del sistema de justicia penal inquisitivo al sistema de justicia penal acusatorio.

III. REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

La reforma del sistema de justicia penal emprendida por el Estado mexicano generó cambios organizacionales profundos, la construcción y operación de nueva infraestructura, y la puesta en marcha de extensos programas de capacitación para jueces, agentes del Ministerio Público, policías, defensores, peritos y abogados.

De acuerdo con el decreto del 11 de junio de 2008, por el que se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución, el sistema procesal penal acusatorio entraría en vigor cuando la

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

legislación secundaria de cada entidad federativa²⁰ así lo determinara, sin que dicho plazo excediera de ocho años, el cual venció en junio de 2016.²¹

Al respecto, el pasado 18 de junio de 2015, entró en vigor en toda la República mexicana el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de marzo del 2014.

El sistema inquisitivo, anterior a la reforma Constitucional, tenían como estaba motivado en el control social del delito y la presunción de culpabilidad del sospechoso dejando en segundo plano los derechos procesales. Su fin era el fortalecimiento del Estado a través de la persecución de todo lo que pudiera constituir un peligro para la sociedad. Los sistemas penales modernos, en cambio, están basados en el principio del debido proceso.

En el proceso penal moderno se distingue entre el modelo de control social del delito (crime control model) y el modelo del debido proceso (due process model), caracterizándose el primero por la presunción de culpabilidad del mero sospechoso y por considerar los derechos procesales un mal necesario; y, el segundo, por la presunción de inocencia del imputado y estimar los de-

²⁰ Hasta hoy, sólo Chihuahua, Morelos, Zacatecas, Estado de México, Durango, Yucatán y Nuevo León han implementado de manera total el sistema acusatorio. El resto de los estados apenas si tiene en operación parcial dicho sistema.

²¹ Para cumplir con la meta de implementación a junio de 2016, de acuerdo con la reforma en cuestión, el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas quedaron obligadas constitucionalmente a crear un fondo presupuestal ex profeso, el cual está a cargo de una instancia de coordinación conformada por representantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, la academia y la sociedad civil organizada.

Con base en este mandato constitucional, en agosto de 2009 se instituyó a nivel federal el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, adscrita a la Secretaría de Gobernación, cuyo órgano administrativo es la Secretaría Técnica y que tiene la función de apoyar al gobierno federal y estatales en el proceso reformista. A su vez, cada estado del país dispone de un órgano homólogo local.

rechos de éste, consustanciales al mismo derecho procesal y, por tanto, irrenunciables; el Estado garantiza tales derechos a través de una tutela judicial efectiva, es decir, que la implantación del Estado de Derecho lleva consigo entre otras premisas el principio de legalidad.²²

La presunción de inocencia, además de ser un derecho, es un principio fundamental de los sistemas democráticos para limitar al Estado. De igual forma, los principios rectores del sistema procesal penal vigente son²³ *publicidad*,²⁴ *contradicción*, *concentración*, *continuidad*²⁵ e *inmediación*., así como los principios de igualdad, expedita presunción de inocencia, exacta aplicación y prohibición de la analogía, positivados en el sistema constitucional mexicano antes de la reforma referida.

Además de lo anterior, el proceso penal acusatorio tiene una naturaleza dialéctica, lo que hace indispensable la existencia de contradicción, en palabras de María Eloísa Quintero, el principio de contradicción “*consiste en el indispensable interés de someter a refutación y contra argumentación la información, actos y pruebas de la contraparte*”.²⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que un juicio adversarial contradictorio permite a las partes la mis-

²² AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de Inocencia, El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*, SCJN-CJF-SETEC, México, 2011, p 81.

²³ “Art. 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

²⁴ El sistema acusatorio está asociado a la tradición jurídica del *common law*, de ahí su tendencia a la oralidad, característica que no constituye un principio procesal, sino un instrumento o medio para actualizar y dar eficacia al resto de los principios rectores del proceso.

²⁵ En el proyecto de reforma constitucional se decía no había lugar a proceso público si éste se desarrollaba por escrito, ni de continuidad en las audiencias o concentración en el desahogo de las pruebas, si las actuaciones no se practicaban oralmente, ya que esto facilitaría a quienes acuden a la audiencia, además de las partes, la comprensión del desarrollo del proceso.

²⁶ *Idem*.

ma oportunidad de conocer y contra argumentar las evidencias, pruebas o argumentos aducidos por su oponente. Cabe señalar que el principio implícito detrás de la contradicción es el de la igualdad de las partes.

El principio de concentración tiene la intención de hacer más eficientes los procesos, mediante la celebración de una sola audiencia en la que se desahogue la mayor parte del procedimiento, la realización del menor número posible de sesiones o concentrar a todas las partes procesales o actores del proceso, como peritos o testigos²⁷.

Adicionalmente, la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del proceso, deben desarrollarse ante el juez y las partes en una audiencia continua, sucesiva y secuencial.

La exposición de motivos de la reforma constitucional precisa que todo acto jurisdiccional debe ser público y ser realizada en presencia de ambas partes, salvo aquellos actos que por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, pongan en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos o cuando el tribunal estime que hay razones fundadas para justificar que no sean públicos.

Asimismo, este sistema prevé la posible participación de la víctima u ofendido, a quien se reconocen derechos de rango constitucional en el proceso, con carácter de coadyuvante, para conservar el equilibrio procesal.

La finalidad del proceso penal queda expuesta en el reformado artículo 20 constitucional: *“el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”*²⁸

En este nuevo sistema, se distinguen las autoridades y las etapas: la autoridad responsable de la investigación, quien realizará las diligencias de carácter cautelar o preliminares; y el órgano jurisdiccional encargado de emitir una resolución, el cual se distin-

²⁷ *Ibidem*, p. 64.

²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

que del que funge como juez en la ejecución penal. Al respecto, se instauran los jueces de control, quienes vigilan las actuaciones ministeriales y policíacas durante la investigación de los delitos y responsables de resolver las medidas provisionales que requieren control judicial.

Otro aporte de la reforma es la disposición de mecanismos alternativos de solución anticipada al proceso, así como de mecanismos alternos para la solución de controversias: la conciliación y la mediación.²⁹

El nuevo sistema de impartición de justicia penal incorpora el principio de responsabilidad limitada, en virtud del cual, los adolescentes infractores o inimputables son responsables del hecho delictivo en la medida en que su capacidad les permita.

Es importante destacar que en ninguno de los sistemas, el inquisitivo y acusatorio, el Ministerio Público desempeña funciones jurisdiccionales, por lo que al hablar de responsabilidad del Estado por prisión preventiva, será necesario precisar, cuál es el acto que causó el daño del que se duele el particular, es decir, si se trató de la actuación del Ministerio Público o de la desplegada por el juez de la causa. Sólo así se podrá determinar el mecanismo institucional idóneo para exigir la reparación del daño.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE LA PRISIÓN PREVENTIVA INJUSTA

A) DISPOSICIONES INTERNACIONALES

En el análisis de la prisión preventiva injusta y el marco jurídico que le es aplicable, se debe considera no sólo las disposiciones

²⁹ En el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014 se publicó la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, en la que se establecen diversos procedimientos para la solución de controversias tales como la mediación y la conciliación.

nacionales sino también los tratados internacionales a los que voluntariamente se ha obligado el Estado mexicano, aunque el sistema jurídico nacional ha incorporado los criterios extranjeros que maximizan la protección a los derechos humanos.

Contrario a lo que pudiera esperarse, algunos tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen a los Estados la posibilidad de restringir la libertad de las personas, siempre que las medidas restrictivas de la libertad atiendan a algunos los principios mínimos, por tratarse de la afectación a un derecho humano.

Al respecto, el artículo 9, numerales 1 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por México el 18 de diciembre de 1980, establece que ninguna persona puede ser sometida a detención arbitraria y que toda persona ilegalmente detenida o presa tiene el derecho efectivo a obtener una reparación.

Hasta antes de la reforma constitucional de 2008 –que instituye el sistema penal acusatorio abordada en el numeral anterior–, la prisión preventiva se declaraba, en muchas ocasiones, sin mayores elementos de justificación que el propio auto de formal prisión, lo cual se traducía, frecuentemente, en una prisión preventiva arbitraria. Respecto a esta forma de actuar, el Estado mexicano evadía su responsabilidad alegando la reserva hecha al artículo 9 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevé esta obligación.

No obstante lo anterior, con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se reconoció el derecho de las personas a no ser detenidas o encarceladas arbitrariamente y a ser indemnizadas, conforme a la ley, cuando han sido condenadas en sentencia firme por error judicial, como lo disponen sus artículos 7, numeral 3 y 10.

Conviene recordar que mediante la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados parte se han comprometido a establecer procedimientos para asegurar que las

personas sometidas a un procedimiento judicial sean juzgadas dentro de un plazo razonable o, en su caso, sean puestas en libertad, sin que esto impida condicionar el otorgamiento de la libertad a algunas garantías que aseguren su comparecencia a juicio.³⁰

Al respecto, la CIDH determinó que para analizar la legalidad o arbitrariedad de una detención era necesario: 1. Determinar la legalidad de la detención en sentido material y formal; 2. Analizar la legislación interna aplicable a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana sobre derechos humanos, para definir si la norma por sí misma, es arbitraria y; 3. Determinar si la aplicación de la norma en el caso concreto es arbitraria.³¹

En el caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras* la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoció que los Estados están obligados a adecuar su legislación interna al marco interamericano de derechos humanos y a establecer mecanismos procesales eficaces para reclamar la reparación de los daños generados por violaciones a los derechos fundamentales, así como a *crear* las condiciones necesarias para que esos derechos sean ejercidos de forma efectiva.

La Corte IDH también ha sostenido que toda violación a una obligación internacional que haya producido daño, comporta el deber de repararlo integralmente.³²

³⁰ Artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³¹ Comisión IDH, caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez, México, 1999, p. 22.

³² Estos casos son los siguientes:

- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C núm. 184, párr. 214.
- *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 446 y 447.
- *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 327.

El Pacto de San José en su artículo 63.1, dispone que cuando se decida que hubo violación a un derecho o libertad protegidos por esa convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Asimismo, determinará, si ello fuera procedente, la reparación de las consecuencias de la medida que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Es decir, para pronunciarse debidamente y conforme a derecho, el Tribunal deberá observar la concurrencia entre los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados y las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos.³³

Así mismo, a partir de las resoluciones de la Corte IDH en las que se condenó al Estado Mexicano a la reparación del daño por violaciones de derechos humanos en los casos *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, y *González y otras Vs México* (campo algodonero), se avivó la discusión sobre la necesidad de incorporar los principios internacionales en materia de derechos humanos a la Constitución, lo cual se logró el 10 de junio de 2011.

En la reforma constitucional de junio de 2011, se incluyó al texto constitucional que en nuestro país todas las personas gozarían de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, sin mayores restricciones que las previstas en la propia Constitución –que de

-
- *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de Agosto de 2010. Serie C No. 215, párrs. 220 y 221.
 - *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 203, y,
 - *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. párr. 208 y 209.

³³ *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 327.

acuerdo con el principio de interpretación *pro persona* dispuesto en su artículo 1o.– siempre otorgará su protección más amplia.

Al respecto, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y en consecuencia a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

En función de lo anterior, el Estado Mexicano está obligado a respetar los derechos humanos y por tanto, a abstenerse de restringir la libertad de las personas de manera arbitraria o ilegal, y en caso de que la limite injustamente está compelido a reparar los daños que la privación de la libertad haya causado a los particulares, así como a establecer medidas que garanticen la no repetición del acto.

Ferrajoli sostiene que los derechos de los ciudadanos pueden verse amenazados tanto por la comisión de delitos como por la imposición de penas arbitrarias. En tal virtud, la presunción de inocencia no es solo una garantía de libertad, sino de seguridad o defensa social, la cual debe ser ofrecida por el Estado de derecho como defensa ante el poder punitivo.³⁴

B) Ley General de Víctimas

El Estado mexicano está obligado a reparar los daños que cause a los particulares por su actividad irregular, en el caso de la prisión preventiva arbitraria, son varias las disposiciones internacionales que exigen otorgar una indemnización a quienes estuvieron privados de su libertad cuando se determina que su encarcelamiento fue injusto. Sin embargo, los mecanismos jurídicos internos, creados con ese propósito, corresponden a cada Estado, los cuales se han conformado a partir de sus necesidades y características históricas, políticas, sociales y económicas, claro que en cualquier caso, deben cumplir con los estándares internacionales

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 549.

para proporcionar una reparación integral por daños generados por violaciones a derechos humanos.

Al respecto, el 9 de enero de 2013 se publicó en el Diario Oficial la Ley General de Víctimas, que inició su vigencia 30 días después, y en la que se reconocen y garantizan los derechos de las víctimas de delitos y violaciones de derechos humanos. En esta disposición se establecen medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición a favor de las víctimas, considerando las dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica, según se trate; y considerando una reparación integral, adecuada, transformadora y efectiva por éstas.

La Ley General de Víctimas tiene como objetivo fundamental, de acuerdo con su decreto de expedición: “atender la obligación constitucional de todos los poderes y los órdenes de gobierno que integran el Estado mexicano del respeto, protección y promoción de los derechos humanos de las personas y de la atención a las víctimas como sujetos titulares de esos derechos.”³⁵

La misma disposición crea el Sistema Nacional de Atención a Víctimas y a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas para su operación. Un órgano descentralizado de la administración pública que tiene como objeto brindar una reparación integral, a quienes, después de haber acreditado su calidad de víctima, por la comisión de un delito o por violaciones de derechos humanos, determinada en atención del daño recibido, mediante una o las cinco medidas que se detallan a continuación.³⁶

³⁵ Iniciativa con Proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Víctimas, 17 de abril 2013, Cámara de Senadores.

³⁶ Estas cinco medidas cumplen con los criterios definidos por la CIDH para la reparación del daño, conforme a lo siguiente: “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución o *restitutio in integrum*, la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compen-

- I. La restitución: busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o la violación de sus derechos humanos;
- II. La rehabilitación: pretende facilitar a la víctima enfrentar los efectos sufridos por el delito o las violaciones de sus derechos;
- III. La satisfacción: que busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas,
- IV. La compensación: que responde por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente calculables, consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial.

Adicionalmente, se prevén medidas de no repetición para garantizar que la causa que motivó el daño a la víctima no vuelva a ocurrir.

La Ley General de Víctimas pretende proteger a quienes sufren daños consecuencia de un delito o de violaciones a sus derechos humanos. En el primer caso, se entiende por delito a una *conducta típica, antijurídica y culpable sancionada por las leyes penales y sus equivalentes referidos en los Tratados Internacionales de los que México sea Parte*,³⁷ y como violación a los derechos humanos, a todo acto u omisión que afecta los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, desplegado por un servidor público en el ejercicio de sus atribuciones, un particular que ejerza funciones públicas o cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado

sación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos... [...] Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la sentencia”, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁷ Artículo 6° de la Ley General de Víctimas.

o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público o cuando actúe con su aquiescencia o colaboración.³⁸

Esta Ley define a las víctimas como aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional o cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que México sea parte. Debe recordarse que tradicionalmente por víctima se entendía al sujeto pasivo del delito, es decir, a la persona o personas que sufrían directa o indirectamente los daños causados por la comisión del delito, lo cual impedía considerar como tal al sujeto activo del delito.³⁹

Además, en esta Ley distingue a las víctimas indirectas de las víctimas potenciales; entendidas las primeras como los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella, y las segundas, como las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión del delito.

La “compensación” a que hace referencia esta disposición, puede proceder cuando la víctima sufrió daño o menoscabo a su libertad –secuestro o desaparición forzada– o por violación de derechos humanos, incluyendo *el error judicial*, de conformidad con lo que establece la Ley General de Víctimas y su Reglamento, y pueden ser incorporados para su determinación los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables consecuencia de la comisión de los delitos considerados como graves.

Además de lo anterior, la compensación podrá incluir, entre otros y como mínimo: i) la reparación del daño sufrido en la integridad física de la víctima; ii) la reparación del daño moral⁴⁰

³⁸ *Idem.*

³⁹ Víctima y ofendido, SCJN, 61173, Primera Sala, Sexta Época, Semanario Judicial de la Federación. Vol. XLIII, Segunda Parte, p. 59.

⁴⁰ Entendido como los efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados en términos

sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación integral; iii) el resarcimiento de los perjuicios ocasionados o lucro cesante, incluyendo el pago de los salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión; iv) la pérdida de oportunidades, en particular las de educación y prestaciones sociales; v) los daños patrimoniales generados como consecuencia de delitos o violaciones a derechos humanos; vi) el pago de los gastos y costas judiciales del Asesor Jurídico cuando éste sea privado; vii) el pago de los tratamientos médicos o terapéuticos que, como consecuencia del delito o de la violación a los derechos humanos, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima, y viii) los gastos comprobables de transporte, alojamiento, comunicación o alimentación que le ocasione trasladarse al lugar del juicio o para asistir a su tratamiento, si la víctima reside en municipio o delegación distintos al del enjuiciamiento o donde reciba la atención.

La ausencia de la reglamentación secundaria de la Ley General de Víctimas ha impedido conocer la forma cómo podrán acreditarse los daños o los gastos que se pretendan incluir en el monto de la compensación. No obstante, el artículo 64 de la ley, dispuso que el monto de gasto comprobable mínimo no deba ser mayor al veinticinco por ciento del monto total y que la compensación subsidiaria a las víctimas de los delitos señaladas en el artículo 68 de la Ley General de Víctimas,⁴¹ consistirá en un apoyo economi-

monetarios. El daño moral comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas e indirectas, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y toda perturbación que no sea susceptible de medición pecuniaria.

⁴¹ Artículo 68 de la Ley General de Víctimas: “La Federación y las entidades federativas compensarán de forma subsidiaria el daño causado la víctima de los delitos considerados como graves en el ámbito de su competencia en aquellos casos en que la víctima haya sufrido daño o menoscabo a su libertad, o si la víctima directa hubiera fallecido o sufrido un deterioro incapacitante en su integridad física y/o mental como consecuencia del delito”.

co, cuya cuantía tomará en cuenta la proporcionalidad del daño y los montos señalados en el artículo 67 de la misma disposición.⁴²

Asimismo, cuando la Ley General de Víctimas equipara, en su artículo 64, al *error judicial* como una *forma* de violación a los derechos humanos, susceptible de obtener compensación, abre la posibilidad para los particulares acudir a la Comisión para la Atención de Víctimas a solicitar la reparación por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables, consecuencia de la prisión preventiva dictada por error judicial, ya que al considerar que la prisión preventiva sólo puede ser decretada por un juez y sus consecuencias: privación de la libertad e imposibilidad de ejercer plenamente todos los derechos, es la misma para aquella prisión preventiva dictada legítimamente, es decir, por la comisión de delitos graves en términos del artículo 19 Constitucional que en la prisión preventiva arbitraria.

Por lo anterior, los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos de reparación de los daños causados al patrimonio y derechos de los procesados sujetos a prisión preventiva cuando ésta se dicte o prolongue injustificadamente. Cabe mencionar que no procede la reparación del daño si la prisión preventiva se dictó de manera justificada aún y cuando al concluir el proceso penal la sentencia fue absolutoria, puesto que en ese caso, a menos que se hayan presentado violaciones al debido proceso.

⁴² Artículo 67. El Pleno de la Comisión Ejecutiva correspondiente determinará el monto del pago de una compensación en forma subsidiaria a cargo del fondo respectivo en términos de la presente Ley o la legislación local aplicable, así como de las normas reglamentarias correspondientes, tomando en cuenta: a) La determinación del Ministerio Público cuando el responsable se haya sustraído de la justicia, haya muerto o desaparecido o se haga valer un criterio de oportunidad; b) La resolución firme emitida por la autoridad judicial; La determinación de la Comisión Ejecutiva correspondiente deberá dictarse dentro del plazo de noventa días contados a partir de emitida la resolución correspondiente. El monto de la compensación subsidiaria a la que se podrá obligar al Estado, en sus ámbitos federal o local, será hasta de quinientas veces el salario mínimo mensual en el Distrito Federal, ha de ser proporcional a la gravedad del daño sufrido y no podrá implicar el enriquecimiento para la víctima.

Sobre el particular, Jorge Mosset Iturraspe, en su obra *El error judicial*, hace una distinción precisa entre la falta en el servicio o institucional y la falta personal o del juez. Específicamente, señala que:

falta, culpa o error son usados con significados equivalentes, aun cuando podamos diferenciar errores culposos de actuación negligente o dolosa. El desacierto, la equivocación encierran las mismas ideas: no saber hacer algo que tenemos que realizar o bien que cumplimos sin fortuna. Las razones de esos errores pueden ser muy variadas: mala información, falta de información, despreocupación, desinterés, abandono, descuido.⁴³

Este autor, distingue la responsabilidad surgida del servicio, es decir de las condiciones organizacionales que pueden afectar el desempeño del juzgador, como la carga de trabajo, de los equívocos que sólo le pueden ser atribuibles personalmente al juzgador.⁴⁴

Mosset sostiene, siguiendo a Marienhoff, que en un Estado de Derecho, el juez, como cualquier órgano estatal, independientemente de si su naturaleza es legislativa, ejecutiva o jurisdiccio-

⁴³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El error judicial*, Buenos Aires, Culzoni, 1999, p. 28.

⁴⁴ *¿Todos imputables al juez? ¿Ninguno a la función? ¿A su índole, complejidad, variedad, número, apuro o premura? ¿Da lo mismo un juez con una audiencia diaria que otro con cinco? ¿Un juez con un promedio diario de una causa a resolver que otro con un promedio de tres causas diarias para mantener el ritmo y respetar los tiempos? Estas realidades no pueden dejarse de lado a la hora de juzgar aciertos y errores. De dónde para concluir y en síntesis la falta será personal si el acto revela un juez más o menos errado con una equivocación de él. La falta será del servicio o institucional en cambio cuando se evidencia la influencia de la organización judicial, del sistema, de sus engranajes. La importancia del distingo radica en que si la responsabilidad nace primordialmente del “servicio”. Si éste se juzga de influencia decisiva en el actuar del juez, el único que debe indemnizar a las víctimas es el Estado, organizador de este servicio de justicia. Lo contrario ocurre si se juzga decisoria la conducta personal del juez: él será el único encargado de resarcir.*

nal, debe tener responsabilidad ante el daño, agravio o menoscabo causado por su actuar.⁴⁵

Al respecto, para el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, los elementos constitutivos del error judicial son los siguientes:

1. Debe surgir de una decisión jurisdiccional, no exclusivamente de las sentencias;
2. Los sujetos activos son jueces o magistrados o quienes materialmente realicen sus funciones;
3. Los errores deben ser patentes y manifiestos, es decir, producto de un razonamiento equivocado, no correspondiente a la realidad.

Además, a juicio de ese tribunal, los errores deben ser patentes, al grado de poder asociarlos con la idea de arbitrariedad, al hacer la decisión judicial insostenible por ir en contra de los presupuestos o hechos del caso, ya que en términos de la tesis I.3o.C.24 K, para adquirir relevancia constitucional el error debe:

*ser producto de un razonamiento equivocado que no corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error manifiesto en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, de tal manera que el error sea inmediatamente verificable, en forma incontrovertible, a partir de las actuaciones judiciales y sea determinante en la decisión adoptada por el Juez por constituir su soporte único o básico.*⁴⁶

La idea de que los errores deban ser manifiestos está asociada con la prohibición de decidir arbitrariamente, lo cual no contraviene de forma alguna la discrecionalidad, característica propia de la actividad jurisdiccional, entendida como la cualidad de escoger, entre diferentes alternativas correctas posibles, definidas de ma-

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Tesis: I.3o.C.24 K, 10ª época, Libro XVIII, marzo de 2013, t. 3, p. 2001.

nera funcional para conseguir un determinado fin⁴⁷, y no así, con la adopción de decisiones en contravención de los hechos originadores o de las leyes aplicables.

Si bien, no cualquier conducta puede ser catalogada como error judicial, es claro que éste se produce cuando hay un cuestionamiento legítimo a la forma cómo ha sido ejercida la potestad de juzgar en sentencias definitivas o provisionales o en cuanto a la prestación imperfecta del servicio de administración de justicia, específicamente cuando se trata de la actuación u omisión de magistrados, jueces y personal auxiliar de los juzgados.⁴⁸

En algunos casos, se considera necesaria una declaración previa de la ilegalidad del acto para la conformación de la responsabilidad judicial por error.⁴⁹ Sin embargo, nuestra legislación penal establece que cuando se dicta, a sabiendas, una resolución de fondo o sentencia definitiva ilícita por violar algún precepto terminante de la ley o por ser contraria a las actuaciones seguidas en juicio, o por omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita dentro de los términos dispuestos en la ley, se está ante alguno de los supuestos de los delitos contra la administración de la justicia cometidos por servidores públicos, previstos en el Título Décimo Primero del Código Penal Federal, por lo que en tal caso, el error judicial no puede requerir la declaración de ilicitud, ya que dejaría de ser error para considerarse como delito.

Es decir, cuando exista una declaración de ilicitud, tendrá que hablarse de un delito y no de error, por actualizarse los elementos constitutivos de un hecho antijurídico. Lo anterior, obliga a distinguir la prisión preventiva ilegal del error judicial y del delito en la impartición de justicia, tema para una futura investigación. Conviene enfatizar, en la presente que, quien determine el error

⁴⁷ RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 3ª edición, Ciudad de México, Fontamara, 2001, p. 37.

⁴⁸ TAWIL, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 57.

⁴⁹ Diccionario Jurídico, t. VIII, 1984, p. 55.

judicial para los efectos de si el juez incurrió en delito o cualquier otra responsabilidad, debe hacerlo sin sustituirse en la función jurisdiccional que corresponde al juez que resolvió.

Como se ha dicho antes, los Estados tienen el deber de reparar los daños causados por prisión preventiva injusta o por exceder ésta el plazo razonable soportarlo, en virtud de que el inculpado no tiene la obligación jurídica de soportarlo,⁵⁰ ya que en nuestro sistema jurídico cuando se está ante los supuestos del título Décimo Primero del Código Penal Federal, y en consecuencia frente a un delito que atenta contra la libertad, aún y cuando no se trate de aquellos previstos en el artículo 68 de la Ley General de Víctimas, podría obtener la reparación prevista en esta última.

Es decir que, como una violación a los derechos humanos, la prisión preventiva injusta debe ser reparada en términos de la Ley General del Víctimas, aunque en la práctica esto no siempre ocurra de esa forma, debido a la novedad en la operación de los esquemas de reparación estatal previstos en dicha ley. Por el contrario, los litigantes han acudido al Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) antes Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en términos del segundo párrafo del artículo 113 Constitucional y su ley reglamentaria –ahora párrafo último del artículo 109 constitucional–, a solicitar la reparación de los daños causados a las personas sometidas a prisión preventiva cuando han sido liberadas por la intervención de instancias jurisdiccionales superiores.

En función de lo anterior, a continuación se exponen de manera general las características del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, para identificar los alcances que tiene ese régimen de responsabilidad en la determinación de la reparación del daño, y si constituye el mejor vehículo para reparar los daños generados por la prisión preventiva arbitraria.

⁵⁰ Ver nota 18, sobre la razonabilidad de la duración de los procesos penales de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Hilarie Constantine contra Trinidad y Tobago y Suárez Rosero contra Ecuador.

C) LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Con la reforma junio de 2002 se incorporó al entonces segundo párrafo del artículo 113 Constitucional,⁵¹ el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, objetiva y directa, por los daños que con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares mediante la obtención de una indemnización con las bases y límites previstos en la ley.

De acuerdo a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, para la aplicación de ese esquema de reparación se deben presentar tres supuestos:

1. Que se cause daño a un particular que no estaba obligado a soportarlo.
2. Que el daño sea generado por la actividad administrativa de cualquiera de los tres poderes del Estado, organismos constitucionales autónomos, entidades de la Administración pública Federal, la Procuraduría General de la República o cualquier otro ente público de carácter federal.
3. Que la actividad u omisión administrativa carezca de fundamento legal o causa jurídica de justificación legítima.⁵²

⁵¹ A partir del inicio de la vigencia del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de mayo de 2015, el segundo párrafo del artículo 113, fue incorporado como último párrafo del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra dice: *La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.*

⁵² Artículo 21 y 22 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Asimismo, se requiere acreditar fehacientemente la relación de causalidad entre la actividad administrativa irregular y la lesión producida, así como la naturaleza administrativa de la actividad u omisión, debido a que la misma ley excluye los actos jurisdiccionales y legislativos.

Al respecto, la Segunda Sala de la SCJN afirma que la responsabilidad del Estado no comprende la función materialmente jurisdiccional ejercida por los titulares de los órganos encargados de impartir justicia, y desplegada al tramitar y resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, porque al hacerlo actúan con independencia y autonomía de criterio, subordinando sus decisiones únicamente a lo establecido en la Constitución y las leyes aplicables; lo cual no se lograría, si tuvieran que responder patrimonialmente frente a los propios enjuiciados.

Lo anterior, porque a juicio de la SCJN, fue voluntad del Poder Reformador de la Constitución no incluirla labor jurisdiccional en los actos susceptibles de dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, sino exclusivamente los actos de naturaleza materialmente administrativa ejecutados en forma irregular por los tribunales o por sus respectivos órganos de administración, cuando pudieran ocasionar daños a los particulares.⁵³

Quienes admiten la procedencia de la responsabilidad estatal por la actividad judicial irregular argumentan:

- a) El derecho a la libertad personal y la configuración de un sacrificio excesivo;
- b) La inexigibilidad de impugnación del auto de prisión preventiva;
- c) La inexigibilidad del dictado de una ley que reconozca el derecho a reparación;
- d) La ausencia del deber jurídico de soportar el daño en personas inocentes.⁵⁴

⁵³ Tesis: 2a. XCIV/2010, Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta, t. XXXII, Septiembre De 2010, p. 199.

⁵⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, p. XX-28; GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdic-

En oposición, quienes consideran improcedente determinar responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad jurisdiccional sostienen que:

- a) El Estado tiene el deber constitucional de administrar justicia y velar por el mantenimiento del orden jurídico;
- b) La persona inculpada tiene el deber jurídico de soportar los daños que el ejercicio de la acción penal le genere, por lo que necesita acreditar cuando se trate de un sacrificio especial;
- c) Es necesario obtener la revocación de la medida judicial generadora del daño previamente a la determinación de procedencia de la responsabilidad patrimonial;
- d) Se requiere acreditar error en la defensa para que se considere como factor de quiebre de la relación de causalidad.⁵⁵

Cabe destacar que la obtención de una indemnización, al amparo de este régimen jurídico, no prejuzga las posibles responsabilidades administrativas de los servidores públicos involucrados

cionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de 'privación legítima de la libertad' y su obligación de reparación del daño individual", *Jurisprudencia Argentina*, 1994 vol. 1, p. 296; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PARELLADA, C. A., "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial" en MOSSET ITURRASPE, Jorge., *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Rubinzal-Culzoni, 1986, p. 85; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. V., Plus Ultra, 1971, p. 170 y ss.; SAGARNA, Fernando Alfredo, "La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas", *La Ley*, 1996, p. 890; COLAUTTI, Carlos E., *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 106; CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, *Responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 85; GALLI BASUALDO, Martín, *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, Hamurabi, 2006, p. 161.

⁵⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1973, p. 764; Escola, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, Depalma, 1984, p. 1140; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Responsabilidad del Estado*, Astrea, 1973, p. 163.

ya que el último párrafo del artículo 109 constitucional - antes segundo párrafo del 113 - y la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado fueron diseñados para promover la eficiencia de la administración pública y no para reparar violaciones a derechos humanos o daños generados por delitos, supuestos a los que puede adecuarse la determinación de prisión preventiva ilegítima, y que están previstos en la Ley General de Víctimas, por lo que resulta insostenible continuar acudiendo, mediante una interpretación extensiva, a la figura de “actividad administrativa irregular” para obtener una reparación patrimonial del Estado por actividades material o formalmente jurisdiccionales, incluido el error judicial.

Lo anterior, considerando que la prisión preventiva sólo puede ser decretada por el juez y no por el Ministerio Público, ya que este último únicamente integra la carpeta de investigación, y en su caso, solicita al juez –en el marco del sistema penal acusatorio– el auto de formal prisión, en atención del delito del que se trate o cuando considere necesaria esta medida cautelar para evitar que el presunto responsable se sustraiga a la justicia.

Se considera necesario este apunto, porque en algunos casos se ha acudido al TFJA a reclamar reparación o indemnización por el daño personal y material sufrido durante la prisión preventiva, así como por el daño moral sufrido a consecuencia de la misma, vinculando como autoridad responsable –por la naturaleza de la figura de Responsabilidad Patrimonial del Estado y en virtud que ésta solo procede contra la actividad administrativa irregular–, al Ministerio Público.

Sin embargo, como se ha dicho, la responsabilidad patrimonial del Estado requiere que se acredite, además de la actividad irregular del órgano administrativo, la relación causal de ésta con la lesión sufrida y que el particular no tenga obligación de soportarla, además, se debe acreditar que la actividad irregular imputada al Estado es la causa suficiente y necesaria del daño. De ahí que todo análisis de responsabilidad patrimonial debe distinguir

claramente los elementos siguientes: 1) conducta, 2) lesión y 3) nexo causal.

Así, conviene determinar en qué consiste la actuación del Ministerio Público y sus consecuencias, para advertir la presencia o no del nexos causal entre su actividad, supuestamente irregular, y el daño causado, para distinguir la participación de otros actores en el origen del daño y quienes en su caso, tendrían también que ser llamados a responder.

Por esta razón, resulta imprescindible que los litigantes y la autoridad o autoridades responsables identifiquen plenamente el daño causado, para definir el nexos causal entre el daño y la actividad irregular, así como para reconocer otros factores externos que pudieron participar en la generación de esos daños, lo cual como resulta evidente, solamente puede determinarse atendiendo las características particulares del caso concreto.

Con relación al Ministerio Público, éste actúa irregularmente al incumplir con sus obligaciones previstas en la Constitución y reglamentación interna o cuando vulnera derechos humanos al integrar la averiguación previa o al decidir el ejercicio de la acción penal.

Es preciso aclarar que si bien la determinación o no del ejercicio de la acción penal es una facultad con cierto grado de discrecionalidad del Ministerio Público, éste debe apegarse a los previsto en el artículo 255 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que limita el no ejercicio de la acción penal a las causas de sobreseimiento previstas en el artículo 327, entre las cuales se encuentran que: el hecho no se haya cometido, no constituya un delito, la inocencia del imputado sea clara o que esté exento de responsabilidad penal, o cuando después de agotada la investigación, se estime que no existen elementos suficientes para fundar una acusación, se hubiera extinguido la acción penal, por una reforma se derogue el delito perseguido o el hecho haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme.

De lo antes mencionado, se desprende que solo ante la ausencia de éstas causales, el Ministerio Público deberá determinar el

ejercicio de la acción penal, y de no hacerlo, estaría incurriendo en una actividad irregular, y en sentido contrario, si se acredita la presencia de una de estas causales y aun así determina el ejercicio de la acción penal, su actuación constituirá también una irregularidad.

La determinación del Ministerio Público de ejercer la acción penal como actividad irregular no puede ser causa eficiente de la imposición de prisión preventiva, ya que debe considerarse que la determinación de esta medida cautelar requiere cumplir con dos condiciones necesarias: la solicitud del Ministerio Público y la resolución favorable del juez que conozca de la causa, por lo que no puede ser considerada como actividad administrativa irregular.

Cabe mencionar que tanto en el sistema penal inquisitivo como en el acusatorio la responsabilidad del Ministerio Público, en términos generales, se restringe a la investigación y persecución del delito, por lo que sólo los daños directamente causados por su actuación administrativa irregular pueden ajustarse a los esquemas de reparación previstos en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Conviene recordar que la reforma al artículo 113 constitucional de junio de 2002, y su ordenamiento reglamentario, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, no contemplaron la posibilidad de instaurar un mecanismo de reparación derivado de una actuación distinta a la administrativa de los poderes judicial o legislativo, sino una figura para fomentar el mejor y más eficiente funcionamiento de poderes del Estado en su actividad administrativa, y a su vez, que éstos respondan por su incorrecta actuación ante las personas a quienes su actividad administrativa irregular haya provocado un daño.

La solicitud del Ministerio Público de la prisión preventiva no se traduce necesariamente en su imposición, por lo tanto, esta medida cautelar y sus consecuencias, incluidos los daños, no pueden ser atribuidas únicamente a esta autoridad.

Sin embargo, con el nuevo parámetro de regularidad constitucional obligatorio para nuestro país, desde junio de 2011, se

incorporó la reparación integral como uno de los derechos para las víctimas de violaciones a derechos humanos, lo cual fue previsto en la Ley General de Víctimas y su mecanismo institucional para la reparación de los daños causados por delitos y violaciones a derechos humanos, incluyendo el error judicial.

Quizá antes de la reforma de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos, los litigantes veían en la solicitud de indemnización prevista en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, una posibilidad de obtener una reparación de los daños causados por violaciones al debido proceso o por prisión preventiva injusta, lo cierto es que a partir del nuevo paradigma en materia de Derechos humanos el Estado instauró otro mecanismo con mayores medidas de reparación para que ésta sea integral, en términos de las mejores prácticas internacionales, como las previstas por la Corte IDH.⁵⁶

Es así como en el caso de prisión preventiva injusta al ser una violación a los derechos humanos motivada por decisión judicial, es que en mi opinión, los medios de reparación previstos en la Ley General de Víctimas y no así la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, podrían responder mejor a los daños

⁵⁶ La Corte Interamericana de Derechos humanos, señaló que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución o *restitutio in integrum*, la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos... [...] Las reparaciones son medidas que tienen a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la sentencia.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Baldeón García Vs Perú”, sentencia de 6 de abril de 2006.

causados a los particulares en atención de la naturaleza de la actividad que las produjo.

Estos dos sistemas de reparación, responden a necesidades distintas y operan bajo diversos supuestos: para reparar los daños producidos por la actividad administrativa irregular del estado y el otro por la comisión de delitos y violaciones de derechos humanos, incluido el error judicial.

Conviene mencionar que cuando se causen daños materiales basta con su restitución, por lo que no se requiere determinar una reparación integral, pues ésta se originó para daños de otra naturaleza, como la desaparición forzada de personas.

V. CONCLUSIONES

La responsabilidad del Estado puede tener diversas manifestaciones –administrativa, civil, penal, disciplinaria–, a partir de la naturaleza del acto, del órgano o entidad que lo desplegó y del daño producido, del objetivo que se persiga: la sanción de la conducta o la reparación del daño, según sea el caso, que además permiten determinar las vías procedentes.

Por ello, es necesario que previo al inicio de cualquier procedimiento se defina la naturaleza del daño y los posibles causantes, distinguir si se trata de un delito, una falta administrativa, actividad administrativa irregular o si se vulneraron directamente derechos humanos, porque de ello dependerá determinar cuál es sistema de responsabilidad al que conviene acudir.

Se considera que la Ley General de Víctimas resulta aplicable a los actos jurisdiccionales, cuando se determina una declaración injusta de prisión preventiva, sea por error judicial o por cualquiera de los supuestos del título décimo primero del Código Penal Federal, es decir, delitos. En cambio, cuando se identifique como causa del daño la actividad administrativa irregular federal se estará al régimen previsto –a partir del 28 de mayo de 2015– en el

último párrafo del artículo 109 constitucional y su ley reglamentaria, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Por ello, debido a los alcances de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado cuando se impute actividad administrativa irregular por prisión preventiva injusta al Ministerio Público Federal, el monto de la indemnización podría considerar únicamente el daño provocado por la afectación sufrida por una persona en su honor, reputación y vida privada producido por la consignación y no así por la duración de la prisión preventiva.

Así mismo, se hace necesario identificar a cada uno de los agentes involucrados en los daños causados en los casos de prisión preventiva injusta, en atención de las razones por las que se concedió la libertad a los procesados para poder definir su porcentaje de responsabilidad e indemnización que les corresponda pagar.

Dadas las restricciones de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la Ley General de Víctimas constituye un avance en la ampliación de los supuestos de procedencia para la reparación del daño, al reconocer como causas posibles de ésta los daños generados por delitos y violación a los derechos humanos, incluido el error judicial. Por ello es conveniente tener mayor responsabilidad en su operación, tanto para los litigantes como para juzgadores y autoridades, porque sólo en la medida en que se haga un uso adecuado conforme a los objetivos para los que fueron creados- de los mecanismos de reparación del daño a cargo del Estado, previstos en ambas disposiciones, se estará en posibilidad de identificar las áreas de oportunidad que favorezcan su fortalecimiento.