

Instituto
Federal de
Defensoría
Pública



Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 8/DICIEMBRE 2009

ISSN 1870-7610

A large, artistic photograph of two men shaking hands. The man on the left is wearing a dark pinstripe suit jacket with a white shirt and a pink tie. The man on the right is wearing a blue and white striped shirt. They are shaking hands in a firm grip. The background is a blurred, high-angle shot of a modern building with a glass facade, reflecting the sky and surrounding environment. The overall tone is professional and optimistic.

No lo dudes...
te damos la mano

Instituto
Federal de
Defensoría
Pública



Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Director

Alejandro Roldán Velázquez

Coordinadores

Alejandro Roldán Velázquez
Jorge Robledo Ramírez
Miriam Falcón Ugalde

Captura: Miriam Falcón Ugalde
Asesoría filológica: Ignacio Javier Martín Sánchez
Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública
Número 8, diciembre de 2009
Publicación semestral, editada y distribuida por el Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal. Bucareli, Nos. 22 y 24, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06040, México, D.F., tel: 55-18-53-91 y 55-18-53-90, fax 55-18-55-62.

Editor responsable: Alejandro Roldán Velázquez

Las opiniones expresadas en esta Revista son responsabilidad exclusiva de sus autores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación por vía informática, mecánica, fotocopiado o por cualquier otro medio, sin permiso por escrito del editor responsable.

© Instituto Federal de Defensoría Pública
ISSN 1870-7610

Tiraje 1,000 ejemplares
Distribución gratuita.



Índice

Página

Presentación	5
--------------------	---

<i>Maestras Ana Elena Fierro y Adriana García</i> Responsabilidad patrimonial del Estado. Interpretación de la SCJN del artículo 113 constitucional.	11
---	----

<i>Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo</i> Los nuevos horizontes de la Justicia Penal Mexicana	49
--	----

<i>Licenciado Carlos Morales Sánchez</i> Las nuevas reglas para juzgar al indígena. El caso de Jorge Santiago Santiago.	79
--	----

<i>Licenciado Miguel Pérez López</i> Las reformas al recurso de revocación del Código Fiscal de la Federación de mayo de 2009.	109
---	-----

Doctor Jorge Robledo Ramírez

¿Los sustitutivos penales son una solución a los problemas
penitenciarios o a los sistemas sancionatorios?133

Magistrado Alejandro Roldán Velázquez

La inconstitucionalidad de la retención por cuarenta
y ocho o noventa y seis horas, después de ejecutarse
las detenciones en casos de urgencia.149

Presentación

El encomiable esfuerzo emprendido para consolidar el Instituto Federal de Defensoría Pública debe valorarse por haber alcanzado distintos objetivos. Hubo interés en que se atendieran la defensa pública y la asesoría jurídica para cumplir con el acceso a la justicia consagrado en el artículo 17 constitucional y, más allá de esta importantísima tarea, también se contribuyó con la cultura jurídica.

La Revista del Instituto es, sin duda, una fiel muestra de esta contribución y de ese esfuerzo; como publicación semestral, vio la luz, en junio de 2006, por lo que hasta ahora, con el ejemplar que tiene el lector en sus manos, la Revista alcanza su octavo número.

El que una publicación se consolide depende sobre todo de la calidad de los artículos que la integran y la Revista ha cumplido con creces con esta última exigencia. Desde el primer número, se pudieron leer artículos sumamente variados en cuanto a sus temas, además de interesantes y propositivos, elaborados tanto por ministros, magistrados y jueces, como por defensores públicos, asesores jurídicos, delegados y académicos.

La Revista ha recogido valiosas contribuciones principalmente en materia penal y procesal penal, dejando constancia así de la inquietud de los defensores públicos acerca de los temas que manejan en su quehacer profesional. Tampoco han faltado artículos sobre derechos humanos, derecho constitucional y que abordan temas relacionados con el juicio de amparo, poniendo de relieve, muchos de ellos, la preocupación patente de proteger y salvaguardar, a toda costa, las libertades y los derechos fundamentales. Otros artículos versan sobre derecho administrativo y fiscal, que constituyen aportaciones

interesantes primordialmente de asesores jurídicos adscritos al Instituto.

Es justo destacar que la Revista cuenta con articulistas recurrentes, como el Magistrado Miguel Ángel Aguilar López, los defensores Apolinar Pedro Vargas Ordóñez, Carlos Morales Sánchez, Francisco Leiva Martínez y José Raymundo Cornejo Olvera, los asesores jurídicos Ángel Fernando Mex Tepal y Benjamín Rubio Chávez, así como el doctor Julio Antonio Hernández Pliego, quien es miembro de la Junta Directiva del Instituto.

Asimismo, es relevante la cantidad de artículos que abordan temáticas vinculadas con la defensa pública, el ejercicio de la abogacía y el papel de los defensores desde múltiples perspectivas.

Esta breve reseña en torno a lo que es la Revista pretende reconocer a todos aquellos que se han esforzado en intervenir a favor de ella, escribiendo un artículo, permitiendo que se reproduzcan sus palabras, realizando un estudio crítico sobre alguna sentencia, opinión o figura jurídica o, bien, impulsándola para que, como hoy en día, sea un vehículo del pensamiento y una sede de la reflexión.

Este nuevo número de la Revista igualmente contiene exposiciones que seguramente conducirán a los lectores a buscar respuestas en nuestra realidad jurídica que, si bien aspira, desde hace tiempo, a superar mitos, lagunas y contradicciones, también, hay que reconocerlo, se encuentra en una dinámica de cambio casi permanente para alcanzar un mejor futuro.

En ese contexto de cambio, la Revista contiene el interesante artículo escrito por Ana Elena Fierro Ferráez y Adriana García García, quienes definen el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano con

base en lo determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 4/2004. Estas investigadoras del CIDE analizan lo resuelto por este Tribunal con el propósito de que se limite la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 113 constitucional y, así, los legisladores adopten reglas encaminadas a que el Estado mexicano destine recursos económicos para compensar los daños causados a particulares, sin que estos recursos sean mayores al dinero que se invierte para mejorar los servicios públicos. Así, a través de fijar estándares de actuación estatal, se generaría una cultura eficiente en la prestación de los servicios públicos y, a la vez, se impediría la causación de daños a particulares como resultado de la prestación de dichos servicios. La necesidad de que la responsabilidad patrimonial sea exigida tras la constatación, entre otras condiciones, de una actividad administrativa irregular obligaría, según las autoras, a que el Estado tomara precauciones para evitar incurrir en alguna actividad anómala generadora de un evento dañoso y a que los ciudadanos adopten los cuidados necesarios al saber que, si no lo hacen, no podrán obtener pago alguno por los daños ocasionados.

Por otra parte, el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo aporta a la Revista una singular postura acerca de lo que significa la tan esperada *reforma penal*, publicada el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación. Con atinadas opiniones, el Ministro expone las razones por las que la *reforma penal* constituye una *revolución* en el proceso penal, no sin antes explicar por qué las modificaciones constitucionales están lejos de ser una verdadera solución a los graves problemas que se padecen y de poderse calificar de *garantistas*. Después de destacar los cambios más relevantes de la *reforma*

penal (medios alternativos de justicia, la autoincriminación y la oralidad), analiza sus alcances concluyendo que impactan en la concepción que se tiene de la impartición de justicia en nuestro país. También examina, desde la perspectiva de la reforma, el régimen de excepción empleado para perseguir y juzgar a la delincuencia organizada, el sistema escalonado que se implementó para que dicha reforma entre en vigor, los asuntos que deben ser materia de los juicios orales, el rediseño que en el proceso imponen los principios de concentración, oralidad, inmediatez e inmediación, y el nuevo papel que asumirá el ministerio público; finalmente, el Ministro llama la atención sobre la necesidad de ajustar los recursos y su tramitación a la reforma y de que los defensores públicos se preparen debido a las novedosas exigencias que, con ella, van a imperar.

El brillante constitucionalista, formador de un sinnúmero de alumnos del Instituto de la Judicatura Federal, Miguel Pérez López desentraña las reformas, de 2009, al recurso de revocación previsto en el Código Fiscal de la Federación. Para alcanzar este objetivo, Pérez López inicia su exposición repasando los puntos de vista acerca de lo que es el recurso administrativo y su fundamento jurídico. Sobre esto último, Pérez López afirma que, adicionalmente a que dicho recurso es una opción para que la administración revise sus actos, una expresión del derecho de audiencia y de la autotutela administrativa, constituye una forma de control interno cuyo fin es reparar las afectaciones al Estado de Derecho y los actos perjudiciales del interés público. Asimismo, se adentra a lo que el recurso administrativo significa en la justicia administrativa, precisando que, por ser un medio de defensa, beneficia a *la eficiencia y la legalidad de la función ejecutiva*, por lo que no habrá de apreciarse como una *trampa procedimental* ni ser resuelto

indebidamente a causa de una malentendida deslealtad hacia la administración. Por último, Pérez López, de manera acuciosa, expone las razones por las que las modificaciones al recurso de revocación favorecen su empleo abriendo la posibilidad de disminuir el número de asuntos fiscales tramitados ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

El Instituto Federal de Defensoría Pública se honra en contar, entre sus defensores, con Carlos Morales Sánchez, autor de varios artículos en la Revista, como ya destaqué, y abogado comprometido con su función. Prueba de esto último es, sin duda, la aportación que hace a este número de la Revista. Ciertamente, Morales Sánchez refiere en su artículo el caso de Jorge Santiago Santiago, indígena oaxaqueño, detenido, en el año 2007, por consumir huevos de tortuga y, posteriormente, condenado a un año de prisión, así como a pagar una cuantiosa multa. Aun cuando el Tribunal Unitario confirmó la sentencia y el Tribunal Colegiado negó el amparo, Morales Sánchez pudo, en el amparo directo en revisión, convencer a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de que Jorge Santiago Santiago debía ser absuelto. Los conceptos de violación hechos valer por el defensor y la resolución dictada por esa Sala constituyen la parte medular del artículo, por lo que los lectores tendrán la oportunidad de conocer los alcances de los derechos constitucionales a la autoadscripción y a la *especificidad cultural* (artículo 2º), los cuales, como acertadamente señala Morales Sánchez, sientan las bases para juzgar a personas indígenas.

Jorge Robledo aporta a la Revista un artículo en el que cuestiona el papel que los sustitutivos penales han jugado desde que fueron contemplados, en 1984,

en nuestro sistema jurídico; originalmente previstos y empleados para sustituir a las penas cortas privativas de libertad, dichos sustitutivos –explica Robledo– no ocupan un espacio significativo en el sistema de sanciones porque no ha existido la preocupación en dotarlos de la infraestructura necesaria para realmente castigar los delitos; sin embargo, señala Robledo, los sustitutivos tampoco fueron una solución a los problemas penitenciarios debido a que, por falta de esa infraestructura, la prisión no ha dejado de emplearse. Es este el dilema que plantea este nuevo colaborador del Instituto para, además, cuestionar algunos aspectos de la regulación de los sustitutivos penales en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, a saber: la inclusión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como un sustitutivo penal más y del criterio de no desocialización para favorecer el reemplazo de la prisión; el que se pondere la naturaleza, modalidades y móviles del delito para conceder dicha suspensión, etc.

Finalmente, mi deseo ferviente de comprometerme en mi nueva encomienda en el Instituto me llevó a contribuir con este número de la Revista. Un artículo que intenta poner en duda la constitucionalidad de la retención por 48 o 96 horas, después de detener a una persona cumplidas las condiciones de los casos urgentes (quinto párrafo del artículo 16 de la Constitución) constituye mi aportación, que pretende que los lectores reflexionen acerca del riesgo que corre, nada más pero nada menos, la libertad de las personas, a causa de una limitada e interesada visión de las finalidades constitucionales.

*Magistrado Alejandro Roldán Velázquez
Diciembre 2009*

Responsabilidad patrimonial del Estado. Interpretación de la SCJN del artículo 113 constitucional

*Ana Elena Fierro
Adriana García**

Resumen

A pesar de la reforma constitucional en 2002 del artículo 113 de la CPEUM, cuyo objeto fue sentar las bases de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado para elevar la calidad de la Administración Pública, hoy es prácticamente letra muerta. Los intentos por legislar este sistema han resultado ineficaces.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) discutió en sesiones plenarias el 28, 29 de enero y 7 de febrero de 2008 la acción de inconstitucionalidad 4/2004 promovida por diputados de la Tercera Legislatura de la Asamblea de Representantes. Los diputados denunciaron la invalidez de los artículos 389, 391 y 392 del Código Financiero del Distrito Federal que regulan la responsabilidad objetiva de las autoridades del Distrito Federal y el procedimiento para reclamar la reparación del daño. Al resolver la acción de inconstitucionalidad, la SCJN estableció un nuevo criterio de interpretación de la responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el artículo 113 constitucional. El criterio de interpretación propuesto señala el ámbito de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado en el país, y

* Catedráticas del Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE, A.C.

determina los requisitos mínimos a cumplir. Los alcances de esta interpretación generan distintos incentivos en los sujetos objeto de la norma. A través de este documento de trabajo, se pretende analizar el nuevo esquema, y para ello se utiliza el modelo económico de los ilícitos culposos. El modelo se aplica a cada una de las reglas de responsabilidad y de los incentivos que generan en los agentes receptores de esta normatividad. Una vez estudiadas estas reglas y los incentivos generados por las mismas, se concluye que el criterio de interpretación propuesto por la SCJN establece las bases para eliminar los incentivos perversos que hubieran podido generarse con una responsabilidad patrimonial de tipo estricto, al establecer la limitante del estándar previsto en la normatividad que rige la actuación de la administración pública. Con ello se busca mostrar el camino para lograr un sistema eficaz y eficiente de responsabilidad patrimonial para el Estado mexicano, a fin de que legislaciones posteriores pudieran regularlo adecuadamente a la luz de los criterios asentados por la Corte.

Abstract

The main objective of the 2002 constitutional reform to article 113 of CPEUM was to settle the bases of a State's patrimonial responsibility system that would improve the quality of the Public Administration. However, nowadays that reform is practically dead letter.

The Supreme Court of the Nation (SCJN) discussed in plenary sessions on January 28th, 29th and February 7th, 2008, the Judicial Review 4/2004 promoted by Deputies of the Third Legislature of the Assembly of

Representatives. The Deputies denounced the invalidity of the articles 389, 391, 392 of the Financial Code of the Federal District, that regulate the objective responsibility of the authorities of the Federal District and the procedure to demand the repair of damages. The SCJN established in its resolution a new criterion for the interpretation of the patrimonial responsibility of the State stated in article 113 of the Constitution. The proposed criterion of interpretation indicates the scope of application of the patrimonial responsibility of the State in the country, and determines the minimum requirements to fulfill it. This interpretation generates different incentives on agents ruled by the norm. In order to analyze the new scheme, this paper uses the economic model of torts. The model is applied to each one of the rules of responsibility and the incentives they generate for the receiving agents of this standardization. Once studied these rules, and the incentives generated by them, we conclude that by establishing the standard regulated by the norms applied to the public administration activity, the criterion of interpretation proposed by the SCJN establishes the bases to eliminate the perverse incentives previously generated by the rule of strict patrimonial responsibility. By this means the paper pretends to preset some considerations that may be helpful to get an effective and efficient system of State's patrimonial responsibility in Mexico, with the porpoise that new or local legislations on the matter, could suitably regulate it in the light of the criteria seated by the Court.

Introducción

¿Recuerda la última vez que cayó en un bache y tuvo que cambiar la llanta?, ¿en algún momento pensó que valía la pena intentar que el Estado mexicano le reparara el daño?, ¿cuántas veces ha escuchado historias de terror acerca de hospitales públicos en los que durante una cirugía dejaron dentro del paciente vendajes o pinzas, o que le amputaron un miembro sano sin que nadie respondiera por ello?, ¿quién debe resarcir estos daños y cómo determinarlos?

Resulta indiscutible que toda disposición que fortalezca el sistema de derechos de los ciudadanos y garantice el adecuado funcionamiento de la Administración Pública es no sólo bienvenida, sino alabada por todos. Tal es el caso de las leyes en materia de responsabilidad objetiva del Estado que, a partir de la reforma constitucional de junio de 2002, se han emitido en nuestro país. Sin embargo, como toda figura nueva dentro de un sistema jurídico, su implementación requiere, por un lado, de una interpretación que la ajuste al marco existente, y por otro, de adaptaciones que permitan, a partir de la realidad económica, política y social del país, su adecuada aplicación. Lo cierto es que de 2002 a la fecha, a pesar del cambio constitucional, la situación real ha permanecido prácticamente inmutable, pues la aplicación de este precepto a través de la legislación secundaria ha resultado muy ineficaz.

El control de la constitucionalidad que realiza la SCJN constituye una importante fuente de interpretaciones que permite delimitar los marcos de acción de las normas del sistema. Esto adquiere especial relevancia cuando se trata de la interpretación de un precepto constitucional, pues con ello quedan definidos

los parámetros a los que debe sujetarse la legislación secundaria de la materia a fin de garantizar su constitucionalidad.

Tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, la SCJN discutió en sesiones plenarias el 28 y 29 de enero, y 7 de febrero de 2008, la acción de inconstitucionalidad 4/2004 promovida por diputados de la Tercera Legislatura de la Asamblea de Representantes. Los diputados denunciaron la invalidez de los artículos 389 —párrafos primero y cuarto—, 390 y 392 del Código Financiero del Distrito Federal, que regulan la responsabilidad objetiva de las autoridades del Distrito Federal y el procedimiento para reclamar la reparación del daño.¹ La inconformidad principal de los accionantes

¹ Artículo 389.- De conformidad con la legislación aplicable y lo establecido en la Constitución y estatuto, el Distrito Federal tiene la obligación de pagar los daños que se causen en los bienes o derechos de los particulares, con motivo de su actividad administrativa que no cumpla con las disposiciones legales y administrativas que se deben observar. Los pagos de indemnización se efectuarán una vez que se haya comprobado que efectivamente le corresponde al particular la indemnización. Dichos pagos se atenderán a las disposiciones de este Código y estarán a cargo del presupuesto de la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad, a los que se hayan encontrado adscritos los servidores públicos que los causen.

Tratándose de servidores públicos de los órganos desconcentrados a que se refiere el artículo 448 de este Código, los pagos estarán a cargo del presupuesto de los órganos en que se encuentre adscrito el servidor público que haya causado el daño.

Los pagos estarán sujetos en todo momento a la disponibilidad presupuestal del ejercicio fiscal de que se trate.

Artículo 391.- En los casos señalados en el artículo anterior cuando no se hubiese determinado en cantidad líquida el monto de la indemnización, la Procuraduría Fiscal, con base en la información proporcionada por las dependencias, delegaciones y entidades, determinará en cantidad líquida dicha reparación y lo hará saber a la Secretaría para que ésta ordene su pago.

Artículo 392.- El Distrito Federal exigirá de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares en http://www.finanzas.df.gob.mx/documentos/CodigoFinanciero_2004.pdf

versaba sobre la limitación de la responsabilidad, que el artículo 389 determinaba, al definir la responsabilidad como aquella que resultara de “una actividad administrativa que no cumpla con las disposiciones legales y administrativas que deben observarse”. Es decir, a fin de que el Estado repare el daño, el artículo 389 requiere que el particular afectado demuestre que la autoridad dejó de cumplir con una norma o deber, y que esta omisión fue la causa del daño (CFDF: art. 389).²

² En el sexto considerando de la resolución AI 4/2004 se exponen los conceptos de invalidez relativos que medularmente sostienen:

1. Que el artículo 389 del citado Código Financiero, al establecer que la responsabilidad patrimonial del Gobierno del Distrito Federal se generará con motivo de su actuación administrativa irregular que no cumpla con las disposiciones legales y administrativas que se deban observar, prevé un sistema subjetivo e indirecto, puesto que si alguien sufre una afectación o un daño en sus bienes o derechos con motivo de la actividad administrativa del gobierno local, primero deberá iniciar el procedimiento correspondiente, en el cual se determinará si el acto o hecho imputado al gobierno de la ciudad se apegó o no a las disposiciones legales y administrativas, lo cual implica un juicio valorativo, con lo que se elimina el carácter objetivo y directo que caracterizan a la responsabilidad patrimonial del Estado.

2. Que el artículo 390 del Código Financiero, al establecer que para que exista la obligación de indemnizar al particular debe haber un reconocimiento de la autoridad de que existe la causa de la responsabilidad y, como consecuencia, la obligación de pago, contraviene lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 113 constitucional, puesto que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe estar sujeta al reconocimiento de indemnizar o no, como si se tratara de una concesión unilateral, toda vez que este numeral constitucional consagra la garantía de integridad patrimonial en favor de los ciudadanos.

3. Que el artículo 392 del Código Financiero contraviene el espíritu del artículo 113, párrafo segundo, constitucional, ya que otorga la facultad de emprender en cualquier caso el procedimiento administrativo de ejecución, cuando el Estado pague una indemnización a un particular, sin tomar en cuenta que no siempre el hecho o acto dañoso será atribuible al servidor público, ya que puede haber concurrencia de factores, por lo que no siempre se estará en posibilidad de emprender la vía de regreso en contra del servidor público.

Sobre este particular, una buena parte de la discusión en el Pleno de la SCJN versó sobre la interpretación de los alcances del último párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que regula la Responsabilidad Patrimonial del Estado, que a la letra dice:

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes y 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. (CPEUM: art. 113)

Esta discusión resulta toral para la emisión de cualquier disposición nueva en materia de responsabilidad objetiva del Estado, pues enuncia los criterios con los cuales será analizada la constitucionalidad de cualquier nueva norma. En efecto, cada uno de los ministros de la Corte fijó su postura respecto de los alcances y mecanismos mediante los cuales estimaba que debe regularse la responsabilidad objetiva del Estado, a partir de la disposición constitucional, que como norma suprema delimita el ejercicio de esta facultad en todo el país. De ahí la importancia de tomarlo en cuenta para el momento en que las entidades federativas legislen en la materia. Los alcances de esta interpretación generan distintos incentivos en los sujetos objeto de la norma.

Como se expuso, la discusión de la SCJN fija los criterios bajo los cuales presumiblemente se resolverán en el futuro aquellos casos que se presenten en materia de responsabilidad patrimonial, por lo que consideramos de gran importancia la incorporación de los criterios

vertidos en esta discusión en la creación de las leyes particulares que cada Estado realice, en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de éste.

El propósito del presente documento de trabajo es analizar los alcances de la discusión de la SCJN respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado, a la luz del modelo económico que tradicionalmente se ha utilizado para el análisis de la responsabilidad patrimonial civil, con el objeto, primero, de hacer patente el uso de criterios de carácter económico en las discusiones de la SCJN, y segundo, proponer el uso del modelo de los ilícitos culposos a las legislaturas que se encuentran en proceso de creación de las leyes de responsabilidad patrimonial. Con ello se busca mostrar el camino para lograr un sistema eficaz y eficiente de responsabilidad patrimonial para el Estado mexicano a fin de que legislaciones posteriores pudieran regularlo adecuadamente a la luz de los criterios asentados por la Corte.

1. La interpretación del artículo 113

Durante las sesiones plenarias en la Corte, la discusión central versó sobre la interpretación que debe darse a la expresión “actividad administrativa irregular” (Castro, Estrada Álvaro: 2002)³ del artículo 113 constitucional. Tales discusiones se vieron reflejadas en el engrose del asunto, en el quinto considerando, donde el ponente

³ La doctrina señala que el concepto de incumplimiento irregular de la función administrativa sustituye al dato de culpa de la responsabilidad de corte civilista y se refiere al funcionamiento defectuoso del servicio público determinado en las normas o por un deber jurídico. Para un análisis amplio del tema véase Castro Estrada, Álvaro. *Nueva garantía constitucional, la responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México 2002.

hace un análisis de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado y su tránsito desde una concepción meramente subjetiva de corte civilista —donde el Estado interviene sólo subsidiariamente ante la insolvencia del servidor público responsable— hasta la postura actual de una responsabilidad objetiva.⁴ Tanto del análisis de las discusiones de las Cámaras del Congreso de la Unión, tomadas en cuenta por los ministros en su interpretación de la intención del legislador, como en las opiniones emitidas a lo largo de la discusión en el pleno, se pueden percibir sintéticamente dos vertientes principales:

- Aquella que identifica la actividad irregular de la administración pública con el daño al particular; es decir, cualquier daño que sufre el particular debe ser resarcido por el Estado independientemente del incumplimiento de un deber de su parte, siendo una responsabilidad objetiva plena.
- Y la que acota la responsabilidad al incumplimiento de una norma del sistema jurídico mexicano; a saber, a fin de que el Estado responda es necesario probar que se está en presencia de una actividad administrativa irregular resultado del incumplimiento de una norma.

El quinto considerando de la resolución AI 4/2004 hace un análisis de las iniciativas y dictámenes del Congreso de la Unión sobre la reforma al artículo 113 constitucional, en el que se expone la necesidad de superar el sistema de responsabilidad subjetiva, basado en la teoría de la culpa y regulado a través de la legislación civil, que la creciente intervención del Estado en el ámbito de los particulares —así como su complejidad— había convertido en ineficaz e inoperante; por un nuevo sistema

⁴ AI 4/2004 p.107 en www.scjn.gob.mx

de responsabilidad objetiva y directa (Castro Estrada, Álvaro: 2002). Así, por un lado el dictamen de la Cámara de Senadores en su carácter de revisora comienza por señalar como punto de partida de la discusión el siguiente criterio:

Lo irregular, en materia de responsabilidad objetiva, es la producción del daño en sí mismo, en tanto no se tenga la obligación jurídica de soportarlo (Cámara de Senadores: 2008, a).

En contraste el dictamen de la Cámara de Diputados señala:

Por otra parte, los miembros de estas comisiones, después de haber deliberado sobre la pertinencia de establecer un régimen amplio y general de responsabilidad patrimonial del Estado; es decir, incluir como susceptible de responsabilidad del Estado y por ende de las indemnizaciones respectivas, a toda actividad lesiva de la administración pública que fuese consecuencia del funcionamiento ya sea regular o irregular de la actividad administrativa del Estado, se ha considerado conveniente restringir, cuando menos por algún tiempo, la responsabilidad del Estado exclusivamente a su actividad administrativa irregular, máxime que se encuentran resistencias a aceptar que el Estado pudiese responder y ser responsable de los daños y perjuicios que con su actuar irroque a los particulares en el caso de haber actuado de acuerdo con los estándares medios de

los servicios públicos. Es decir que sean consecuencia de su actividad administrativa normal [...]

Así pues, se precisa que el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado debe circunscribirse a la lesividad de la actividad irregular, con lo cual además se cubriría el mayor número de incidencias de afectación patrimonial del Estado. (Cámara de Senadores: 2008).

A partir de estos extractos puede percibirse cómo en la discusión del constituyente permanente se medió la postura inicial de responsabilidad objetiva lisa y llana, para acotarla a una responsabilidad por incumplimiento de un deber por parte de la administración pública.

En el caso de la discusión del asunto en el pleno de la Corte también se sostuvieron las dos interpretaciones de la voz “actividad administrativa irregular”. Por un lado, el ministro Góngora Pimentel señalaba:

Mi óptica es que esta Suprema Corte debe optar por la que resulte más garantista para los particulares, que en el caso consiste en entender por actividad administrativa irregular, toda aquella que cause un daño, reconociéndose así una responsabilidad patrimonial del Estado amplia, pues un sistema de derecho administrativo no es completo, sino cuando el ciudadano tiene el medio para obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado. En efecto, debemos considerar que el estado de derecho tiene entre sus fundamentos dos principios, el

de legalidad y el de la responsabilidad patrimonial del Estado; la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley, sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño, lo repare íntegramente (SCJN: 2008).

En esta postura se busca equiparar la responsabilidad patrimonial del Estado a la preceptuada por el Código Civil, artículo 1913, en el que se determina que la responsabilidad procede sin importar quién generó el daño o si actuó de manera ilícita, es decir, independientemente de la culpa o del actuar irregular de algún funcionario público. De forma que mientras exista un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar, se estará en presencia de una responsabilidad objetiva del Estado (Castro Estrada, Álvaro: 2002, 226).⁵

Sin embargo la mayoría del pleno tuvo una posición más acotada, en la que se hace depender la responsabilidad de la irregularidad del acto. Así la actividad irregular del Estado queda acotada al incumplimiento de una disposición por parte del servidor público, y su calificación a través de estándares generalizados del desempeño del servicio público.

⁵ Castro Estrada afirma en su obra *Una nueva garantía* que: un régimen de responsabilidad directa significa que es el Estado quien responde al reclamo de indemnización que formula el particular cuando la actuación del Estado le ocasiona una lesión, independientemente de que el actuar del servidor público sea lícito o ilícito. Ya que la lesión sufrida por el particular constituye un perjuicio antijurídico., Op. cit., p. 226.

Por ejemplo, el ministro Cossío Díaz señaló, en una de sus intervenciones, que resulta importante distinguir entre la actividad irregular del Estado —que tiene que ver con estándares generalizados de desempeño— y el problema del actuar doloso o ilegal del funcionario, diferencia que permite determinar que la interpretación de la intención del Constituyente Permanente fue que se califique la responsabilidad directa en el sentido de no ser subsidiaria, y en segundo lugar que se establezca como objetiva, es decir, que no está atendiendo a la intencionalidad específica del funcionario que presta el servicio o que debió haber realizado una actividad, sino a los parámetros medios conforme a los cuales hay que medir el propio proceder, lo que genera dos tipos de daños que pueden sufrir los gobernados: por un lado, el daño causado por la actividad regular del Estado, en que se está frente a una responsabilidad subjetiva e indirecta regulada por las disposiciones civiles en términos de dolo o negligencia; y en el segundo caso, por la actividad irregular del Estado que tendrá una vía expedita para su resolución a través de la responsabilidad objetiva. De tal forma que lo que se preceptúa es un sistema de responsabilidad objetiva del Estado filtrado a través del tamiz de la actividad administrativa irregular (Mir Puigpelat, Oriol: 2002).⁶

Esta distinción no es menor, tanto por lo que se refiere al número de actos administrativos que pudieran causar una responsabilidad objetiva, como por los costos

⁶ Esta postura sigue la doctrina francesa de la falta en el servicio que está relacionada con la trasgresión de normas que determinan los parámetros o estándares del servicio público. Para un estudio detallado de las diversas posturas doctrinales en materia de responsabilidad patrimonial del Estado véase: MIR PUIGPELAT, ORIOL, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

que ello importaría para el erario público. De ahí la importancia de contar con parámetros medios que permitan calificar la actividad administrativa del Estado.

Resulta interesante la discusión que a nivel doctrinal han provocado estas dos interpretaciones de los alcances de la responsabilidad patrimonial, establecida por el artículo 113 constitucional, puesto que en el segundo párrafo en realidad se combinan las dos posturas, al señalar por un lado que es una responsabilidad objetiva y directa podría considerarse que es independiente de la licitud o ilicitud del actuar del servidor público, mas al incluir la mención de la actividad administrativa irregular debe entonces entenderse acotado al incumplimiento de una norma o deber de servicio. Así lo han apuntado expertos, como el Dr. Juan Carlos Marín, quien incluso sugiere la supresión del término responsabilidad objetiva y directa (Marín González, Juan Carlos: 2004, 57-59).

Ahora bien, de acuerdo con las discusiones sostenidas en el pleno de la Corte y tras la votación, se arribó a la conclusión de que la actividad administrativa irregular debe ser interpretada como “la actuación estatal desplegada sin satisfacer la normatividad propia para la realización de ese acto administrativo”; así quedó asentado en la resolución de la AI 4/2004 del 7 de febrero de 2008 publicada en el Semanario Judicial de la Federación al señalar:

[...] el artículo 113 constitucional, en su segundo párrafo, establece la responsabilidad del Estado únicamente respecto de los daños que cause a los particulares con motivo de su actividad administrativa irregular, es decir aquella que por acción u omisión incumpla con

las obligaciones legales establecidas o por el funcionamiento defectuoso de un servicio; en este supuesto, el particular podrá demandar la indemnización directamente del Estado (responsabilidad directa sin necesidad de ir en primer término en contra del funcionario a quien pudiera imputarse el daño), pues lo que determina la obligación, es la realización del hecho dañoso imputable al Estado (responsabilidad objetiva) y no la motivación subjetiva del agente de la administración.

[...] Lo que se toma en cuenta a fin de determinar la responsabilidad no es el concepto de culpa o de dolo, lo que encuadraría la responsabilidad subjetiva, sino el acto u omisión irregulares del Estado, al incumplir con la normatividad propia y las disposiciones administrativas que debe observar en sus actuaciones y, como consecuencia de ello, se haya causado el daño patrimonial (SCJN: 2008, a).

La resolución en comento apunta que los elementos a considerar a fin de determinar que existe un acto administrativo irregular que ocasione la responsabilidad patrimonial del Estado deben ser:

- A. La imputabilidad material del acto o hecho al Estado en el ejercicio de sus funciones;
- B. La acreditación del cumplimiento irregular de los deberes y obligaciones impuestos legalmente;
- C. La existencia de un daño cierto; y
- D. El nexo causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

Adicionalmente; tanto en la discusión en el pleno, como en la resolución, se retoman elementos de la reforma constitucional como límites a esta responsabilidad patrimonial del Estado:

a. La responsabilidad objetiva queda acotada a los actos materialmente administrativos de forma tal que se exceptúan tanto la actividad legislativa como la actividad jurisdiccional.

b. Las bases establecidas en el transitorio de la reforma constitucional que establecen la necesidad de que en la legislación se señale el procedimiento mediante el cual se determine que el particular efectivamente tiene derecho a dicha indemnización, y el hecho de que dichas indemnizaciones estarán sujetas a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

Luego, de acuerdo con la resolución emitida por la SCJN, la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano queda acotada a aquellos actos materialmente administrativos irregulares, tras haber acreditado la imputabilidad, el incumplimiento de un deber establecido en una norma y el nexo causal entre el daño y el acto administrativo.

En efecto, por unanimidad de diez votos, los ministros resolvieron la validez de los artículos 389 (párrafos primero y cuarto) y 390 del Código Financiero del Distrito Federal vigente en 2004, en el que se acotaba la responsabilidad patrimonial a la comprobación de una actividad administrativa irregular, interpretando que la misma debe entenderse como el incumplimiento de una norma o de un deber de servicio.⁷

Lo anterior resulta en que la interpretación dada por la SCJN al concepto de “actividad administrativa

⁷ Engrose de la AI 4/2004, p.146 en www.scjn.gob.mx

irregular”, sujeta la responsabilidad patrimonial a la culpa por el incumplimiento de un deber (como lo establece la doctrina francesa), por lo que deja de ser objetiva de forma lisa y llana. Ahora bien, esta interpretación no sólo termina con el debate respecto de los alcances del segundo párrafo del artículo 113 constitucional, sino que además sienta las bases de un sistema de incentivos y de sujetos a quienes corresponde internalizar los daños, no sólo distinto del actual (en donde el particular en la realidad lo asume todo), sino viable en las condiciones actuales de México, como quedará explicado en párrafos subsecuentes.

2. El modelo económico de los ilícitos culposos

El propósito del presente apartado es presentar un panorama general del modelo económico de los ilícitos culposos, también llamado modelo económico de los accidentes. Optamos por el uso de este modelo económico ya que a través del mismo se analizan las distintas reglas de responsabilidad civil, a la luz de los incentivos generados en los receptores de las reglas y en atención a que es el derecho de los accidentes uno de los primeros temas de derecho privado analizado con éxito utilizando un modelo económico formal (Cooter, Robert and Thomas Ulen: 1997, 369). El lector quizá se pregunte qué relación existe entre la responsabilidad generada por un accidente entre particulares y la responsabilidad patrimonial del Estado; pues bien, el modelo de los accidentes sugiere una serie de conclusiones aplicables a las reglas de responsabilidad en general, que pueden contribuir a resolver esa pregunta.

En toda actividad humana en sociedad existen determinados actos que pueden generar daños a terceros.

Cuando los daños causados a terceros no son asumidos o internalizados por los individuos que realizan la actividad, se generan consecuencias o externalidades negativas que al ser asumidas por otros, ya sea la comunidad o el Estado, causan a su vez pérdidas sociales (Cooter, Robert and Thomas Ulen: 1997, 62). A través del derecho, específicamente de las reglas de responsabilidad, se pretende que estos costos generados a terceros (daños) sean internalizados por la parte que los causó, y de esta forma se compense el daño sufrido por terceros (pago de daños) (Friedman, David D.: 2000, 190). Asimismo, a través de las reglas de responsabilidad se busca que las partes, al internalizar los daños causados por su actividad, tomen las precauciones necesarias, justificadas por sus costos (Miceli, Thomas J.: 1996, 250),⁸ para evitar o disminuir la probabilidad de que ocurra el accidente.

En los diferentes esquemas de distribución de responsabilidades existen distintos tipos de reglas que generan a su vez diversos incentivos para los individuos (Schäfer, Hans-Bernd and Claus Ott: 2004, 128). Dada la diversidad de reglas y efectos que se generan, existen modelos económicos de los ilícitos culposos, con el propósito de analizar cuál de estas reglas resulta más adecuada para cada tipo de actividad. De acuerdo con el modelo económico de los ilícitos culposos,⁹ este tipo de actividades se catalogan como ilícitos culposos y se definen como un accidente o daño que pudo haber sido

⁸ Es importante mencionar que el costo del cuidado es un elemento fundamental para determinar la eficiencia de las precauciones que se impongan al causante.

⁹ Basaremos nuestra exposición del modelo de los ilícitos culposos desarrollado por Steven Shavell. *Strict Liability versus Negligence*, 1980 y *An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts*. 1980.

evitado, y que era prevenible por el causante y/o la víctima mediante una mayor precaución o cuidado, o mediante la disminución en el nivel de la actividad. Resulta necesario explicar que, además de ser materia del análisis estrictamente jurídico, los ilícitos culposos constituyen una rama de estudio del análisis económico del derecho, distinta a la del derecho penal. El motivo de la distinción en el análisis se basa en la no intencionalidad de los agentes de causar el daño en el caso de los ilícitos culposos (Miceli, Thomas J: 2004, 38). Toda vez que el resultado del accidente no era un resultado buscado por el agente después de realizar un análisis costo beneficio; una sanción de tipo penal no supone un costo a la realización de la conducta. Es por esto que las reglas que se analizan con el modelo descrito constituyen reglas de responsabilidad civil, referidas únicamente a la toma de precauciones del agente y no a sanciones penales.

El modelo supone dos tipos de sujetos, dos factores que influyen en la probabilidad de que se genere el accidente, dos tipos de accidentes y dos supuestos.

Los sujetos del modelo son los causantes y las víctimas (Steven Shavell: 1980,1). Los causantes son los individuos que, a través de la realización de una determinada actividad, ocasionan un daño o menoscabo a otro individuo; las víctimas, por su parte, son los individuos que sufren el daño ocasionado por la actividad del causante.

Los factores del modelo son el nivel de precaución, definido como el grado de cuidado con que se actúa, y el nivel de actividad de los individuos, definido como cantidad de la acción que el causante ejecuta (Steven Shavell: 1980, 466-470). Para efectos del presente trabajo sólo se analizarán los incentivos generados por las reglas

de responsabilidad en relación con el nivel de cuidado o de precaución de los sujetos del modelo, y no respecto del nivel de actividad, toda vez que las actividades realizadas por el Estado no resultan optativas sino obligatorias.¹⁰

De acuerdo con este modelo existen dos tipos de accidentes o ilícitos culposos: los accidentes unilaterales y los accidentes bilaterales (Miceli, Thomas J.: 2004, 42 y 46). Los accidentes unilaterales son aquellos accidentes en los que sólo influye en la probabilidad de que ocurra el accidente la precaución del causante y el nivel de actividad del mismo; es decir, sólo el causante podrá tomar las precauciones debidas para prevenir o disminuir la probabilidad de que ocurra el accidente. El ejemplo por excelencia de este tipo de accidentes es el accidente aéreo, en donde los pasajeros como víctimas no pueden tomar precauciones para que no ocurra un accidente, ya que es el causante (la aerolínea) el que, en términos generales, puede tomar todas las precauciones posibles para prevenir o disminuir la probabilidad de que ocurra el accidente.

Los accidentes bilaterales, en cambio, son aquellos en los que, tanto el nivel de cuidado y de actividad del causante, como el nivel de cuidado y actividad de la víctima influyen en la prevención o disminución de la probabilidad de que ocurra el mismo (Cooter, Robert and Thomas Ulen: 1997, 390). El ejemplo más utilizado en la literatura de análisis económico del derecho es el atropellamiento de persona, donde tanto la víctima como el causante pueden tomar precauciones para evitar o disminuir la probabilidad de que el accidente ocurra.

¹⁰ Si bien es cierto que ciertas actuaciones del Estado son obligatorias, otras tantas son discrecionales y por ende parecería que el nivel de actividad sí debería considerarse.

Por último, los supuestos del modelo son los siguientes: no existe intención de los causantes de ocasionar el accidente (se excluye el dolo); los causantes sólo pueden ser los que a través de su actividad ocasionan el accidente, y las víctimas sólo pueden ser los individuos receptores del accidente, es decir, en este modelo los causantes no pueden ser a su vez víctimas y viceversa, y la compensación por los daños será perfecta (Cooter, Robert and Thomas Ulen: 1997, 384-390).

Una vez establecido el modelo, a continuación se analizan las distintas reglas de responsabilidad para establecer su idoneidad para cada una de las situaciones. En el caso de responsabilidad civil se habla de reglas de responsabilidad estricta (Schäfer, Hans-Bernd and Claus Ott: 2004, 129); reglas de responsabilidad limitada (Schäfer, Hans- Bernd and Claus Ott: 2004, 128) y reglas de no responsabilidad. La regla de responsabilidad estricta supone que el causante siempre responderá de los daños ocasionados por su actividad, sin importar si el causante cumplió o no con un estándar de actuar. La regla de responsabilidad limitada¹¹ supone que el causante sólo responderá si no cumplió con el estándar establecido por la norma, ya que en caso de haber cumplido con este estándar no será responsable de los daños ocasionados a la víctima. Por último, una regla de no responsabilidad supone que la víctima es responsable de todos los daños causados por el causante, ya que no le será imputado ninguno de estos al causante.

La regla de responsabilidad estricta exige, para que la víctima tenga derecho al pago de daños, acreditar que:

¹¹ Creo que vale la pena aclarar en una nota que existen distintos tipos de reglas por negligencia y por ende distintas distribuciones de costos del accidente.

1) la víctima sufrió un daño y 2) que el acto u omisión del causante generó el daño (nexo causal: el acto debe ser la causa próxima y no distante del daño sufrido) (Schäfer, Hans-Bernd and Claus Ott: 2004, 129).

Por su parte, la regla de responsabilidad limitada requiere, además de los requisitos anteriormente anunciados, que el acto u omisión constituya el incumplimiento de una obligación que el demandado mantenía con el demandante (Schäfer, Hans-Bernd and Claus Ott: 2004, 128).

El objetivo social es lograr que los sujetos (tanto causantes como víctimas) internalicen los costos generados por la realización de su actividad y por lo tanto tomen las precauciones necesarias para lograr disminuir la probabilidad de que se genere el accidente (Steven Shavell: 1980, 466-472). Asimismo, el objetivo de estas reglas es que tanto los causantes como las víctimas realicen la actividad, tomando en cuenta la utilidad que les genera su realización, menos los costos que esta actividad genera (daños esperados); sin embargo, como se explicó con anterioridad, en este trabajo no se analizarán los incentivos que generan las reglas de responsabilidad en el nivel de actividad de los sujetos del modelo.

De acuerdo con el modelo, la regla de responsabilidad estricta (Steven Shavell: 1980, 17) genera los incentivos suficientes al causante para tomar las precauciones debidas al realizar su actividad, ya que el causante sabe que deberá pagar todos y cada uno de los daños ocasionados a la víctima sin que en juicio deban acreditarse más que la existencia del daño y el nexo causal entre el daño y la actividad del causante.

Tratándose de accidentes unilaterales (Steven Shavell: 1980, 2-6), en los que sólo el nivel de cuidado

del causante influye para disminuir la probabilidad de que ocurra el accidente, este tipo de regla resulta la óptima. Sin embargo, en los accidentes bilaterales (Steven Shavell: 1980, 6-9), es decir, aquellos en los que el nivel de cuidado de la víctima también influye en la probabilidad de que suceda el accidente, este tipo de regla genera incentivos perversos para las víctimas, ya que al saberse perfectamente compensadas de los daños causados no tomarán precaución al realizar su actividad (Cooter, Robert and Thomas Ulen: 1997, 387-391).

Por su parte, una regla de responsabilidad limitada (Steven Shavell: 1980, 20-22), tratándose de accidentes unilaterales no resulta eficiente, ya que si bien es cierto que genera los incentivos al causante de tomar precaución al realizar su actividad, también lo es que genera mayores estándares de prueba en el juicio, lo cual a la luz de la responsabilidad estricta resulta innecesario. Sin embargo, en aquellos casos en los que tanto las precauciones de los causantes como las precauciones de las víctimas influyen en la probabilidad de que ocurra el accidente, este tipo de regla genera los incentivos correctos para ambas partes. Si la regla establece un estándar de cuidado debido, el causante tomará las precauciones establecidas ya que al hacerlo no pagará por los daños que genere la realización de su actividad. Por su parte la víctima, al saber que el causante tiene los incentivos suficientes para realizar su actividad con el estándar de cuidado establecido, tomará también las precauciones debidas al realizar su actividad ya que sabrá que, de generarse un daño, el causante no será responsable del pago de los daños generados por su actividad (Cooter, Robert and Thomas Ulen: 1997, 392-394).

Por último, una regla de no responsabilidad traslada todos los costos generados por la actividad del

causante a la víctima, ocasionando que el causante no tenga ninguna precaución al realizar su actividad ya que sabrá que no debe pagar por los daños ocasionados por la misma.

Como puede observarse, la eficiencia de cada una de las reglas depende del tipo de accidente (unilateral o bilateral) de que se trate. En los casos en que el legislador pretenda que sólo sea el causante el que tome las precauciones necesarias para disminuir la probabilidad de que ocurra el accidente deberá optar por una regla de responsabilidad estricta. Sin embargo, en aquellos casos en los que el legislador pretenda que tanto el causante como la víctima tomen las precauciones debidas al realizar su actividad, deberá optar por una responsabilidad limitada. Por último, en aquellos casos en los que el legislador pretendiera que sólo la víctima tomara precauciones debidas, entonces optará por una regla de no responsabilidad.

3. Las reglas de responsabilidad patrimonial del Estado y los incentivos

De acuerdo con lo expuesto en el primer apartado de este documento, la regla de responsabilidad prevista en el artículo 113 de la CPEUM para el caso de responsabilidad patrimonial del Estado, es una regla de responsabilidad objetiva, lo que permite el uso del modelo económico de los ilícitos culposos, ya que se trata de actividades que excluyen el dolo o la intención específica del servidor público que realizó el acto de autoridad y atiende únicamente al hecho de que se trata de una actividad del Estado irregular.

Con el objeto de utilizar el modelo anteriormente mencionado y derivar las consecuencias de la aplicación de cada una de las reglas de responsabilidad aplicadas en materia de responsabilidad patrimonial, desarrollaremos cada uno de los supuestos planteados en el modelo de los ilícitos culposos explicando las particularidades del tema.

Supondremos entonces, para efectos de nuestro análisis, que existen dos sujetos: el causante (tomando al Estado en abstracto como tal) y la víctima. En este caso el causante siempre será el Estado como ente¹² y las víctimas serán siempre los ciudadanos o particulares afectados por los actos de autoridad. Al respecto resulta necesario destacar que con el objeto de presuponer racionalidad por parte del Estado como ente se asumirá un sistema perfecto de rendición de cuentas entre el Estado y sus integrantes,¹³ es decir, que a través del sistema de responsabilidades de servidores públicos¹⁴ y responsabilidades resarcitorias, se logra incorporar al análisis costo beneficio individual de cada servidor público, el costo total social y el beneficio total social.¹⁵

¹² No se habla de responsabilidad de los servidores públicos que conforman al Estado.

¹³ Se aclara que si bien es cierto que el sistema puede no ser perfecto, también lo es que en la medida en que el sistema de responsabilidades de los servidores públicos sea efectivo, los incentivos generados por las reglas de responsabilidad patrimonial del Estado se acercarán al óptimo.

¹⁴ A través de este tipo de responsabilidad se intenta prevenir acciones negligentes por parte de los servidores públicos al establecerse un esquema de sanciones.

¹⁵ No puede presuponerse racionalidad por parte del Estado como entidad, ya que se integra de un grupo de individuos que a su vez toman sus propias decisiones tomando en cuenta los costos y beneficios que representan las actividades para ellos mismos. Sin embargo, para efectos de nuestro análisis supondremos que el sistema de rendición de cuentas entre el Estado y sus integrantes es el óptimo.

Supondremos también que, como en el modelo de los ilícitos culposos, existen dos tipos de actividades del Estado que pueden generar daños a los particulares: unilaterales, en las que sólo el Estado puede tomar las precauciones debidas para disminuir la probabilidad de que se actualice el daño, y bilaterales, en las que tanto los particulares como el Estado pueden tomar precauciones para disminuir la probabilidad de que se actualice el daño. Ejemplos de estos dos tipos de actividades fueron tomados en cuenta por el ministro Cossío (SCJN: 2008, b) en la discusión de la acción de inconstitucionalidad aquí estudiada. El primer ejemplo se refiere a la actividad del Estado consistente en la reparación de una vía pública. Esta actividad del Estado puede causar daños a los ciudadanos que transiten por esa vía pública. Para minimizar la probabilidad de que ocurra un accidente el Estado deberá tomar las precauciones necesarias para que el automovilista (víctima) se percate de la reparación y no suceda un accidente. Sin embargo, en este tipo de accidente la víctima también participa en la probabilidad de que ocurra el mismo, ya que la víctima puede bajar la probabilidad de que ocurra si maneja con precaución y se encuentra atenta a los señalamientos de reparación de vías. Este tipo de actividades, en las que la precaución de la víctima resulta importante, son aquellas que se explicaron como accidentes bilaterales. El segundo ejemplo planteado en la discusión se refiere a los servicios médicos brindados por el Estado a los particulares. En este tipo de actividad es importante que el Estado tome las precauciones necesarias para que los particulares no sufran daños al ser objeto de operaciones o prescripciones médicas. Sin embargo, la precaución del paciente influye poco en la disminución de la probabilidad de que se genere un daño

durante una operación quirúrgica, por ejemplo. Este tipo de actividades, en las que el cuidado de la víctima influye poco o no influye sobre la probabilidad de que ocurra el daño son los llamados accidentes unilaterales.

De lo expuesto se concluye que las actividades del Estado como causante pueden catalogarse de la misma forma en la que se catalogan los accidentes en el modelo de los ilícitos culposos, ya que existen ejemplos de ambos tipos de actividad por parte del Estado, lo que genera las condiciones necesarias para trasladar las conclusiones apuntadas al caso de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ahora bien, resulta importante destacar que la meta de la regulación de la responsabilidad del Estado será que en aquellas actividades en las que sólo el Estado pueda o deba tomar precauciones (accidentes unilaterales), se utilice una regla de responsabilidad estricta, y en aquellos casos en los que también los particulares deban tomar precauciones (accidentes bilaterales), se utilice una regla de responsabilidad limitada. Por último, se deja fuera del análisis la regla de no responsabilidad al no encontrar ejemplos de actividades del Estado en las que sólo los particulares puedan tomar precauciones para disminuir la probabilidad de que se actualice el daño.

La interpretación de la regla de responsabilidad patrimonial del Estado, antes de la discusión de la SCJN, parecía obedecer a la regla de responsabilidad estricta descrita en el modelo, ya que independientemente del incumplimiento de una norma por parte del Estado, el particular en teoría debería ser indemnizado. Para que se actualizara esta responsabilidad era necesario acreditar solamente que: 1) el particular sufrió un daño y 2) que el acto u omisión del Estado causó el daño.

Esta regla, como se anunció en el modelo de los ilícitos culposos, genera los incentivos correctos para que el Estado tome las precauciones debidas, ya que el Estado al saber que siempre pagará por los daños originados a los particulares, tomará las medidas necesarias para que esto ocurra en la menor cantidad de los casos. Sin embargo, en aquellos casos en los que también el actuar del ciudadano puede influir en la probabilidad de que se genere un daño, esta regla genera incentivos perversos en los ciudadanos, ya que al saberse perfectamente compensados¹⁶ no tomarán las precauciones debidas al realizar sus actividades.

En adición a lo dicho, resulta importante apuntar otro incentivo perverso que esta regla pudiera generar en el Estado. El Estado realiza distintos tipos de actividades que generan utilidad social, es por esto que los particulares se ven beneficiados por la realización de estas actividades. Las actividades del Estado pueden ser realizadas con precauciones o sin precauciones. Las actividades realizadas con precauciones, por definición, son más costosas que aquellas realizadas sin precauciones. Ahora bien, si el Estado sabe que, independientemente de tomar las precauciones debidas en la realización de sus actos, siempre pagará en caso de generarse un daño a un particular, puede tener incentivos para destinar el dinero que destinaría a tomar las precauciones debidas para la reparación de los daños a los particulares, lo cual, sin duda conlleva a una situación peor. En este sentido, una regla de responsabilidad estricta genera no sólo la falta de cuidado

¹⁶ Resulta necesario hacer notar que no existe compensación perfecta ya que los costos de ir a juicio son altos; sin embargo, optaremos por suponer la compensación perfecta en esta parte del análisis ya que las conclusiones no se alteran de forma significativa.

de las víctimas sino la falta de cuidado también del Estado, ya que siempre pagará, independientemente de tomar las precauciones debidas o no.¹⁷

Por otra parte, la interpretación de la regla de responsabilidad patrimonial del Estado, después de la discusión respecto de los alcances del artículo 113 de la CPEUM de la SCJN, parece obedecer a la regla de responsabilidad limitada descrita en el modelo de los ilícitos culposos, ya que se incorpora a esta regla la acreditación del cumplimiento irregular de los deberes y obligaciones impuestos legalmente al Estado, es decir, es necesario que se acredite una actividad administrativa irregular. Como se expuso en párrafos anteriores, la regla de responsabilidad limitada supone acreditar, además de: 1) que el particular sufrió un daño y 2) que el acto u omisión del Estado causó el daño, 3) que el acto u omisión constituya el incumplimiento de una obligación que el Estado mantenía con el particular. Esta incorporación genera las bases para la fijación de estándares de actuación de las autoridades a través de las normas específicas que regulan la actividad de la administración pública.¹⁸

En el caso de la interpretación realizada por la SCJN los elementos de la responsabilidad limitada quedan expuestos en los requisitos señalados en la resolución, a saber:

- La imputabilidad material del acto o hecho al Estado en el ejercicio de sus funciones;

¹⁷ Pero la inversión en cuidado reduce la probabilidad del accidente y por ende el costo esperado. Así, parece que el Estado invertirá en cuidado hasta el punto donde el costo marginal de éste iguale a su beneficio marginal.

¹⁸ Estándares que deben, a su vez, obedecer a la toma de precauciones justificadas por sus costos.

- La acreditación del cumplimiento irregular de los deberes y obligaciones impuestos legalmente;
- La existencia de un daño cierto; y
- El nexo causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

Ahora bien, la incorporación de estándares de actuación en la regla de responsabilidad patrimonial a la que se encuentra sujeta el Estado, supone la eliminación de los incentivos perversos generados por la regla de responsabilidad estricta, ya que los particulares tendrán los incentivos correctos y emplearán las precauciones debidas al realizar su actividad, al saber que el Estado cumplirá con los estándares establecidos en las normas que regulan su actuar para no pagar por los daños que pudieren generarse al ciudadano. Por otra parte, se eliminan los incentivos perversos que se pudieren generar en el Estado por saberse responsable siempre, independientemente de la toma de precauciones debidas o no. De esta forma se logra que tanto el Estado como los particulares tomen las precauciones debidas al momento de realizar sus actividades, minimizando los costos sociales totales.¹⁹

Por último, se ilustran estas conclusiones con los dos ejemplos relatados. En el primero, en el que se propone la reparación de una vía pública y el estándar de cuidado del Estado supone el uso de señales claras para los automovilistas que pasan por esta vía, una regla de responsabilidad estricta implica que el Estado siempre tendrá que pagar por los daños ocasionados al automovilista, independientemente de haber incorporado las señales de reparación o no. El automovilista deberá

¹⁹ En ausencia de compensación perfecta y de un sistema de rendición de cuentas perfecto aún la responsabilidad estricta internaliza costos en ambas partes.

probar en juicio, únicamente: 1) que sufrió un daño y 2) que el acto u omisión del Estado causó el daño. Esta regla podría generar los incentivos correctos al Estado para incorporar las señales ya que asumirá los costos totales del accidente siempre. Sin embargo, el Estado podría optar también por destinar los recursos correspondientes a la incorporación de señalamientos a un fondo para el pago de todos los accidentes ocurridos en la vía en reparación.²⁰ Por otra parte, esta regla no crea los incentivos correspondientes al particular, ya que al saberse compensado por los daños que pudieren ocurrir a su automóvil, independientemente de la existencia o no de señalamientos, no tomará las precauciones debidas, es decir, no estará atento a las señales de reparación y no conducirá con precaución, lo que genera pérdidas sociales, ya que con la incorporación de estándares de cuidado en su actividad el particular puede disminuir significativamente el daño.

En cambio, con una regla de responsabilidad objetiva limitada, como propone la actual interpretación del artículo 113 de la CPEUM, el Estado sólo responderá en aquellos casos en los que haya incumplido con la obligación de incorporar las señales de reparación, por lo que el Estado tomará las precauciones requeridas con el objeto de no pagar por los daños. Por su parte, el automovilista al no saberse compensado por los daños ocasionados por su propia falta de cuidado, tomará las precauciones necesarias para disminuir la probabilidad de que ocurra el daño. Como puede observarse, a través de esta regla se logra que el Estado incorpore las señales y que el automovilista tome las precauciones necesarias

²⁰ Esto resulta muy probable en aquellas actividades en las que las precauciones de la víctima constituyan un factor importante en la probabilidad de que ocurra el daño.

al momento de conducir por una avenida en reparación, lográndose, de esta forma, minimizar la pérdida social asociada a una actividad del Estado de tipo bilateral.

En el segundo ejemplo se plantea una situación distinta, ya que en el caso de actividades médicas realizadas por el Estado, parece no existir un estándar de precaución por parte de la víctima o particular para disminuir la probabilidad de que ocurra el daño. Como se mencionó, esta característica define a este tipo de actividades como unilaterales, por lo que la regla óptima para este tipo de casos es la regla de responsabilidad estricta, ya que genera los incentivos necesarios al Estado de tomar todas las precauciones posibles al saber que siempre responderá por los daños causados a los pacientes. Por su parte el particular se sabrá siempre compensado, lo que, en este tipo de actividad no genera ningún tipo de incentivo perverso ya que el particular no puede influir en la probabilidad de que ocurra el daño.

De lo expuesto se concluye que la SCJN matiza la responsabilidad objetiva estricta, generando una responsabilidad objetiva limitada, y establece las bases para eliminar los incentivos perversos generados por una regla de responsabilidad estricta, al lograr que tanto el Estado como los particulares tomen precauciones al momento de realizar sus actividades.

Al respecto, resulta conveniente destacar que serán los creadores de las normas de responsabilidad patrimonial particulares (en la mayor parte de los casos los congresos locales) los que deberán fijar los estándares de actuación de la administración pública con base en el tipo de actividad regulada. De esta forma, al regularse aquellas actividades del Estado catalogadas como unilaterales se deberá optar por una regla de responsabilidad estricta, estableciéndose un estándar de

actuación mínimo, y al regularse aquellas actividades del Estado catalogadas como bilaterales se deberá optar por una regla de responsabilidad limitada, estableciéndose un estándar de actuación medio o alto para el Estado.

De lo expuesto se concluye que los órganos encargados de legislar en particular la responsabilidad patrimonial del Estado se enfrentan a un gran reto, debiendo tomar en cuenta al momento de legislar, además de lo ya apuntado, 1) el costo que implica para el Estado sujetarse al estándar de actuación impuesto a través de la norma (Miceli, Thomas J. and Segerson, Kathleen: 1995, 190), 2) el monto que debe ser compensado (Miceli, Thomas J. and Segerson, Kathleen: 1994, 750), y 3) la determinación de actuaciones negligentes (Miceli, Thomas J.: 1996, 249-64), temas en los que el análisis económico del derecho también ha hecho grandes aportaciones.

Conclusiones

La nueva interpretación de la SCJN de los alcances del segundo párrafo del artículo 113 constitucional resulta afortunada al incorporar los parámetros para la eliminación de los incentivos perversos provocados por una responsabilidad objetiva estricta. Se concluye que la SCJN supone la existencia de accidentes unilaterales y de accidentes bilaterales, y con el objeto de eliminar incentivos perversos hacia los particulares (víctimas), en los casos de accidentes bilaterales, establece las bases de una responsabilidad objetiva limitada que estará regulada en la legislación secundaria mediante la incorporación de parámetros claros que permitan determinar cuándo la actividad administrativa es irregular.

Esta interpretación establece las bases para la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado a través de estándares de actuar que permitirán la minimización de los costos sociales generados por la actividad del Estado. Es por esto que los legisladores, que serán los sujetos facultados para fijar estos estándares de actuar del Estado, deberán tomar en cuenta este criterio y ajustarse al mismo, ya que establece las bases para la creación de una normativa eficiente que permite lograr las conductas deseadas en los sujetos receptores de la norma (tanto en el Estado como en los particulares).

Debe también tenerse cuidado de no generar para la administración pública incentivos perversos que la lleven a destinar una gran cantidad de recursos a reparar daños causados por su actuación, en lugar de dedicarlos a un desempeño eficiente del servicio público que evite, precisamente, causar esos daños a la sociedad. Toda administración pública enfrenta el reto de asignar sus recursos limitados a aquellas acciones que repercutan en un mayor beneficio para la colectividad.

Ahora bien, lo anterior no pretende eliminar de tajo la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, sino simplemente llevar a la consideración de la reglamentación en la materia dicha problemática, incorporando las herramientas del modelo de los ilícitos culposos anteriormente explicado. En este aspecto sería interesante retomar el concepto de estándares generalizados del desempeño de la administración pública (responsabilidad limitada), como mecanismos que en las nuevas leyes de la materia permitan establecer parámetros reales para medir los actos administrativos irregulares y determinar las compensaciones correspondientes, de tal manera que se logre, en la

medida de lo posible, el siempre difícil equilibrio entre medidas que beneficien a unos cuantos y el bien común.

Otro elemento que debe considerarse al legislar sobre esta materia es la necesidad de un mecanismo efectivo de control de funcionarios por parte del Estado, ya que como se planteó en este documento, es la base del sistema de responsabilidad patrimonial con estándares de actuación.

Por último, resulta relevante destacar la importancia de la interpretación constitucional, puesto que lo que se ha determinado es que serán los legisladores los encargados de fijar los estándares de actuar de la administración pública a través de las normas que emitan, y son ellos los que deberán tomar en cuenta el tipo de actividad que regulan para poder establecer el estándar correcto de actuar del Estado, a fin de acotar con claridad la responsabilidad objetiva. Asimismo, como se expuso anteriormente, el reto supone además tomar en cuenta al momento de legislar, el costo que implica para el Estado sujetarse al estándar de actuación impuesto a través de la norma, el monto que debe ser compensado y la determinación de actuaciones negligentes.

Ello en virtud de que un esquema de responsabilidad objetiva pura implica por un lado enormes costos para el Estado, y por el otro evita que el particular se conduzca con un deber de cuidado mínimo, ambas circunstancias podrían provocar incentivos perversos que no sólo no resultarían en mejoras en los servicios públicos, sino podrían generar enormes gastos para el Estado.

Nada más pernicioso para un Estado que poseer normas constitucionales que si bien fueron creadas con buenas intenciones resulten en letra muerta; la SCJN

ha dado ya la pauta de cómo lograr un sistema de responsabilidad objetiva, eficiente y eficaz. Ahora corresponde a los legisladores plasmarlo en las normas secundarias y hacerlo una realidad para todos los mexicanos, de tal manera que la próxima vez que dañe su auto en un bache o sufra por la negligencia de un médico del sector público, el Estado en verdad responda.

Bibliografía

- Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 28 de enero de 2008.
- Código Financiero para el Distrito Federal 2004 en www.normateca.gob.mx
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Dictamen de la Cámara de Senadores reforma al artículo 113 constitucional citada en versión estenográfica de la SCJN de sesión del 29 de enero 2008, a.
- Dictamen de la Cámara de Diputados reforma al artículo 113 constitucional. La versión estenográfica de las fechas 28 y 29 de enero y 7 de febrero de 2008 del asunto 4/2004 del pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, b.
- La versión estenográfica de las fechas 28 y 29 de enero y 7 de febrero de 2008 del asunto 4/2004 del pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, a.
- Castro Estrada, Álvaro. 2002. *Nueva garantía constitucional, la responsabilidad patrimonial del Estado*. Porrúa, México.

- Cooter , Robert y Thomas Ulen. 1997. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Friedman, David D. 2000. *Law's Order*. Princeton University Press, United States of America.
- Marín González, Juan Carlos. 2004. *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa: 57-59.
- Miceli, Thomas J. 2004. *The Economic Approach to Law*. Stanford University Press, California.
- Miceli, Thomas J. 1996. Cause-in-Fact, Proximate Cause, and the Hand Rule: Extending Grady's Positive Economic Theory of Negligence. *International Review of law and economics* 3: 249-64.
- Miceli, Thomas J.; Segerson, Kathleen. 1995a. Defining efficient care: The Role of Income Distribution. *The Journal of Legal Studies* 24:189-208.
- _____ 1994b. Regulatory takings: when should compensation be paid. *The Journal of Legal Studies* 23: 749-776.
- Schäfer, Hans-Bernd and Claus Ott. 2004. *The Economic Analysis of Civil Law*. Edward Elgar, United States of America.
- Steven Shavell.1980a. Strict Liability versus Negligence. *Journal of Legal Studies* 9:1-25.
- _____ 1980b. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the law of Torts. *Journal of Legal Studies* 9: 466 a 516.
- Mir Puigpelat, Oriol. 2002. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas, Madrid.

Los nuevos horizontes de la Justicia Penal Mexicana*

*José de Jesús Gudiño Pelayo***

En el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008 se publicó la reforma a 10 preceptos constitucionales: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123.

En la difusión pública se le nombró “Reforma judicial”; sin embargo, es más apropiado identificarla como la “Reforma penal”, porque ni se refiere a todo el Poder Judicial (sólo se ocupa de una de las materias del derecho en la que éste interviene: la penal), ni en exclusiva al Poder Judicial (incluye áreas en las que interviene el Poder Ejecutivo: la seguridad pública y la averiguación previa, a cargo de las Secretarías de Seguridad Pública y de las Procuradurías de Justicia, y la ejecución de las penas, encomendada a organismos dependientes de las secretarías de gobierno).

También se ha dicho que por ella se instituyen los “juicios orales” en México. Sin duda alguna, ese eslogan ha redituado a los medios masivos de comunicación: el interés que se generó es tan inusual que ha trascendido de los círculos jurídicos especializados a la sociedad en general.

* Conferencia pronunciada en el marco del ciclo de conferencias sobre *Juicios Orales*, que se llevó a cabo en la sala de juntas del estado mayor de la Secretaría de la Defensa Nacional, el 25 de Agosto de 2009, en México, Distrito Federal. Asimismo, agradezco al Magistrado Juan José Olvera López, por su apoyo en la elaboración de este documento.

** Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Digamos, pues, que ese título le sienta bien para despertar el interés de toda la ciudadanía cuyo conocimiento político y jurídico en buena medida lo obtienen de los noticieros.

Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones, al margen de lo que pueda decirse en la *vox populi*.

La primera de ellas y, sin duda la más relevante, es que estamos ante un cambio de paradigma, ante una auténtica revolución. En efecto, esta reforma, por su extensión, implicaciones y expectativas, bien o mal generadas, constituye una revolución en el terreno del derecho penal en México.

Es el cambio con mayores implicaciones desde que se secularizó el proceso penal; en ese momento histórico, el sistema penal transitó del sistema inquisitorio al acusatorio y se depositó en el Estado toda la responsabilidad de la impartición de justicia. De ese entonces a la fecha, lo que ha ocurrido es que, dentro de esa vertiente de manera gradual, se depuraron los principios que tienden a hacer efectivo el sistema acusatorio, como la existencia de un juez imparcial y autónomo, es decir, extraído de una esfera de poder diferente a la del acusador, la presunción de inocencia y la búsqueda de la verdad, pero no como un fin en sí mismo, exclusivo y excluyente, sino gobernado por otros principios, que en el actual proceso penal acusatorio se engloban en lo que hoy se entiende como el “*debido proceso*”, entre los que destacan:

- No autoincriminación.
- Proscripción de la violencia para, a través de ella, extraer declaraciones.
- Audiencia.
- Defensa plena.

- Oportunidad probatoria.
- Impugnación.

Si nuestro actual sistema ya se cataloga como acusatorio y está regulado por lo que denominamos *debido proceso*, ¿de qué hago depender la idea de que con esta reforma estamos ante un cambio revolucionario? ¿Cuáles son los paradigmas que cambian?

Thomas S. Kuhn, en su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, entiende por revolución científica:

*“[...] aquellos episodios de desarrollo no acumulativo en que un antiguo paradigma es reemplazado, completamente o en parte, por otro nuevo e incompatible”.*¹

Por paradigma: “[...] realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica.”²

Además, este autor establece un paralelismo entre las revoluciones científicas y las políticas:

Las revoluciones políticas se inician por medio de un sentimiento, cada vez mayor, restringido frecuentemente a una fracción de la comunidad política, de que las instituciones existentes han cesado de satisfacer adecuadamente los problemas planteados por el medio ambiente que han contribuido en parte a crear [...] Tanto en el desarrollo político como el científico, el sentimiento de mal funcionamiento que puede conducir a la crisis es un requisito

¹ Kuhn, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. 3ª ed., Trad. Carlos Solís. Fondo de Cultura Económica. México, 2006, pág. 186.

² *Ibidem*, pág. 70.

*previo para la revolución. Además, aunque ello claramente fuerza a la metáfora, este paralelismo es no sólo válido para los principales cambios de paradigmas [...] sino también para los mucho más pequeños.*³

A partir de estas ideas, entiendo por paradigmas jurídicos:

- Al conjunto de ideas, doctrinas, creencias y percepciones de la realidad, que en lo fundamental determinan la legitimidad, el diseño, la estructura y el contenido de las instituciones y prácticas jurídicas, las cuales, como las científicas, durante cierto tiempo se admiten universalmente, y proporcionan modelos de problemas y soluciones a determinada comunidad política.

Por ello, afirmo que estamos ante la presencia de una revolución en el campo del proceso penal por una afectación de los paradigmas bajo los cuales han operado.

En principio, la crisis de legitimidad del sistema penal aún vigente está a la vista; el sentimiento de que ya no satisface a la sociedad es generalizado, ofendido e inculpado no encuentran en él satisfacción a sus reclamos; el ofendido sufre con el delito y sufre al ser sometido a un proceso que poco esclarece y menos le garantiza reparación del daño sufrido. El inculpado, por su parte, en una proporción mayor a la aceptable estima que fue condenado injustamente y, peor aún, que fue sometido a cumplir su inmerecida pena en condiciones inhumanas. Incluso quienes lo operan (ministerios públicos y jueces), más que causantes se sienten también víctimas de este viciado sistema.

³ *Ibidem*, pág. 186.

Sin embargo, si este sistema ya es acusatorio y se gobierna por las reglas del debido proceso, ¿dónde están las causas de su desprestigio?

Hagamos un recuento. Los “juicios orales” ya existen en México, por lo menos, desde la perspectiva del diseño legal e institucional (que es lo que esta reforma ofrece, nada más); que no funcionen como tales es otra cosa, es un problema de operación. La oralidad es, desde hace mucho tiempo, un principio fundamental en los juicios penales, como también lo son la publicidad,⁴ la inmediación,⁵ la contradicción⁶ y el principio acusatorio.⁷

⁴ Artículo 86, párrafo primero, del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP): “*las audiencias serán públicas*”; artículo 89, párrafos primero y tercero: “*Durante la audiencia el inculpado podrá comunicarse con sus defensores, pero no con el público... Si alguna persona del público se comunica o intenta comunicarse con el inculpado, será retirada de la audiencia [...]*”.

⁵ Artículo 1º, párrafo primero, fracción III, del CFPP: “*El presente Código comprende los siguientes procedimientos: [...] III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste*”; artículo 16, párrafos primero y tercero: “*El Juez, el Ministerio Público y la Policía Judicial Federal estarán acompañados, en las diligencias que practiquen, de sus secretarios, si los tuvieran, o de dos testigos de asistencia, que darán fe de todo lo que en ellas pase [...] En el proceso, los tribunales presidirán los actos de prueba y recibirán, por sí mismos, las declaraciones*”; artículo 207: “*La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa [...]*”; artículo 208: “*Es materia de inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto. La inspección debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público o, en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso [...]*”.

⁶ Artículo 86 del CFPP: “*Las audiencias serán públicas y en ellas el inculpado podrá defenderse por sí mismo o por su defensor. El Ministerio Público podrá replicar cuantas veces quisiere, pudiendo la defensa contestar en cada caso. Si el acusado tuviere varios defensores, no se oirá más que a uno de ellos cada vez que toque hablar a la defensa. Cuando intervinieren varios agentes del Ministerio Público, sólo se oirá a uno de ellos cada vez que corresponda*

Se incorpora la “concentración”, que consiste en que todo el juicio penal se desarrollará en una sola sesión: pruebas, alegatos y sentencia (para suplantar así el diseño procedimental tradicional, que destinaba para cada una de esas etapas fases procesales diferentes y sucesivas cronológicamente, que se traducían en meses de trámite). Adviértase que ésa es una novedad sólo para los juicios penales, no para todo el sistema jurídico mexicano, pues no debe olvidarse que en México ya son de ese tipo el juicio de amparo, el juicio laboral y el juicio agrario.

Vale la pena reflexionar si esa calidad ha servido para agilizar la justicia en esos ámbitos, que es el objeto de ese principio y que el llamado Constituyente Permanente promete lograr en materia penal.

intervenir al Ministerio Público”; artículo 90: “Antes de cerrarse el debate, el funcionario que presida la audiencia preguntará al inculcado si quiere hacer uso de la palabra, concediéndosela en caso afirmativo”.

⁷ Artículo 134, párrafo primero, del CFPP: “En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea”; artículo 291: “Cerrada la instrucción, se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule conclusiones por escrito[...] Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que el Ministerio Público haya presentado conclusiones, el juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador General de la República acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles[...] Si transcurren los plazos a que alude el párrafo anterior, sin que se formulen las conclusiones, el juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad y se sobreseerá el proceso”; artículo 292: “El Ministerio Público, al formular sus conclusiones, hará una exposición breve de los hechos y de las circunstancias peculiares del procesado; propondrá las cuestiones de derecho que se presenten; y citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables. Dichas conclusiones deberán precisar si hay o no lugar a acusación”.

De igual manera, se ha dicho que con este nuevo diseño procedimental de la justicia penal se asegura un régimen de corte garantista. Sin embargo, hay ciertos “aspectos” de la reforma que me dificultan salir en su defensa:

1. En la fase de investigación, la presencia del juez de control no acaba por desplazar al Ministerio Público en su carácter de autoridad.
2. En la investigación de los delitos se implementa el criterio de oportunidad, que implica que, ante la falta de capacidad o por estrategia, el Ministerio Público puede optar por sólo perseguir aquellos delitos de mayor entidad, y por ello dejar de investigar los que estime de menor importancia.
3. Se relajan los requisitos para librar una orden de aprehensión y el dictado del auto de vinculación a proceso.
4. Se elimina la posibilidad de que el inculcado se defienda por sí mismo o por persona de su confianza.
5. Se adopta el sistema de libre valoración de la prueba, es decir, sin referente legislativo sobre los requisitos a satisfacer para reconocerle el carácter de prueba y sin referente tarifario alguno para asignarle valor.
6. Se acude a la negociación de la pena, que si bien ya existía, sólo aplicaba para delincuencia organizada y no tenía asiento constitucional; sobre la que cabe decir que por encima de la búsqueda de la verdad (como sustento de una condena) privilegia una pronta solución del caso, y que se plantea como alternativa de condena automática sustentada en el reconocimiento de responsabilidad.

7. Se implementa la figura de la extinción de dominio, que posibilita la pérdida de propiedad de los bienes vinculados de diversas maneras, con el delito, y aunque está sujeto a procedimiento judicial no presupone aseguramiento ni declaratoria de responsabilidad penal de las personas relacionadas con ellos.

En cambio, **en virtud de la reforma se introducen tres cambios en los paradigmas que han regido el proceso penal:**

1. Se transita del juicio, como único medio para la solución de la conflictiva penal, a la creación de toda una gama de medios alternos al juicio y la reducción de éste a última y excepcional opción.
2. Se abandona el principio de no incriminación para dar paso a la autoincriminación. Éste, sin duda, es el cambio paradigmático más importante.
3. Se sustituye la escritura, en su doble vertiente de respaldo de las actuaciones y de medio de comunicación entre juez y partes, por la oralidad. Éste es el cambio que, si bien es de suma trascendencia, en comparación con los dos referidos antes, es el de menor envergadura, pese a que ha sido el más publicitado.

Enseguida expongo de manera sucinta esos tres cambios paradigmáticos.

Primer cambio de paradigma. De la exclusividad del juicio a la alternatividad de medios para resolver la conflictiva penal

El juicio, como vía exclusiva para la solución de la conflictiva penal, hoy es manifiesto que resulta insuficiente.

Es una realidad difícil de cuestionar que no todos los delitos se denuncian, que no todos los delitos denunciados son llevados a juicio ni, por último, que todos los delitos llevados a juicio culminan con una decisión aceptable en el aspecto social. Las percepciones sociales pueden ser falibles, más cuando son sujetas a una constante exposición a la información mediatizada, pero incluso entre muchos de quienes toman parte en la tarea de investigar, perseguir y juzgar, existe un sentimiento de insatisfacción sobre la capacidad del juicio para resolver de manera satisfactoria la demanda de justicia, a grado tal que algunos de los juzgadores pueden considerarse rehenes del sistema establecido y con frecuencia explicar el descrédito social de la impartición de justicia, no sin razón, a partir de las deficiencias sistémicas.

De acuerdo con las citadas expresiones de Kuhn, ante ese sentimiento de que, *“las instituciones existentes han cesado de satisfacer adecuadamente los problemas planteados por el medio ambiente que han contribuido en parte a crear”*, se optó por cambiar el paradigma, por dejar de concebir al juicio penal como el único camino posible para canalizar la demanda social de justicia, y, en lugar de ello, optar por instrumentos alternativos que tengan la capacidad de dar cabida a la persecución de todos los delitos, y como el juicio era insuficiente incluso para unos cuantos, el nuevo diseño apuesta por la coexistencia de varios caminos alternativos.

De esta manera, en el artículo 17 constitucional reformado se ha establecido que:

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

En consecuencia, se replantea la naturaleza constitucional del juicio, que aún es un derecho, pero ahora es optativo, es un medio más entre otros contemplados por la legislación adjetiva penal. Lo cual también implica que el juicio, si bien ha sido un derecho, en cierta forma, dejó de ser una obligación: no todos los asuntos deben pasar por el periplo del juicio.

En ese sentido, algunas entidades federativas ya adoptaron diversos medios alternativos de justicia, como son los casos de:

1. Chihuahua, a través de criterio de oportunidad, acuerdos reparatorios (conciliación y mediación), suspensión del proceso a prueba y procedimiento abreviado.
2. Nuevo León, con el procedimiento abreviado, suspensión del procedimiento a prueba, conciliación y mediación;
3. Oaxaca, mediante conciliación, criterio de oportunidad, suspensión del proceso a prueba y procedimientos abreviados.
4. Estado de México, con el procedimiento abreviado y el acuerdo conciliatorio.

Por tanto, me atrevo a sostener que lo en verdad novedoso, y que, por ello, hace especial a esta reforma, es la *introducción de la justicia alternativa*, de manera más concreta, la negociación de la pena, pues muy pronto

se verá que para el éxito de los juicios orales debe asegurarse con antelación el éxito de estas alternativas de solución; se requeriría que nueve de cada 10 asuntos se resuelvan por estas vías y sólo uno sea llevado a “juicio oral” para que el sistema no se colapse por rezago, como muestran experiencias internacionales al respecto.

Así las cosas, la alternatividad de los medios de solución de la problemática penal, en detrimento de la exclusividad del juicio, es un terreno nunca antes transitado por el sistema procesal penal. Ése es el cambio inédito.

El nuevo sistema busca generalizar la administración de justicia, pero no el juicio; éste seguirá restringido, aunque no, como ahora, por cuestiones adversas derivadas de la dinámica institucional y la realidad social que lo excluyen del alcance de un sector importante de la población, sino que, según lo planteado por la reforma, los casos no llevados a juicio serán resueltos por otros medios diversos a éste.

El reto, entonces, será evitar que al común de los ciudadanos se termine por obligarlos a ir por la justicia “*alternativa*”, que siempre, aunque mínima, garantiza sanción y que el juicio termine por ser el camino para los menos, como inculpadados u ofendidos, por cuestiones diversas a las estrictamente procesales.

En íntima vinculación con este primer cambio de paradigma, se encuentra el segundo, que a continuación explico.

Segundo cambio de paradigma. Del principio de la no incriminación a la autoincriminación

Este cambio es la base fundamental y el presupuesto necesario de toda la reforma al sistema de justicia penal. No tengo la menor duda de ello.

La relación que tiene con el primer cambio de paradigma estriba en que para que sea posible aplicar algún medio alternativo de justicia, es necesario que en primer término el imputado reconozca su culpabilidad, o sea, que se autoincrimine, como se desprende de la nueva fracción VII del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, cuando señala, en la parte que interesa, que:

[...] si el imputado reconoce ante al autoridad judicial, voluntariamente y con el conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad.

Como se recordará, con anterioridad en este artículo 20, apartado A, fracción III, se establecía, dentro de las garantías del inculcado:

No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

Si se analizan con detenimiento ambos textos, se advertirá que no son incompatibles entre sí; de ahí que yo no afirme que en virtud de la reforma se haya suprimido el principio de no incriminación, ya que en ambos textos se privilegia la libertad de la voluntad del inculpado para declarar sobre su culpabilidad, en un sentido o en otro, pues lo que en la redacción constitucional anterior se expresaba en términos de prohibición de coacción física y psicológica, ahora se requiere en términos positivos que el inculpado reconozca en forma voluntaria y con el conocimiento de sus consecuencias, su culpabilidad ante la autoridad judicial. Sin soslayar que una prohibición análoga a la del texto anterior se desprende del texto de la nueva fracción IX de ese mismo apartado A, cuando dice que: *“Cualquier prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales será nula”*.

En consecuencia, repito, el cambio de paradigma no estriba en la supresión del principio de no incriminación, que persiste en la Norma Fundamental, sino en la función y la trascendencia que la autoincriminación adquiere en el nuevo sistema **procesal** penal.

En efecto, en virtud de la ineficacia de las disposiciones de la Constitución de 1857, el constituyente de 1916-1917 enfatizó la prohibición de prácticas tendientes a la autoincriminación, como se desprende de la exposición de motivos del artículo 20 a cargo de Venustiano Carranza, en el sentido de que:

Conocidas son de ustedes, señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas y en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar

*a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia en los calabozos inmundos, en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida.*⁸

El sentido de esa prohibición persiste en nuestros días, la variación en la concepción de la autoincriminación no apunta a variarlo. El cambio de concepción, de paradigma, estriba en la función que la autoincriminación genera en el proceso penal, pues como ya se expresó, de la aceptación de la culpabilidad estriba la procedencia de los medios alternativos de justicia.

En la actualidad, en virtud de las no siempre confiables circunstancias en que se obtiene la confesión inculpativa, ésta tiene el carácter de indicio en el proceso penal, ahora de ella dependerá la pertinencia o no del juicio de éste. Ése es el gran cambio.

Sin eludir que, si bien el país registra progresos indudables en la materia del respeto de los derechos fundamentales del inculcado y del actuar institucional, aún persiste, lamentable la percepción de que aquéllos no siempre son respetados y de que la confesión no siempre es espontánea; de ahí que todavía sea necesario atender a la prevención de no coaccionar la libertad de inculcado para que se autoincrimine, ni que la autoridad correspondiente busque obtener esa declaración como sea, a costa de tales derechos o del abaratamiento de las penas, que en forma eventual se traduce en una injusticia para la víctima o el ofendido.

⁸ Véase, <http://sij02/LeyesFederales/Default.htm>, 17 de agosto de 2009.

Otro aspecto a destacar de este cambio de paradigma estriba en el riesgo de que el sistema procesal penal deje de buscar la verdad de los hechos y la justicia que les corresponde, y se concentre en la obtención de la autoincriminación como medio para “impartir justicia”.

Cuestión que no es menor, pues reitero, de que los medios alternativos de justicia concentren un porcentaje mayúsculo de los casos penales (nueve de cada 10) depende la viabilidad del sistema en su conjunto, pues un número elevado de casos sometidos a juicio oral acarreará un rezago, incluso mayor que el actual, que redundará en la pérdida de confianza en el nuevo sistema.

Es indispensable garantizar que, a la vez que se generen los mecanismos para que se presente ese alto porcentaje de aceptación, si no de la culpa, por lo menos de la participación en los hechos, una eventual “*presión por sacar el número*” se traduzca en la desviación de la finalidad de los medios alternativos de justicia, que deben ser fuertes para que el juicio oral también lo sea.

En ese sentido, esta fuerza de los juicios orales en los que, sobre la base de investigaciones y acusaciones adecuadas, se impongan sentencias ejemplares, fungirá como cauce natural para que todo aquel asunto en que existan pruebas incriminatorias de que el imputado cometió un delito que por sus características (no grave, por ejemplo) pueda ser objeto de algún mecanismo alternativo de justicia, se resuelva en esta forma y no mediante el juicio oral, dentro del que, con toda probabilidad, resultaría condenado.

Así, la correlación entre juicios orales y mecanismos alternativos de justicia es el verdadero pilar que sustenta el sistema de justicia oral en materia penal, sólo con mecanismos serios y efectivos podrán tenerse

juicios fuertes, y sólo mediante juicios fuertes se preferirá de manera natural a la justicia alternativa.

Insisto, una inadecuada implementación de los mecanismos de justicia alternativa puede debilitar a los juicios orales y al sistema penal, porque si mediante prácticas de presión indebida (por ejemplo, amenaza de incrementar delitos por los que se acusara), abaratamiento de las penas (acusar por un delito menor del cometido o prometer la imposición de una pena inferior a la mínima prevista para el delito de que se trate), o recursos para lograr la condena de imputados cuya culpabilidad no está acreditada (por ejemplo, por defecto o insuficiencia en la investigación), se evita que los asuntos se sometan a juicio, se tratará de un sistema abocado a que la opinión pública desconfíe de él, porque será un sistema que se preocupará más de conseguir llegar a un acuerdo, sea como sea, que por determinar lo que el acusado en efecto hizo o el castigo apropiado al delito.

No basta la simple interacción de juicios orales y mecanismos de justicia alternativa para la viabilidad del sistema penal, sino se requiere que entre ambos exista un delicado equilibrio que mantenga en funcionamiento al sistema penal. Ahí radica el reto mayor que este nuevo sistema nos presenta, y es momento propicio para buscar, encontrar y proponer medidas que garanticen ese adecuado funcionamiento.

Tercer cambio de paradigma. De la escritura a la oralidad como medio de respaldo y de comunicación

Como ya señalé, se multiplican las posibilidades de cauce y solución de la conflictiva penal, con lo cual el juicio penal debe adquirir un carácter extraordinario. Sin embargo, aun con los mecanismos alternativos de justicia, que supondrían una reducción en el tiempo y carga para el desahogo de los juicios escritos, también se ha considerado transformar, en sí mismo, el juicio penal, mediante la introducción de la oralidad en lugar de la escritura.

Si bien la oralidad no es nueva en el derecho mexicano en general, ni en el penal en particular, la envergadura de este cambio hace que para el proceso punitivo adquiera un carácter de punto y aparte.

En consecuencia, cabe preguntarse por la motivación de este cambio, y pueden ser múltiples las alternativas de respuesta, aun cuando muchos de los puntos de coincidencia estriban en la percepción, o para retomar a Kuhn, el sentimiento de que el sistema escrito conlleva cualidades negativas como la dilación, el rezago, incluso el legalismo. Así las cosas, pese a que podría ser conveniente reflexionar sobre si con los medios alternativos de justicia es factible la desaparición de esa percepción sobre el juicio escrito, ello no tendría mayor caso, pues la reforma ya está y lo importante es analizar cómo obtener de ella el mejor rendimiento para el cumplimiento efectivo de sus fines.

Así las cosas, la dimensión que adquiere la oralidad en el juicio penal, en detrimento de la escritura, plantea un cambio de paradigma, pues implica un cambio significativo:

- Sobre el modo en que se actúa en particular en cada acto del juicio.
- En la dinámica del juicio en su conjunto.
- Y en consecuencia, en la manera en que se deja registro de esas actuaciones.

De modo adicional, la oralidad plantea no sólo el mecanismo mediante el cual se expresan las actuaciones jurídicas en el proceso, sino los presupuestos mismos de esas actuaciones, pues, aunque parezca extraño, no es lo mismo *pensar para escribir*, que *pensar para hablar*, y menos aún ante la potencial situación estresante de tener que actuar mediante la palabra hablada en un juicio en el que están en juego valores de la mayor importancia; en ese sentido, no todos los efectos y recursos que cada día empleamos los abogados impuestos en la tradición escrita pueden incorporarse al uso de la expresión hablada; de ahí que, tal vez, sea necesario redescubrir o, por lo menos, desempolvar el arte de la retórica judicial, a la vez que cuidarnos de sus hechizos para ser capaces de descubrir la verdad entre las alocuciones más sutiles.

Por otra parte, es conveniente destacar que la necesidad de contar con un soporte material que sea un registro fidedigno ha sido una preocupación constante, milenaria. Lo es para el caso del “*juicio escrito*”, y lo será para el “*juicio oral*”.

Por fortuna, las nuevas tecnologías nos permiten aplicar sus herramientas para cumplir ese propósito en el caso de los juicios orales.

Sin embargo, hay cuestiones que debemos contemplar de antemano, como la que se refiere a la previsión de que los distintos tomadores de decisiones en la implementación de la reforma deben mostrar para disponer y aplicar los recursos humanos, materiales y

organizativos necesarios para que en efecto se esté en posibilidad de respaldar las actuaciones y decisiones recaídas en el juicio oral, lo cual no es poca cosa, si consideramos que, incluso en el presente, pueden surgir problemas de abasto sobre cosas tan elementales como papel o máquinas de escribir o computadoras, por no mencionar otros tipos de insumos que se requerirían, como cintas magnetofónicas, de vídeo, grabadoras, videograbadoras, cassettes, aparatos para su reproducción, o memorias para almacenar los archivos electrónicos, el espacio físico con las condiciones adecuadas para conservar esos soportes... y, en fin, un largo etcétera.

Sin rehuir que será necesario prever las adecuaciones imprescindibles en materia de transparencia y acceso a la información contenida en esos medios auditivos o audiovisuales, por ejemplo, es imperioso analizar cuál es el mecanismo adecuado para realizar versiones públicas del juicio.

Además, como adelantaba, la oralidad demanda adquirir, actualizar o ejercitar, según sea el caso, habilidades con que el juzgador penal tal vez no esté familiarizado en el ejercicio propio de su función.

En consecuencia, el nuevo esquema requiere de juzgadores con capacidades especiales para hablar en público y argumentar en forma oral sobre hechos y derecho, así como decidir de inmediato, y evitar con ello tomar una resolución que, apresurada o fruto de la presión de la circunstancia, sea deficiente; en el entendido de que esa **no** decisión debe ser algo excepcional, pues el juzgador debe contar con la capacidad de en el acto, adoptar la mayoría de las decisiones.

Además, a partir de la necesidad de que el juzgador aprecie de manera directa, de que se involucre

vivencialmente con el proceso, de que aprecie las reacciones de los testigos y demás aspectos puestos a su consideración a través de la palabra hablada, tal vez sea necesario explorar la posibilidad de capacitar a los juzgadores en el conocimiento y manejo de técnicas que les permitan valorar esas reacciones, como las que derivan del estudio del lenguaje corporal.

Por otro lado, al hablar del terreno probatorio, en los últimos tiempos la prueba angular de los sistemas con “*juicio escrito*” es la documental; para los “*juicios orales*” es la testimonial. Por esa razón, en los sistemas con este tipo de juicios se ha puesto especial cuidado en la reglamentación encaminada a la obtención y desahogo del testimonio.

Enfocados en el desahogo y sobre la base de que el interrogatorio es una constante, vale la pena preguntarse: ¿el testigo puede declarar con plena libertad? Si declara así, ¿lo hace al inicio o hasta después de ser interrogado? Quién interroga, ¿sólo las partes o también el juez? Si el juez puede interrogar, ¿en qué momento lo puede hacer: antes que las partes, de manera intercalada con el interrogatorio de las partes o después de las partes? ¿Se autorizará formular preguntas con respuesta cerrada o deberán ser necesariamente para una respuesta abierta?, etcétera.

Sobre lo anterior, existen elementos a considerar en el derecho comparado, como son los de países como Holanda, Alemania, Noruega, Alemania, Chile y los Estados Unidos de América.⁹

⁹ En relación con los primeros cuatro países, véase, Pizzi, William T. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Tecnos, Trad. Carlos Hidalgo Gallardo. Madrid, España, 2004, págs. 123-139; sobre el país restante, Baytelman, A., et al., *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales. Santiago, 2004, págs. 47-48.

Todas estas cuestiones merecerán una atención muy cuidadosa, que, espero, sea el resultado de un amplio y participativo debate de los expertos, los involucrados y los interesados.

Lo antes dicho ha sido en referencia a los que estimo son cambios de tal magnitud que entrañan verdaderos cambios trascendentales a la manera en que hasta ahora hemos entendido la impartición de justicia penal, lo cual no significa que sean los únicos, ni que con esta exposición pretenda comprenderlos todos, ¡faltaba mas!

Sin embargo, hay otros aspectos sobre los que no desaprovechar la oportunidad para expresar algunas reflexiones al respecto.

1. Se establece un régimen de excepción para la delincuencia organizada

Se ha señalado que, en virtud de la reforma, se establece una justicia para unos delitos y otra para el resto. Es cierto por lo que hace a aquellos derivados de la delincuencia organizada.

En efecto, para el caso de la delincuencia organizada, se plantea la imposición de medidas más duras que para el resto de delitos, tales como:

- Prisión preventiva automática.
- Arraigo.
- Reserva de información.
- Centros especiales.
- Prisión distante de su domicilio, etcétera.

Se ha criticado el sistema con el argumento de que trastoca varios principios que deben contener las constituciones, como el de igualdad; sin embargo, a

reserva de debatir sobre si en realidad se trastocan o no, la magnitud revolucionaria de la reforma nos obliga a anteponer el cuestionamiento de si lo debido, y lo necesario, es que exista un solo proceso penal.

En ese sentido, es conveniente recordar lo expresado por William T. Pizzi sobre el sistema de justicia norteamericano:

Como en la mayoría de los países occidentales, en los Estados Unidos tenemos un elevado índice de criminalidad, y sin embargo, tenemos un único modelo de juicio para todos los delitos, sea cual sea su gravedad, que resulta increíblemente caro y difícil de gestionar. ¿Hasta qué punto puede justificarse ese gasto? ¿Es necesario contar con Tribunales de Jurado y por tanto tener que realizar los complejos procesos de selección de sus miembros en todos y cada uno de los procesos penales? En la mayoría de los países existen dos o tres tipos de proceso penal. Deberíamos plantearnos la posibilidad de paneles mixtos o de algún procedimiento más simple –en el que también interviniesen ciudadanos ordinarios– para los delitos menos graves.¹⁰

En este orden de ideas, cabe cuestionarnos si ante la lamentable situación en la que se encuentra la seguridad pública nacional por la delincuencia en general y en particular la derivada del crimen organizado, a la par de las medidas que se toman en cuestión de política

¹⁰ Pizzi, William T., *ob. cit.*, pág. 248.

criminal, también es necesario que la asimilación que hace de ese fenómeno el sistema de impartición de justicia se adapte a las características particulares que esta lamentable realidad social impone.

2. Carácter escalonado de la vigencia del nuevo sistema

Si bien el artículo primero transitorio de la reforma de 18 de junio de 2008 señala que el decreto entraría en vigor al día siguiente, estableció una serie de excepciones para ciertos aspectos particulares de la reforma, que requerirían de mayor tiempo para su implementación.

De tal modo, para el establecimiento del sistema procesal penal acusatorio el llamado Constituyente Permanente estableció que entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, excepción hecha de las entidades federativas que ya lo hayan incorporado, para los cuales el decreto entró en vigor al día siguiente.

También se establece un plazo de tres años para el nuevo sistema de reinserción y para el régimen de duración y modificación de las penas, que entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria sin que ello pueda exceder de tres años.

Lo cual, nos lleva a tomar conciencia de que, para la entrada en operación de cambios de semejante envergadura, sólo faltan poco menos de siete años para el primer caso, y poco menos de dos para el segundo.

3. Es una reforma procesal, pero de tal calado que de modo ineludible impacta en lo sustantivo

Es indudable que la reforma en cuestión se refiere al ámbito procesal de los delitos, pero no es menos cierto

que es de tal envergadura que impacta esferas que van más allá de lo adjetivo.

En efecto, es indispensable cuidar los aspectos tangenciales de esta reforma para que sea exitosa, pues depende de la existencia de un equilibrio, que es delicado.

En particular, es necesario poner atención en cuáles de los fenómenos delictivos deben ser objeto de un juicio oral y cuáles no, pues como ya anoté, estos tipos de juicios, por sus características, no son susceptibles de absorber una alta demanda; es más, debe ser todo lo contrario: los casos que ameriten esta clase de impartición de justicia deben ser los menos; de no ser así, el sistema acumulará un significativo rezago y se volverá inadecuado, en grado igual o mayor de lo que puede decirse del actual sistema “escrito”.

Por tanto, debe trabajarse en una definición, tanto teórica como práctica, de los parámetros aplicables para que los ilícitos no sobrecarguen el sistema y lo hagan inviable, lo cual, inclusive, conllevaría a replantear cierta tendencia en la política criminal que ha privilegiado “*penalizar*” conductas problemáticas para la sociedad en virtud de situaciones coyunturales, o que no ha optado por estrategias integrales para erradicar en forma paulatina esas conductas a través del abatimiento de sus causas sociales.

4. Se rediseña como medio de solución de casos penales

El juicio penal dejará de ser como lo conocemos o, por lo menos, ése debería ser el efecto de la reforma al partir de bases de:

- *Concentración.* Según apuntaba al inicio de esta disertación, bajo el nuevo esquema el juicio penal se desarrollará en una sola audiencia: pruebas, alegatos y

sentencia, en lugar del diseño procedimental tradicional que destina a cada una de esas etapas fases procesales diferentes y sucesivas de manera cronológica.

- *La oralidad*, en los términos antedichos.

- *Inmediatez de la prueba* entre hecho y juicio, pues hasta nuestros días la relación de los hechos y su valoración se desprende de las constancias que obran en los autos, mismas que en muchas ocasiones se recabaron con anterioridad, incluso años, al momento en que por fin las valora el juzgador; esto no puede presentarse en el juicio oral por sus propias características, pues se requiere que se presenten al juez los elementos de convicción existentes en el momento mismo para que dicho juzgador forme su convicción.

- *Inmediación*. Conlleva el establecimiento de un contacto directo y actual entre el juez, las partes, los medios de convicción y la toma de decisiones, de modo tal que se establezca un vínculo vivencial entre los distintos actores y los factores del juicio, y que el punto cohesionador sea la figura del juzgador, quien debe estar en contacto personal con todo el contexto para adoptar una mejor decisión.

- Además, la inmediatez genera otra consecuencia, relativa a que el equipo, el juzgado, se diluye y se concentra en la figura del juez. De cierta manera, éste es el único factor para decidir el juicio; de ahí que sea necesario replantear cuál ha de ser el papel del resto del personal judicial del que dispone el juzgador, pues en realidad la dinámica con que operan los juzgados, y en sí los órganos jurisdiccionales, presupone un “juicio escrito”.

5. Todo el proceso penal se judicializa

Se amplió la presencia del juez a todo el proceso: hay un juez de control desde el inicio de la fase de investigación hasta la preparación del juicio propiamente dicho; hay un juez de juicio, de modo necesario diferente a aquél, y hay un juez de ejecución de penas.

Esta situación conlleva la restricción de la ingerencia del Poder Ejecutivo en el proceso penal, en la medida en que se elimina al Ministerio Público como autoridad en la fase de investigación y se suplanta al Ejecutivo en el seguimiento y toma de decisiones en la ejecución de la penal.

6. El rediseño recursal

Las nuevas características del juicio oral imponen que nos cuestionemos acerca de cuáles de los recursos con que ahora contamos para el proceso penal “*escrito*” pueden continuar su aplicación, y de qué manera, en el *juicio oral*.

En efecto, si hablamos de concentración, oralidad, inmediatez de la prueba y mediación como las bases del nuevo sistema de justicia penal:

- ¿Hasta qué punto es consecuente con la concentración contar con la multiplicidad de recursos hasta hoy previstos, ya sea respecto a cuestiones accesorias, como la valoración de determinada prueba, o principales, como el sentido del fallo?
- ¿Si la oralidad prima en el juicio penal, ¿los recursos que derivan de éste deben también ser orales? ¿Ello es posible? ¿Sería adecuado que fueran escritos?

- ¿Contraría la inmediatez de la prueba que a través de un recurso se decida sobre la misma de manera “mediata”? ¿Se puede conocer en forma no mediata sobre un recurso que verse sobre una prueba, recurso interpuesto ante una autoridad judicial diversa de aquella que ha tomado la decisión combatida?
- En vinculación con lo anterior, ¿es acorde con la mediación que un juez diverso y, de cierta manera, “ajeno” a la relación que se entabla entre el juez, las partes, las pruebas y el juicio decida sobre éste? ¿Qué mecanismos deben implementarse para que ese “juez ajeno” comparta esa mediación?

Como puede advertirse, éstas, y otras más, interrogantes que puedan plantearse son de necesaria respuesta, pues advierto que existe el riesgo de que a medida que no seamos cuidadosos en definir todos estos detalles, y aun aquellos que puedan parecer improbables, en esa misma medida es posible que se generen consecuencias adversas que se constituyan en auténticos “*cuellos de botella*”, o de plano en factores que desvirtúen y hagan inviable la reforma, con lo que se precipitaría su fracaso.

7. Aprovechar la coyuntura para fomentar el desarrollo armónico de otras figuras

Si bien, como ya aseveré, “*La reforma de justicia*” se circunscribe al ámbito de la impartición de justicia y de manera relevante al papel del juez, no por ello debe desatenderse la oportunidad de que, con este cambio de paradigma, también se establezca un punto de inflexión para otros agentes vinculados con el proceso penal.

De tal modo, es necesario recapacitar en la manera en que los “*juicios orales*” redefinen la actuación del

defensor de oficio, para, en función de ello, establecer los mecanismos de capacitación y actualización necesarios para que su labor esté a la altura de las nuevas circunstancias y no sea un factor adverso a la mejor impartición de justicia, que es a lo que aspira la reforma en cuestión.

En ese sentido, al defensor público, incluso al Ministerio Público, también le es aplicable lo anteriormente dicho respecto de las habilidades oratorias y argumentativas con que debe contar el juzgador penal.

De modo adicional, en virtud de todo lo expresado sobre la preponderancia del testimonio en el juicio oral, es necesario estudiar la conveniencia de definir figuras, como el testigo protegido o el testigo encubierto.

Por último, es necesario destacar un último tópico, sin el cual la reforma no puede tener éxito alguno: el factor cultural, respecto al cual creo que es ilustrativo lo manifestado por Carlos Fidalgo Gallardo en el sentido de que:

A diferencia de lo que ocurre con las construcciones arquitectónicas, la constatación de que una construcción levantada por las Ciencias Sociales está en ruinas no se mueve en el plano de las evidencias palmarias, sino que requiere una previa labor de discernimiento, para la cual la claridad del análisis frecuentemente resulta dificultada por las ideologías y por el peso del contexto cultural; es necesaria una cierta perspectiva, sea que el tiempo o la distancia física.¹¹

¹¹ Fidalgo Gallardo, Carlos. Estudio introductorio a la edición española. Pizzi, William T., *ob. cit.*, pág. 21.

De tal modo que es importante la disposición de todos los involucrados en este proceso de transformación, tanto a nivel de paradigmas como respecto al conjunto de los cambios implementados, además de la paciencia para que, en un plazo prudente, se evalúen sus resultados con serenidad y objetividad.

**Las nuevas reglas para juzgar al indígena.
El Caso Jorge Santiago Santiago**

*Carlos Morales Sánchez**

*Qué pequeña es la luz de los faros
de quien sueña con la libertad.
De “Pájaros de Portugal”.
Joaquín Sabina*

I. Atisbos de la situación del indígena en México

“Como refleja con toda claridad la amplitud y la intensidad del lenguaje normativo empleado por el precepto transcrito, y como confirma una lectura del proceso de discusión parlamentaria que condujo a su aprobación, (del artículo 2 constitucional) el poder constituyente permanente quiso al sancionar en agosto de dos mil uno la reforma que incorporó estas previsiones a la Carta Magna ofrecer una respuesta normativa a aspectos que son verdaderamente determinantes de nuestra historia y de nuestra identidad como sociedad, y que están en el núcleo de muchos de los vectores de desventaja e injusticia que las previsiones del texto constitucional están orientadas a erradicar”¹.

* Defensor Público Federal.

¹ Sentencia pronunciada el cinco de noviembre de 2008 en el amparo directo en revisión 1624/2008 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Caso Jorge Santiago Santiago. El amparo directo en revisión fue promovido por el suscrito como defensor de Jorge Santiago Santiago (proceso penal número 65/2007, Juzgado Octavo de Distrito en Oaxaca).

Perdedores de la guerra de Conquista, los indígenas han sufrido desde hace cinco siglos la suerte de los vencidos: la miseria y opresión. El mapa de la pobreza permite advertir en la actualidad que los lugares más pobres del país son las zonas indígenas. Los estados con mayor presencia indígena son los estados más pobres del país. Los indígenas participaron en las luchas de Independencia, en la Reforma y en la Revolución pero su participación en los movimientos sociales no mejoró su situación. La Constitución de 1917 ni siquiera los mencionaba. Desde mediados del siglo XVIII sufrieron la política de homogenización reforzada en los años veinte del siglo XX por José Vasconcelos desde la Secretaría de Educación Pública. Esta política asimilacionista tuvo como finalidad promover la supresión de las lenguas indígenas y *blanquear* el país. A los indígenas poco a poco se les fue *arrancando la lengua* y esta tarea fue encomendada a los propios maestros bilingües: “nuestro problema indígena —decía Lázaro Cárdenas— no está en conservar *indio* al indio, ni en indigenizar a México sino en mexicanizar al indio”². En la época posrevolucionaria los indígenas —descendientes de los constructores de Monte Albán, Palenque y Chichen Itzá— constituyen como lo refiere Cipriano Flores, páginas ilustradas de los libros de historia³. Aun cuando nuestra bandera presenta el mito fundacional de Tenochtitlán: el águila sobre el

² Citado por Florescano, Enrique, en *Imágenes de la Patria*, Editorial Taurus, México, D.F., p. 359.

³ “Somos para ellos un problema, una política pública, una materia de estudio, en fin objetos, cuando mucho algunas almas comprometidas con nosotros nos dicen que somos identidades, tal vez para calmar conciencias ante el proceso de etnocidio. Como alguien dijo una vez: somos los condenados de la tierra. Flores Cipriano, en “Páginas Ilustradas de los Libros de Historia...” *La Reforma del Estado y el Nuevo Federalismo*, Primer Congreso Nacional, Cerezo, Oaxaca. p. 365.

corazón de Copil devorando la serpiente, el indio vivo siempre fue visto como un problema, como algo que había que resolver. Alejado de los centros de poder, el indio disperso en comunidades dispersas (zonas de refugio las llamó Aguirre Beltrán) permaneció olvidado y ajeno al desarrollo del país.

II. La reforma constitucional en materia indígena

En el amanecer de 1994 México volvió la vista a los indios. Un grupo de indígenas chiapanecos exigió de manera violenta el reconocimiento de su existencia. Se vivió un conflicto armado que desembocó en un diálogo. Intermitente a veces, ríspido en otras ocasiones, el conflicto concluyó oficialmente con los Acuerdos de San Andrés Larráinzar. En el año 2000 el presidente Fox llevó los acuerdos al Congreso: fueron reformadas diversas normas constitucionales entre las que destaca el artículo 2 constitucional.

La reforma fue criticada por los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas (se presentaron casi 300 controversias constitucionales en contra⁴); sin embargo, aun con sus limitaciones la modificación constitucional otorgó un trato especial y diferenciado al indígena en atención a su situación desaventajada y le otorgó una diversidad de derechos: a la autoadscripción⁵,

⁴ Finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la controversia constitucional es improcedente para impugnar el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución Federal. (Véase la controversia Constitucional 82/2001 promovida por el Ayuntamiento de San Pedro Quiatoni, Estado de Oaxaca resuelta el 6 de septiembre de 2002).

⁵ La autoadscripción se refiere a que bastará que una persona se autoidentifique como indígena para que se le reconozca tal calidad. Este concepto está tomado del derecho internacional de los derechos humanos específicamente del artículo 1, numeral 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

a darse su propio derecho, a la autonomía, a ejercer sus usos y costumbres, a disfrutar de sus territorios, a ser consultados, a que en los juicios donde formen parte sea tomada en cuenta su especificidad cultural, a tener un defensor bicultural, entre otros.

Sin embargo tales derechos no *atterizaron*. Sin una ley reglamentaria que articulara el derecho positivo con el derecho indígena y sin criterios jurisprudenciales que permitieran la aplicación de las normas constitucionales, permanecieron del 2001 al 2008 inalcanzables en el culmen jurídico. Los derechos de los indígenas constituyeron una antología de poesía jurídica constitucional.

III. El caso Jorge Santiago Santiago

Jorge Santiago Santiago nació en Zacatepec, Juquila, Oaxaca es indígena chatino⁶ y vive en una comunidad cercana al mar, en San José del Progreso, Río Grande, Oaxaca. Cuando fue detenido tenía 18 años. Su madre no quiso enseñarle a hablar la lengua chatina porque no quería que se le *cuatrapeara la lengua* en la escuela.⁷ Famosa por sus chilenas, por las lagunas de Chacahua y Manialtepec y por sus mujeres que destellan picardía al

⁶ La población chatina se localiza en el sudoeste del estado de Oaxaca, en los ex distritos de Juquila y Sola de Vega, en un área de 7,677 km (3071 millas). Colinda al norte y al este con los zapotecos; al norte y oeste con los mixtecos y en el sur con los pueblos negroides de la costa. La región se extiende desde la parte serrana, sumamente accidentada, con alturas que llegan a los 2,900 metros (9,514 pies) sobre el nivel del mar, hasta la Costa. Se tienen, por ello, climas variados: frío-húmedo en la parte montañosa; templado semi-húmedo en los Valles Centrales y ardiente y seco en la Costa. La zona de Sola de Vega es la más lluviosa del estado. Información tomada de <http://oaxaca-travel.com/guide/indigenous.php?section=&lang=es&getdoc=true&atractivo=04.01.01.03>

⁷ San José del Progreso está aproximadamente a diez horas en autobús de la ciudad de Oaxaca, Oaxaca.

bailar y decir versos, la Costa Oaxaqueña es hogar de mestizos, mixtecos, amuzgos, chatinos y afromexicanos.

Los chatinos no han perdido sus tradiciones, siguen conservando su sistema tradicional de cargos y sus instituciones de solidaridad: el tequio y la guelaguetza. Veneran a Tata Chu⁸ y a la Virgen de Juquila y siguen alimentándose como lo han hecho desde hace mil quinientos años: pescados, tichindas, iguanas, huevos de tortuga, chicatanas, forman parte de su dieta.⁹ Como todos los pueblos del mundo, comen lo que les provee la naturaleza de su región.

En el amanecer del ocho de septiembre de 2007, Jorge Santiago fue detenido porque, como lo dicta su milenaria costumbre, había ido a recoger huevos de tortuga para comer. Toda la noche anterior, con unos amigos, estuvo esperando que las tortugas desovaran para sacar los huevos que puso en una mochila. Ya regresaba en su bicicleta cuando *se topó* con los policías estatales que lo detuvieron. Sus amigos huyeron pero él fue llevado ante el agente del Ministerio Público de Bahías de Huatulco quien le fijó una fianza de cuatro mil pesos para que pudiera obtener su libertad. Al día siguiente, su madre pagó la caución.

La averiguación fue consignada ante el Juez Octavo de Distrito en la ciudad de Oaxaca. Ante el juez federal, Jorge Santiago, mediante un escrito indicó que era de “raza chatina.” El juez de proceso le reconoció el carácter de indígena.

⁸ Nombre con el que los chatinos y afromestizos coloquialmente llaman a Jesucristo.

⁹ No en balde el poeta costeño Abel Emigdio Baños Delgado sostiene: “Costa me gusta el chirmole/ que se hace con chicatanas/ y me gustan las iguanas/ desmenuzadas en mole/ me gusta beber atole/ de granillo y con panela/ y darle gusto a la muela/ con una cecina asada/ pero bien acompañada de una caliente memela/”.

En el proceso se ofrecieron las pruebas para demostrar que el consumo de huevos de tortuga forma parte de la especificidad cultural del indígena chatino. En el dictamen antropológico, Nahieli Gómez Sánchez, servidora pública de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, estableció que los indígenas que viven en las franjas costeras comen huevos de tortuga como parte de sus usos y costumbres y como estrategia de supervivencia.

El juez federal en primera instancia dictó una sentencia condenatoria de un año de prisión y multa por 14 mil 280 pesos. El juez postuló como base de la resolución la prevalencia del derecho positivo sobre el derecho del indígena: el uso y la costumbre no autorizan al indígena a incumplir la ley federal.

La defensa apeló y el asunto se turnó al Tribunal Unitario que confirmó la resolución. Inconforme, Jorge Santiago Santiago, a través de su defensor promovió el amparo directo.

En la demanda de amparo directo se planteó como concepto la violación del derecho de Jorge Santiago a que sea tomada en cuenta su especificidad cultural en los siguientes términos:

“Mi defendido Jorge Santiago Santiago, es un indígena chatino, como tal, tiene derecho a que la autoridad judicial tome en cuenta en los procesos en que sea parte **su especificidad cultural**. Ni el juez de primera instancia ni la autoridad responsable tomaron en cuenta este derecho.

El artículo 2 constitucional otorga este derecho a mi defendido. Esta norma establece el derecho del indígena a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y señala que los indígenas:

“...en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.”

La autoridad responsable no cumplió con el deber que le impone la Constitución.

La especificidad cultural es un término acuñado en la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en interpretación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. De esos ámbitos internacionales pasó a incorporarse a nuestra Constitución.

La especificidad cultural tiene su origen en el reconocimiento de que algunos países están constituidos por muchas culturas (nuestra Constitución reconoce que México es pluricultural) que tienen diferentes manera de ver la vida, diferentes costumbres y diversa evolución cultural. La pluriculturalidad —dice Carlos Zolla, *et al*— “es un dato de hecho, una característica social verificable y concreta: México es una nación pluricultural o multicultural que alberga hoy a más de 60 pueblos originarios, hablantes de casi un centenar de lenguas y dialectos autóctonos. En ella coexisten más de 12 millones de indígenas con otros pueblos originarios que han migrado a México desde Centroamérica y con grupos de origen africano, pero también con una población numerosa y mayoritaria,

diversa por sus orígenes, mestiza, con rasgos culturales que definen y asumen identidades peculiares y diversas.”¹⁰

Las culturas diversas de la dominante no son culturas *atrasadas*. Se han desarrollado paralelamente a la occidentalizada (por caminos distintos que a veces se cruzan). Cada una tiene diferentes maneras de ver la vida y diferentes perspectivas jurídicas. Estas diversas maneras de ver la vida y las diferentes perspectivas jurídicas se encuentran reconocidas y fomentadas en el artículo 2 constitucional. La reforma del artículo 2 constitucional reconoció, a partir del alzamiento zapatista de 1994, la necesidad de establecer una nueva relación con los pueblos indígenas. Esta nueva relación está establecida jurídicamente al nivel más alto en el artículo constitucional ya mencionado. Parte de esta nueva relación la constituye el reconocimiento y protección constitucional de la pluriculturalidad, de las autonomías, del pluralismo jurídico, de la jurisdicción indígena, de los usos y costumbres, del derecho del indígena a que sea tomada en cuenta su especificidad cultural, del derecho del indígena a tener un defensor con conocimiento de lengua y cultura.

Establecido lo anterior, considero necesario establecer qué es lo que debe entenderse por “el derecho a que sea tomado en cuenta la especificidad cultural del indígena en los juicios en que forme parte”.

¹⁰ Zolla, Carlos y Zolla Márquez, Emiliano, *Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas*, México, UNAM, Colección “La pluralidad Cultural en México”, 2004; p. 83.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹ ya ha definido este derecho. En la paradigmática sentencia *Yakie Axa versus Paraguay*, la Corte Interamericana estableció que los estados tienen el deber de otorgar una protección efectiva a los ciudadanos que tome en cuenta, entre otras cosas, las particularidades de los pueblos indígenas, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

Los indígenas tienen derecho —reitero— a que en los juicios en los que participen sean tomados en cuenta sus usos, costumbres y su especificidad cultural, es decir, a que se tomen en cuenta las circunstancias que lo hacen culturalmente diverso del sector mayoritario de la población.

En el presente caso la autoridad judicial de primera instancia, incumplió lo ordenado por la norma constitucional, al no tomar en cuenta que mi defendido es miembro de un pueblo diverso culturalmente del resto de la población nacional, que tiene como parte de sus costumbres la recolección de huevos de tortuga¹².

¿En qué es específicamente diverso, Jorge Santiago Santiago del sector mayoritario (mestizo) de la población nacional?

- a) En que es un indígena chatino, que forma parte de una minoría étnica.
- b) En que en la comunidad a la que pertenece, las autoridades son elegidas por el sistema tradicional de usos y costumbres.

¹¹ Sentencia de fondo del caso Comunidad Indígena Yakie Axa versus Paraguay. CIDH.

¹² Suponiendo que los productos asegurados fuesen huevos de tortuga.

c) En que Jorge Santiago Santiago, en ejercicio de su ser indígena, recolecta los recursos que se pueden obtener de la naturaleza entre los que se cuentan los huevos de tortuga (posesión por la que es procesado), como parte de su uso y costumbre.

Éstas son las especificidades culturales de mi defendido que quedaron demostradas en el proceso (sobre todo con el dictamen antropológico emitido por la antropóloga Nahieli Gómez Sánchez, perito de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, dictamen que no fue cuestionado ni objetado por las partes) y que no fueron tomadas en cuenta por las autoridades judiciales que han intervenido en el conocimiento de este proceso.

Si la Constitución reconoce y protege la pluriculturalidad y la diversidad étnica del país, el ejercicio del derecho a ejercer la cultura propia de la comunidad no puede dar lugar a una conducta ilícita porque constituiría un contrasentido jurídico. El ejercicio de un derecho —está reconocido en la doctrina penal más antigua— no puede dar lugar a la configuración de un delito.¹³

Es así porque cuando el uso o costumbre del indígena (protegido constitucionalmente) colisiona con las normas del derecho positivo debe buscarse una salida desde la perspectiva del derecho positivo para no punir conductas que están permitidas constitucionalmente.

¹³ El ejercicio de un derecho como causa de exclusión de delito está reconocido positivamente en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal que dispone: ARTÍCULO 15.- El delito se excluye cuando: VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

No se trata de crear un estado de excepción para el indígena; se trata de reconocer una diferencia cultural, haciendo efectiva la garantía individual. La puerta de salida la constituye el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal, es decir, el ejercicio de un derecho a ser diverso culturalmente.

Conviene señalar que la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades, sin establecer limitaciones. Lo que está limitado constitucionalmente es la **jurisdicción indígena**: la norma fundamental impone a las autoridades tradicionales en la resolución de sus conflictos internos, el sujetamiento a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y de manera relevante la dignidad e integridad de las mujeres.

Sin embargo, en el presente caso, tales limitantes no deben ser tomadas en cuenta dado que no estamos en un caso donde una autoridad tradicional haya juzgado a otra persona de la comunidad, y como consecuencia de ello, deba —durante el procedimiento de compatibilización o convalidación— verificarse si se respetaron o no los principios generales de la Constitución, las garantías individuales y la dignidad e integridad de las mujeres.

Es evidente que en el presente caso, la autoridad judicial dejó de tomar en cuenta que la especificidad cultural de mi defendido le permite recolectar y consumir los huevos de tortuga, a diferencia del sector mayoritario de la población que no tiene establecida dicha conducta dentro de sus patrones culturales. Tampoco tomó en cuenta la responsable,

que la comunidad donde vive mi defendido tiene el derecho a la libre determinación y a la autonomía acotada en términos del artículo 2 constitucional. Conviene señalar que los miembros de las comunidades indígenas en el ejercicio de sus usos y costumbres no tienen el deber de ajustarse a lo que indican las leyes positivas porque ello haría metafórico el derecho que les otorga la Constitución. Suponiendo que los límites a los usos y costumbres de mi defendido fuesen los principios generales de la Constitución, las garantías individuales y el respeto a la dignidad e integridad de las mujeres, es necesario preguntarse: ¿Qué principio constitucional dejó de aplicarse cuando mi defendido recolectó los huevos de tortuga? ¿Qué garantía individual o derecho humano se afectó cuando mi defendido poseyó los huevos de tortuga? ¿Se afectó con la posesión de huevos de tortuga la dignidad e integridad de las mujeres? Omito la respuesta por obvia. No se afectó el principio de división de poderes, ni el federalismo, ni la supremacía constitucional. Ninguna garantía individual fue trastocada. Ninguna mujer de la comunidad manifestó haberse sentido afectada en su integridad.

El respeto a la diversidad cultural tiene como finalidad la protección del derecho a la supervivencia de la comunidad y no la de otorgar un privilegio a los individuos en razón de su pertenencia a una comunidad indígena. Si se obliga a los indígenas a dejar de ser diversos se estará promoviendo su extinción, se estará luchando contra su supervivencia. No paso por alto que el reconocimiento de la diversidad cultural (o especificidad cultural) presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su

generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación (a lo que se suma la ausencia de definiciones jurisprudenciales sobre el tema); y en segundo lugar, la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

No pasa desapercibido también que el artículo 2 constitucional, que establece el pluralismo jurídico, pugna contra la formación monista generada en las universidades occidentalizadas.

El artículo 2 al reconocer el pluralismo jurídico postula lo contrario: en nuestro sistema jurídico conviven infinidad de sistemas jurídicos, el de cada pueblo indígena, sistemas que están vigentes y tienen la misma validez que el derecho que preconizan las normas de derecho positivo.

En razón de todo lo anterior debe determinarse que la responsable no tomó en cuenta el derecho de mi defendido a ser diferente culturalmente, por lo que es procedente se dicte una resolución de amparo en la que se indique que mi defendido efectuó la recolección de huevos de tortuga en ejercicio de su derecho a ser diverso culturalmente y, como consecuencia, declarar procedente la causa de exclusión de delito previsto en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal.”

El Segundo Tribunal Colegiado del XIII Circuito negó el amparo al sostener que Jorge Santiago Santiago no había demostrado en el proceso que fuera indígena porque no se autoadscribió en la declaración ministerial ni en la declaración preparatoria y además no hablaba “dialecto”. De esta manera el órgano de control constitucional delineó el perfil del indígena: sólo se estará en presencia de un indígena cuando la persona se autoadscriba en la averiguación previa o en la declaración

preparatoria y sólo si habla un “dialecto”. El órgano de control constitucional emitió esta determinación no obstante que los tribunales ordinarios sí habían reconocido la categoría de Jorge Santiago por lo que la pertenencia a la comunidad indígena del imputado no era parte de la litis constitucional.

El colegiado indicó además que las pruebas ofrecidas por la defensa no eran aptas para demostrar que el consumo de huevos de tortuga forma parte de la especificidad cultural del indígena.

Ante la evidente interpretación del artículo 2 constitucional, el defensor público promovió la revisión del amparo directo (ADR. 1624/2008) ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

IV. Los razonamientos que sustentaron el amparo directo en revisión

La defensa formuló tres conceptos de violación:

A. LA VIOLACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA AUTOADSCRIPCIÓN

En el primer agravio se sostuvo que el Tribunal Colegiado interpretó de manera restrictiva el derecho de los individuos a autoadscribirse o autoidentificarse como indígenas establecido en el artículo 2º, párrafo tercero, de la Constitución Federal.¹⁴

¹⁴ Esta norma constitucional establece: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.”

El defensor señaló que el Tribunal Colegiado, aun cuando no definió expresamente en qué consiste el principio de la autoadscripción, interpretó directamente la norma constitucional en los siguientes términos: para el Tribunal Colegiado el derecho a la autoadscripción no existe porque sólo será considerada indígena la persona que: a) así lo refiera ante el agente del Ministerio Público o al pronunciar su declaración preparatoria; b) que hable algún *dialecto*; y c) que no entiende ni habla castellano.

La defensa insistió que la autoadscripción, según la norma constitucional, es el único medio para saber quién es indígena y quién no. Y que la interpretación constitucional efectuada por el Tribunal Colegiado es desacertada porque basta que el quejoso se haya autoidentificado como miembro de la comunidad chatina para que deba serle reconocida su calidad de indígena. El defensor enfatizó que la Constitución no indica en qué momento el ciudadano debe autoadscribirse como indígena y que, por lo tanto, es jurídicamente válido que lo haga ante la potestad del Poder Judicial de la Federación.

B. LA VIOLACIÓN AL DERECHO DEL INDÍGENA A QUE SEA TOMADA EN CUENTA SU ESPECIFICIDAD CULTURAL

En el segundo agravio, el defensor del quejoso señaló que el Tribunal Colegiado realizó también una interpretación directa incorrecta del artículo 2º constitucional en la parte que establece el derecho de los indígenas a que en los juicios en que formen parte sea tomada en cuenta su especificidad cultural (fracción VIII del apartado A).

Se sostuvo que el deber de investigar la especificidad no corresponde a las partes del proceso sino

a la autoridad judicial. Las garantías individuales —se adujo— contienen dos aspectos: un derecho subjetivo del titular y un correlativo deber jurídico de la autoridad de cumplir ese derecho que por ello a quien corresponde investigar la especificidad cultural del enjuiciado no es al inculpado sino al juez. La Constitución no impone al recurrente la carga de la prueba, sino que la establece para el propio juzgador, pues sólo así podrá apreciar la diferencia (especificidad) cultural del indígena.

V. La resolución de la Primera Sala

En la resolución de cinco de noviembre de 2008 la Primera Sala de la Suprema Corte determinó fundados dos de los tres agravios propuestos por el recurrente. En esta resolución, el Tribunal de la República sentó las bases para hacer efectivo el derecho de los indígenas al acceso a la justicia al establecer nuevas reglas para juzgarlos:

A. LA AUTOADSCRIPCIÓN: LA CATEGORÍA DE LA PERSONA INDÍGENA EN EL ARTÍCULO 2 CONSTITUCIONAL

La Primera Sala declaró fundado el primer agravio y sostuvo que la interpretación que realizó el tribunal colegiado anula o sustrae de toda relevancia jurídica al artículo 2 constitucional. La sentencia del colegiado expone, esencialmente:

“Veamos pues, lo que afirma la sentencia del Tribunal Colegiado desde la perspectiva constitucional que nos interesa:

“con independencia de las consideraciones expuestas por el Magistrado responsable en el caso no se encuentra demostrado en autos que el sentenciado

pertenezca a un grupo o comunidad indígena y por consiguiente que el quejoso tenga como uso o costumbre la recolección de huevos de en ejercicio de su derecho a ser diverso culturalmente.

Ello, porque al rendir su declaración ministerial y preparatoria, el quejoso manifestó no pertenecer a grupo indígena o etnia alguna, que no habla ningún dialecto y que entiende y habla el castellano, lo cual demuestra que no pertenece a grupo o comunidad indígena alguna; asimismo, en las citadas declaraciones tampoco manifestó que dentro de sus usos y costumbres se encuentre la de recolectar y poseer huevos de tortuga marina”

¿Cuál es la interpretación de la Constitución que contienen o reflejan estas afirmaciones? El Tribunal Colegiado afirma que las previsiones del artículo 2° de la Constitución Federal sólo entran en juego respecto de personas que afirmen pertenecer a grupo indígena, que *además*, hablan “dialecto”; y que, *además* de los dos requisitos anteriores, no hablan y entienden el castellano. ¿Es éste, en la Constitución Federal, un criterio definitorio aceptable de la categoría de personas a las que resultan aplicables las previsiones de su artículo 2°? A nuestro juicio la respuesta es claramente negativa.”

Enseguida, el tribunal constitucional otorgó la razón a la defensa:

*“(...) resulta indudablemente **fundado el primer agravio** hecho valer por el Defensor Público cuando denuncia que el Tribunal Colegiado*

siguió una línea de pensamiento equivocada e incompatible con la Constitución al sostener que las previsiones de la fracción VIII del apartado A del artículo 2° (sobre las que regresaremos en breve) no eran relevantes en el caso del quejoso porque, además de que a su entender no se había auto-señalado como indígena, no hablaba ningún “dialecto” y entendía y hablaba el castellano, lo cual demostraba que no pertenecía a grupo o comunidad indígena alguno.

La Primera Sala fue más allá: sostuvo que el colegiado actuó incorrectamente al adoptar el criterio según el cual sólo las personas *monolingües en una lengua indígena* son legítimas destinatarias de las previsiones del artículo 2° y, en particular, de la que prevé el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y la necesidad de que sus costumbres y especificidades culturales sean tomadas en cuenta por los jueces. Con un lenguaje inusualmente duro, la Primera Sala sostuvo que lo anterior “es una manera de burlar o de condenar a la ineficacia y a la casi total irrelevancia las garantías contenidas en dichas previsiones.”

Las minorías indígenas —sostuvo la Primera Sala— que viven en México no tienen una cultura homogénea: todas las culturas indígenas son híbridas, “impuras”, y “combinan elementos ajenos a la cultura prehispánica con elementos indistinguibles de los que caracterizan a las formas de vida no indígenas.”

Y determinó que el segmento de población monolingüe en lengua indígena es hoy en día muy pequeño y que son *las previsiones mismas de la Constitución Federal* las que lo destinan a ser un segmento cada vez más reducido y anómalo de la población del país porque:

El mismo artículo constitucional que garantiza el más amplio reconocimiento a la cultura indígena y otorga a las comunidades y pueblos indígenas el derecho a “preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”, destaca en otra de sus disposiciones (apartado B del artículo 2º, primer párrafo) que la Federación, los Estados y los Municipios, “para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades”, y que “para abatir las carencias y rezagos que afectan a dichos rublos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de [...] II. [g]arantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior”.

La definición de “lo indígena” efectuada por el colegiado—dice la Corte— sobre la base del criterio de la competencia monolingüe en lengua indígena quedaría fuera de la Constitución por ser incompatible con la garantía de derechos fundamentales básicos protegidos en ella, como el derecho a recibir una educación adecuada, o el derecho a gozar de lo esencial para incorporarse igualitariamente al sistema productivo, por citar sólo algunos casos de tensión patente.

La Suprema Corte consideró incompatibles con la Constitución las políticas asimilacionistas tradicionales y la política que condicionara actualmente “el mantenimiento de la condición de ser o sentirse persona indígena a la condición de ser persona no conocedora del español.”

Y la Corte haciendo una interpretación progresista de la autoadscripción estableció que la Constitución ni siquiera exige que exista un tipo determinado de declaración o comunicación externa de la misma sino que el juez debe deducirla de las constancias y actuaciones del proceso:

Tampoco altera la conclusión anterior el hecho de que el Tribunal de amparo señale que el quejoso “manifestó no pertenecer a grupo indígena o etnia alguna”, por dos razones distintas. Primero, porque el Tribunal Colegiado mantiene una interpretación errónea de qué debe entenderse por acto de autoadscripción. No hay que olvidar que la Constitución se refiere a la conciencia de la identidad indígena, sin exigir siquiera expresamente que exista un tipo determinado de declaración o comunicación externa de la misma. La apreciación de si existe o no existe una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una consideración completa (no parcial), basada además en constancias y actuaciones (no en la opinión personal del juzgador de amparo), y debe realizarse además siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados. En

estos casos, la actitud del juzgador (siendo “juzgador” no solamente el juez penal ordinario sino, naturalmente, también el juez o tribunal de amparo, cuya justificación institucional es precisamente ser el garante de los derechos fundamentales) debe ser la más favorable a la garantía de los derechos del procesado.

(..)

El Tribunal Colegiado maneja en este punto un estándar normativo enteramente distinto. A pesar de que existen datos aparentemente contradictorios que derivan de comparar lo afirmado por el quejoso ante el Ministerio Público, ante el juez y en un escrito de veintitrés de noviembre de dos mil siete, el juzgador de amparo no inicia una evaluación sustantiva de la cuestión, como hubiera correspondido si hubiera adoptado la actitud activa pro-derechos que le corresponde en estos casos. El Tribunal Colegiado ignora esta variación y se limita a afirmar que “no queda demostrado en autos que el sentenciado pertenezca a un grupo o comunidad indígena”. Igualmente, este órgano jurisdiccional priva de toda relevancia al hecho de que las autoridades judiciales que conocen con anterioridad de un caso puedan tener por acreditada la condición de indígena de una persona, cuando hay muchas razones para dudar que un juez de garantías constitucionales puede cambiar la conclusiones de las instancias previas cuando este cambio suponga un cambio contra reo, desfavorable a los derechos del inculpado.

Como puede leerse, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que: 1) La conciencia de la identidad

indígena es el criterio para la aplicación de las normas establecidas a favor de los pueblos indígenas, 2) No es necesaria una manifestación externa del indígena para que sea procedente la autoadscripción sino que el juez debe deducirla de las actuaciones del proceso; y 3) Es desacertado estimar que los derechos establecidos en el artículo 2 constitucional sólo vayan dirigidos a los monolingües.

Estos criterios orientadores del tribunal más alto del país evitarán incuestionablemente que el artículo 2 constitucional siga constituyendo un caudal de derechos vacíos.

B. EL DEBER DE LA AUTORIDAD JUDICIAL DE INVESTIGAR LA ESPECIFICIDAD CULTURAL

La interpretación constitucional que el Tribunal Colegiado realizó en su sentencia de amparo directo —dice la Primera Sala— no sólo es incorrecta en lo relativo a cómo opera la autoadscripción, también es errónea respecto de qué significa tomar en cuenta las costumbres y especificidades culturales de los indígenas en los procedimientos de que sean parte, porque:

*En lugar de partir del imperativo constitucional de que los indígenas ‘tienen derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado’, y de que, ‘para garantizar este derecho’ es **obligatorio** tomar en cuenta [“se deberán tomar en cuenta] sus costumbres y especificidades culturales”, el Colegiado parte de la premisa normativa de que tomarlas en consideración es algo que las autoridades jurisdiccionales tienen la opción o **permisión** de hacer si y sólo si (además) en el caso concreto el acusado las demuestra en el proceso de modo fehaciente. Esta interpretación*

es, por tanto, incorrecta y las consecuencias prácticas de que un juez la adopte en lugar de la que está constitucionalmente prescrita es, en términos de riesgo para la garantía de los derechos reconocidos en el artículo 2°, muy notoria.

Como hemos apuntado con anterioridad, todo el sentido de incorporar a la Constitución Federal provisiones específicas acerca de la posición jurídica de los ciudadanos indígenas reside en otorgarles un reconocimiento especial, al más alto nivel del ordenamiento jurídico, mediante provisiones destinadas a determinar e informar el resto de las normas, con el objetivo de posibilitar el ejercicio real de sus derechos y la expresión de su identidad individual y colectiva, así como contribuir a la superación de la desigualdad de oportunidades que pueda afectarles. Esta finalidad básica, que es la misma en las muy numerosas iniciativas de reforma jurídica que se han impulsado en este ámbito en muchos países, ha sido destacada reiteradamente en normas y resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos.

(..)

Estas referencias (las citas del derecho internacional de los derechos humanos) debemos subrayarlo nuevamente aun a costa de ser reiterativos, no están destinadas a mostrar que en el caso penal resuelto en el expediente del que este amparo trae causa efectivamente existía una costumbre relevante sobre uso de los recursos naturales, o que efectivamente existía una especificidad cultural que justifique la

necesidad de haber dictado una sentencia penal distinta. **Lo que estas citas ciertamente ayudan a mostrar es que el Tribunal Colegiado analizó el acto reclamado de conformidad con premisas constitucionales implausibles, por no tomar en consideración la fuerza vinculante de las previsiones del artículo 2°.**

Una interpretación constitucional según la cual, cuando en un juicio esté involucrada una persona indígena, será además necesario, para que se tomen en consideración sus costumbres y especificidades culturales, que ella aporte elementos que prueben más allá de cualquier género de duda que dichas especificidades existen y que tienen tal o cual preciso contenido, es incorrecta. El artículo 2° de la Constitución es muy claro: en los juicios en que sea parte un indígena **es obligatorio tener en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, para garantizarle el pleno acceso a la jurisdicción estatal**, y tanto los propios contenidos del artículo 2° como el derecho internacional de los derechos humanos dejan claro que los juzgadores en esos casos **deben partir de la presunción de que estas especificidades pueden existir en el caso concreto.**

El Tribunal Colegiado, todavía con una intensidad mayor a la ordinaria por tratarse de un caso penal, debía partir de la presunción de que era necesario averiguar si en el caso había elementos de especificidad cultural, conformes con la Constitución, que fuera relevante tomar

*en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del acusado. No de la presunción de que estos elementos de especificidad cultural existían, pero sí de la premisa de que **era una obligación constitucionalmente impuesta investigar si existían y si habían influido en la comisión de los hechos enjuiciados o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado.***

El criterio de la Suprema Corte establece un precedente muy importante en la judicialización de los derechos indígenas al indicar que no corresponde al procesado demostrar su pertenencia a la comunidad indígena ni de aportar prueba sobre su especificidad cultural sino que dicho deber corresponde a la autoridad judicial quien debe investigar la especificidad cultural y como ha influido esa especificidad en la comisión de los hechos y en la responsabilidad del encausado.

VI. Las nuevas reglas para juzgar al indígena

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la búsqueda de la efectivización de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, estableció nuevas reglas para juzgar al indígena que se traducen en deberes para la autoridad judicial:

1. Deberá juzgar a los indígenas bajo parámetros distintos a los no indígenas.
2. Deberá indagar si una persona es indígena o no a la luz del criterio de la autoadscripción.
3. Deberá indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad indígena a la que se vincula el quejoso (relacionadas con el caso).

4. Deberá indagar el modo en que esas normas o modos de vida han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, en la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, en los aspectos de los que depende la imputabilidad del delito al acusado, etcétera.

5. Deberá tomar en consideración tanto las diferentes normas aplicables del Código Penal Federal como las normas específicas que puedan existir en la comunidad cultural del procesado con relevancia en el caso.

6. Deberá desplegar su función jurisdiccional tomando en consideración que la Constitución obliga a los órganos jurisdiccionales del Estado a garantizar el pleno acceso a la jurisdicción y el pleno disfrute de derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos aquellos respecto de los cuales, por pertenecer a categorías tradicionalmente desaventajadas, el texto constitucional hace objeto de consideración especial.

Cito textualmente la parte de la sentencia en la que el máximo tribunal del país, establece las reglas constitucionales:

“La sentencia que constituye el acto reclamado acto en el juicio de amparo deberá dejarse sin efecto y el ahora quejoso deberá ser enjuiciado de nuevo bajo parámetros normativos distintos, desde el momento anterior a la toma de la declaración preparatoria.

Las normas penales en principio aplicables no cambian: el juez penal deberá determinar si el procesado merece ser castigado por haber incurrido en la conducta típica que corresponde al delito contra el ambiente en la hipótesis de posesión de huevos de tortuga marina, y deberá

determinar hasta qué punto puede ser considerado responsable del mismo, y en qué modalidad (dolosa o no dolosa), de conformidad con las reglas y dentro de los márgenes que para ello confiere el Código Penal Federal. Sin embargo, el órgano jurisdiccional deberá aplicar estas normas de un modo congruente y conforme con lo establecido por los párrafos relevantes del artículo 2° de la Constitución, interpretados como ha quedado precisado en esta resolución.

Para ello, en primer lugar, deberá indagar si el inculcado es una persona indígena a la luz del criterio fundamental de la auto-adscripción, entendido tal y como hemos desarrollado en la parte considerativa de la resolución, no según los criterios expresados por el Tribunal Colegiado en la sentencia recurrida. En segundo lugar, en el caso de que quede acreditada la condición anterior, la responsable debe indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad indígena a la que se vincula el quejoso (relacionadas en el caso con la recolección y posesión de huevos de tortuga marina) así como el modo en que esas normas o modos de vida han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, en la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, en los aspectos de los que depende la imputabilidad del delito al acusado, etcétera. Deberá, en otras palabras, tomar en consideración tanto las diferentes normas aplicables del Código Penal Federal como las normas específicas que puedan existir en la comunidad cultural del procesado con relevancia en el caso. A lo largo del proceso, además, deberá

desplegar su función jurisdiccional tomando en consideración que la Constitución obliga a los órganos jurisdiccionales del Estado a garantizar el pleno acceso a la jurisdicción y el pleno disfrute de derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos aquellos respecto de los cuales, por pertenecer a categorías tradicionalmente desaventajadas, el texto constitucional hace objeto de consideración especial.

La resolución de esta Primera Sala deja así a las autoridades jurisdiccionales penales en ordinario ejercicio de sus competencias, pero las obliga a evaluar los hechos del caso y a integrar la premisa normativa de conformidad con la cual los mismos deben enjuiciarse de un modo distinto, de conformidad con lo especificado en la parte considerativa de esta resolución.”

VII. Conclusiones

1. Es incuestionable que el artículo 2 constitucional constituye una respuesta normativa a los problemas sociales y económicos que los miembros de las comunidades indígenas han padecido desde la llegada de los españoles.
2. El caso Jorge Santiago Santiago constituye un litigio estratégico porque permitió que el máximo tribunal del país definiera algunos de los derechos que la Constitución otorga a los miembros de las comunidades indígenas.
3. La Suprema Corte determinó que el juez tiene el deber de indagar si una persona es indígena a la luz del derecho a la autoadscripción.
4. El juez tiene el deber de investigar la especificidad

- cultural y cómo ha influido en la comisión del delito.
5. El contenido de la sentencia constituye desde otra perspectiva una herramienta para hacer efectivos los derechos de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas.
 6. La sentencia establece las bases de una justicia intercultural que establece las bases para evitar que los usos y costumbres de las comunidades indígenas sean criminalizados.

Fuentes de información

BIBLIOGRÁFICAS

1. Comisión de la Reforma del Estado en Oaxaca; La reforma del Estado y el Nuevo Federalismo. CEREO, septiembre de 2004.
2. Galeano, Eduardo, *Patatas Arriba* Editorial siglo XXI, México 2009.
3. Florescano, Enrique, *Imágenes de la Patria* Editorial Taurus, México 2005.
4. González Ruiz, Isaac, *Error de Prohibición y Derechos Indígenas* editado por UBIJUS, México 2008.
5. Instituto Nacional Indigenista, “Derechos Indígenas”, Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, México 1995.
6. Zolla, Carlos y Zolla Márquez, Emiliano, *Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas*, México, UNAM, Colección “La pluralidad Cultural en México”, 2004.

OTROS

<http://oaxaca-travel.com/guide/indigenous.php?section=&lang=es&getdoc=true&atractivo=04.01.01.03>

Las reformas al recurso de revocación del Código Fiscal de la Federación de mayo de 2009 *

*Miguel Pérez López***

Agustín Pérez Carrillo, in memoriam

SUMARIO: I. Introducción. II. La teoría del recurso administrativo. III. El recurso administrativo en el esquema de la justicia administrativa. IV. La reforma del recurso de revocación del Código Fiscal de la Federación. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio consiste en analizar las reformas al Código Fiscal de la Federación (CFF) y a la Ley del Servicio de Administración Tributaria (LSAT) en materia del recurso de revocación, publicadas en mayo de 2009, desde la perspectiva de la justicia administrativa, a fin de pergeñar las consecuencias jurídicas y prácticas, generadas por dichas modificaciones legales, en la defensa de los particulares frente a los actos de la administración pública, avenida en su papel de Fisco. Previamente se expondrá, así sea en una apretada síntesis, la teoría del recurso administrativo y cómo se

* Para la elaboración de este estudio, conté con el invaluable y permanente apoyo del Dr. Gustavo Pérez López y de Ángel Alberto Pérez López.

** Profesor-Investigador de “Teoría Constitucional” y “Derecho Procesal Administrativo”, Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, y de “Derecho Constitucional” del Instituto Federal de Defensoría Pública.

encuadra dicho medio de impugnación en el esquema de la justicia administrativa federal.

II. LA TEORÍA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

El recurso administrativo ha enfrentado tratamientos diversos por los doctrinarios del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Administrativo, en cuanto a su definición y naturaleza jurídica, pues a veces se ha llegado a pensar que por su teleología (la solución de cuestiones administrativas) puede confundirse con el proceso o que el juicio seguido ante los tribunales de lo contencioso-administrativo sea considerado como un recurso. En primer lugar, se intentará obtener una definición de dicha institución de defensa de los intereses de los particulares, para después exponer su naturaleza jurídica.

A) DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

El maestro Héctor Fix-Zamudio ha ordenado sistemáticamente los distintos conceptos generados por la doctrina, a fin de obtener otro que abarque los enfoques, derivados de la complejidad misma de la institución.¹ Sintéticamente podría decirse que hay autores que consideran al recurso como *impugnación* (Jesús González Pérez², Agustín A. Gordillo³ y Gonzalo Armienta

¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, pp. 43-45.

² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los recursos administrativos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1969, p. 34, e Id., *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 747.

³ GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Jorge Álvarez editor, 1964, p. 71.

Hernández⁴); como *acto* (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández⁵); como *medio* (Renato Alessi⁶, Héctor Jorge Escola⁷, Miguel S. Marienhoff⁸, Epaminondas P. Spiliotopoulos⁹, Gabino Fraga¹⁰, Andrés Serra Rojas¹¹, Emilio Margáin Manatou¹², José Luis Vázquez Alfaro¹³); como un *derecho* (Antonio Carrillo Flores¹⁴); como un *procedimiento* (Alfonso Nava Negrete¹⁵); o como *derecho de instancia o asertamiento* (Humberto

⁴ ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 57.

⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Editorial Civitas, 1991.

⁶ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1970, p. 621.

⁷ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 210.

⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Ediciones Glem, Buenos Aires, 1965, p. 640.

⁹ SPILIOTOPOULOS, Epaminondas P., “Una nota sobre el procedimiento administrativo en Europa Occidental” en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía-Editorial Civitas, 1993, pp. 512-514.

¹⁰ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*. Vigésimo tercera edición. México, Editorial Porrúa, 1982, p. 445. Parecida definición aporta GALINDO CAMACHO, Miguel, *Derecho Administrativo*. Tomo II. México, Ed. Porrúa, 1998, p. 280.

¹¹ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Segundo Curso, Décimo séptima edición, México, Editorial Porrúa, 1995, p. 727.

¹² MARGÁIN MANATOU, Emilio, *Introducción al estudio del Derecho Tributario Mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 144.

¹³ VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996, p. 61.

¹⁴ CARRILLO FLORES, Antonio, *La Justicia Federal y la administración pública*, México, Editorial Porrúa, 1973, p. 108.

¹⁵ NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Procesal Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1959, pp. 87-90, e id., voz “Recursos Administrativos” en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano R-Z*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 1994, pp. 2709-2711.

Briseño Sierra¹⁶). Ante la multitud de definiciones, el maestro Fix-Zamudio expone un concepto amplio, como “un derecho de impugnación tramitado a través de un procedimiento, que culmina en una resolución, que también tiene el carácter de acto administrativo.”¹⁷

Es indudable que los recursos administrativos son una especie del género “procedimiento administrativo”. El procedimiento administrativo, de acuerdo con la doctrina de Gabino Fraga, es el conjunto de formas y actos que preceden y preparan otro acto¹⁸, conjunto ordenado, secuencial y concatenado. El procedimiento administrativo viene a ser el cauce formal por el cual discurre la función administrativa.

El procedimiento administrativo es un *iter* por el que transita la actividad de la administración pública, que es imperativo se encuentre regulado legalmente, a fin de hacer efectivo el Estado de Derecho. El recurso viene a ser un procedimiento de la administración pública si consideramos: a) que es un conjunto de actos que

¹⁶ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal Fiscal*, segunda edición, México, Miguel Ángel Porrúa editor, 1990, pp. 103 y 105.

¹⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.* supra nota 1, p. 45. Igualmente del mismo autor puede verse con provecho varios de sus estudios sobre recursos administrativos: id., “Introducción al estudio de los recursos administrativos” en VV. AA., *Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraga*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 59-79, e id., “Los recursos administrativos” en *Trimestre Fiscal*, número 23, enero-marzo de 1985, Guadalajara.

¹⁸ FRAGA, Gabino, *op. cit.* supra nota 10, p. 255. Cfr. PÉREZ LÓPEZ, Miguel, “Notas sobre el procedimiento administrativo” en *Vínculo jurídico*, número 19, julio-septiembre de 1994, Zacatecas, Universidad Autónoma de Zacatecas; id., “Necesidad de leyes uniformes del procedimiento administrativo” en *Alegatos*, número 28, septiembre-diciembre de 1994, México, Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 359-372, e id. “La Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Sus expectativas y secuelas” en *Los grandes problemas jurídicos*, México, Editorial Porrúa, 1994, pp. 291-307.

preceden y preparan la emisión de una resolución por parte de una autoridad administrativa, que se pronunciara respecto del acto administrativo está apegado o no a la legalidad, procedimiento incoado a instancia de parte agraviada; b) que la resolución del recurso es de naturaleza administrativa, por lo que se asume como un acto de la administración activa en términos formales y materiales¹⁹; y c) porque a pesar de adoptar elementos de la técnica procesal (conceptos de impugnación, términos, plazos, pruebas y procedimiento probatorio, alegaciones y formatos adoptados en las resoluciones), esto no cambia radicalmente la naturaleza administrativa del recurso. Como bien dice el Dr. Fix-Zamudio, el recurso administrativo está ubicado entre las ideas del procedimiento y el proceso administrativos.²⁰

B] EL FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

En seguimiento de las ideas elaboradas por Fix-Zamudio, apoyadas a su vez en la doctrina de Jesús González Pérez y Andrés Serra Rojas, nos expresa que los recursos administrativos tienen un doble fundamento jurídico:

¹⁹ En este caso, la resolución del recurso es materialmente administrativa, pues la misma es dictada de acuerdo con las facultades de revisión de la legalidad u oportunidad de los actos administrativos. Aun cuando el particular plantea un conflicto, generalmente de interpretaciones, ante la autoridad que resolverá la impugnación, lo cierto es que el acto que decida sobre la inconformidad carece de las características del acto jurisdiccional, puesto que no proviene de un tercero imparcial, ni goza de la naturaleza de cosa juzgada, en virtud de que puede ser objeto de impugnación posterior ante los tribunales o la misma autoridad administrativa o su superior jerárquico pueden dejarlo sin efectos en ejercicio de sus facultades revisoras de forma oficiosa. Cf. ALESSI, Renato, *op. cit.* supra nota 6, pp. 617 y 618.

²⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.* supra nota 1, pp. 39 y 40.

a) La conveniencia de que la administración pública revise sus propios actos “para corregir los errores y violaciones que advierta y que afecten la esfera jurídica de los administrados”, a fin de evitar la iniciación de un proceso administrativo que pueda resultar adverso a la administración. Sobre este fundamento existe la indebida interpretación, en las distintas administraciones públicas de México, de que el recurso administrativo representa el respeto del derecho de audiencia a favor de los órganos, lo cual lleva a la conclusión de preferir el agotamiento obligatorio de dicho medio de impugnación. En realidad, el recurso es una expresión del privilegio de autotutela administrativa, a fin de poder revisar los actos y resoluciones administrativas, que puede ser ejercido a incitación de parte presuntamente afectada, generalmente a través del propio recurso, o de oficio.²¹

b) Los recursos administrativos son expresión de las garantías de audiencia y legalidad, a favor del administrado.²²

A este doble fundamento jurídico, me atrevo proponer otro más, el de que el recurso administrativo es una forma de control interno de los órganos administrativos auxiliares del Poder Ejecutivo, por el cual se trata de corregir o enmendar afectaciones al Estado de Derecho o superar actuaciones que redundan en perjuicio del interés público.²³

²¹ Sobre este particular el profesor Alessi considera que el fundamento del recurso viene dado por la ilegalidad del acto, en el sentido de disconformidad con el Derecho, *op. cit.* supra nota 6, p. 618.

²² FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.* supra nota 1, p. 46. Una coincidencia interesante con el doble fundamento expuesto por Fix-Zamudio es el planteamiento de Alfonso Nava Negrete, con especial referencia a la experiencia mexicana, en la voz “Recursos administrativos”, *op. cit.* supra nota 15, p. 2710.

²³ Aunque no maneja expresamente la idea de este tercer fundamento

III. EL RECURSO ADMINISTRATIVO EN EL ESQUEMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

A efecto de tener un marco conceptual que sirva para ubicar a los recursos administrativos dentro de la justicia administrativa, propondré, de forma abreviada, un concepto de ésta y trazaré sus sectores. La justicia administrativa podemos ubicarla como uno de los medios de control sobre la administración pública, mismos que resultan de variadas formas con las cuales se trata de imponer límites a la actividad de los agentes del poder ejecutivo.

La justicia administrativa es el conjunto de medios jurídicos que están a disposición de los particulares, personas físicas o jurídicas, para tutelar su esfera jurídica, que comprende el conjunto de derechos e intereses legítimos, que puede resultar afectado por los actos u omisiones de las autoridades de la administración pública.

La justicia administrativa se compone de: a) los medios auxiliares de la jurisdicción administrativa y b) de la jurisdicción administrativa en estricto sentido o contencioso-administrativo. Durante mucho tiempo se ha considerado que el término justicia administrativa sólo correspondía al control de la legalidad ejercido por los tribunales encargados de resolver los conflictos entre la administración pública y los administrados. Sin embargo, Antonio Carrillo Flores y Héctor Fix-Zamudio han ampliado esa formulación y sostienen que se debe

jurídico, se puede derivar del planteamiento formulado por VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *op. cit.* supra nota 13, p. 61. De dicho autor, cf. id., *El control de la administración pública en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1996, pp. 61-65. También cf. ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *op. cit.* supra nota 4, pp. 68-70.

adjudicar a todos los medios de defensa del particular frente a la actuación administrativa²⁴. En especial, la obra del Dr. Fix-Zamudio ha puesto énfasis en que la justicia administrativa también abarca al ombudsman, a la responsabilidad patrimonial del Estado, a las leyes de procedimiento administrativo y a las leyes para el control de la informática, englobándolos en un apartado denominado “medios auxiliares de la jurisdicción administrativa”, cuyo objeto consiste en disminuir la carga de trabajo de los tribunales administrativos, a efecto de que puedan resolver de manera expedita los conflictos planteados por los administrados contra los actos administrativos.²⁵ Además se ha demostrado que esos medios auxiliares también sirven para resolver cuestiones administrativas que difícilmente serían planteadas en la jurisdicción administrativa, por tratarse de intereses legítimos, difusos o simples, ya que en los tribunales predomina la protección de los intereses jurídicos de los particulares.²⁶

De acuerdo a la eminente doctrina de Fix-Zamudio, los recursos administrativos se erigirían en medios auxiliares de la jurisdicción administrativa, dentro de la idea de que si efectivamente la administración pública considera ilegal el acto impugnado, entonces se evitaría que el conflicto perviva y sea trasladado a la sede jurisdiccional, por lo que los tribunales administrativos

²⁴ De manera implícita lo hizo CARRILLO FLORES, Antonio, *op. cit.* supra nota 14, pp. 9-28, y explícitamente FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.* supra nota 1, pp. 11, 12 y 21. Este último tratadista mantiene la misma postura en *id.*, “Justicia Administrativa en México”, Conferencias Magistrales, México, Poder Judicial de la Federación-Instituto Federal de Defensoría Pública, 2002, pp. 29-37.

²⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *loc. cit.*

²⁶ Cf. PÉREZ LÓPEZ, Miguel, “La justicia administrativa en la Constitución federal mexicana” en *Alegatos*, número 41, enero-abril de 1999, pp. 97-108.

se ocuparían únicamente de las cuestiones administrativas relevantes.

Es notorio que la materia de los recursos administrativos forma parte de la temática de las leyes de procedimiento administrativo. En esta cuestión, las leyes uniformes deben erradicar los recursos dispersos en la legislación administrativa, a fin de establecer uno solo, en la medida que lo permita la tendencia hacia la especialidad dominante en los ramos de la administración pública, donde destaca la materia fiscal y sus derivaciones (materias aduanera, aportaciones de seguridad social, comercio exterior, por mencionar las más conocidas), que permita dar cumplimiento al doble fundamento garante tanto de la actividad administrativa como de los derechos e intereses de los administrados, a que hacen referencia los maestros Fix-Zamudio y Nava Negrete²⁷. De esta manera, se proporciona un marco de certeza y seguridad, al señalar anticipadamente cada formalidad del procedimiento administrativo de tipo contencioso y con ello evitar a) dilaciones injustificadas, b) invocación arbitraria de disposiciones jurídicas como legislación supletoria y c) omisiones legales sobre requisitos de promociones, términos, notificaciones, pruebas, alegatos, impedimentos, suspensión y efectos de las resoluciones. Así, la autoridad queda sujeta a los principios de legalidad y seguridad jurídica, el particular puede anticipar el desarrollo procedimental y a ambas partes se les obliga a seguir las prescripciones que permitan llevar a cabo dicho desarrollo adjetivo en forma ordenada, hacia un determinado fin.

²⁷ Respecto a los beneficios de las leyes uniformes de procedimiento administrativo, cf. PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "Los principios del procedimiento administrativo. El caso de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo" en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 5, 1999, pp. 315-320.

La idea del recurso común implica una tarea de defoliación normativa, sin que se vea alterada por excepciones trastornadoras de esa idea incorporadas a la vida jurídica, por muy importante que sean alegadas las distintas materias administrativas.

La opción del recurso es una cuestión preconizada por la doctrina administrativa y atacada desde algunos sectores de las administraciones públicas. Fix-Zamudio ha sido adalid de la opción del recurso²⁸, precisamente a partir de la experiencia que ha demostrado la asunción de posturas tendentes a convertir a los recursos administrativos en “trampas” procedimentales para los administrados, a pesar de las admoniciones jurisprudenciales. Cuando el recurso es obligatorio, el particular afectado debe agotarlo para, en caso de persistir la lesión a sus derechos, acudir posteriormente a la instancia jurisdiccional correspondiente en ejercicio de su derecho de acción. Ha sido común que en los órganos administrativos se asuma una actitud política de confirmar los actos impugnados mediante un recurso administrativo, a partir de una indebida concepción de la lealtad, simplemente por la consigna de no aceptar las impugnaciones de los gobernados o si en el órgano encargado de resolver el recurso se desconoce la técnica del Derecho Administrativo. Lo anterior no significa que forzosamente el afectado decida mejor impetrar a los tribunales competentes, en desmedro del recurso, sino permitirle una amplitud de opciones para ejercer su derecho a la defensa, como mejor le convenga, pues si el afectado considera que es mejor acudir al recurso, no sería sensato vedarle la vía en sede administrativa, de resultar provechoso para sus intereses, así como

²⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.* supra nota 1, pp. 48-51.

beneficiar, al mismo tiempo, la eficiencia y la legalidad de la función ejecutiva. Ello justifica que la tendencia por la opción del recurso administrativo sea la dominante en las leyes de procedimiento administrativo, en las leyes tributarias y en las leyes de los tribunales de lo contencioso-administrativo.

IV. LA REFORMA DEL RECURSO DE REVOCACIÓN DEL CFF

El recurso de revocación del CFF representa un epítome de los medios de defensa en sede administrativa, que en anteriores Códigos Tributarios resultaban profusos. Desde 1995, se ha convertido en el único medio de impugnación de resoluciones y actos fiscales que se puede hacer valer ante la autoridad tributaria.²⁹ Con el paso del tiempo, el recurso de revocación ha extendido su aplicabilidad y no sólo a la materia fiscal común. La regulación del CFF de dicho recurso se aplica: *a)* supletoriamente a las disposiciones aplicables del recurso de inconformidad previsto en la Ley del Seguro Social y en su Reglamento del Recurso de Revocación³⁰; *b)* para resolver los casos en que así proceda, relativos al procedimiento administrativo de ejecución, así como a las solicitudes de prescripción y caducidad planteadas por los patrones, conforme lo dispone la fracción IV del artículo 30 de la Ley del Instituto del Fondo de la Vivienda de los

²⁹ Sobre el proceso de concentración de los recursos administrativos del Código Fiscal de la Federación, cf. PAZ LÓPEZ, Alejandro, *El recurso de revocación en materia fiscal*, 3a. ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2009, pp. 24-28.

³⁰ Vid. artículos 294 de la Ley del Seguro Social (Diario Oficial de la Federación de 21 de Diciembre de 1995) y 1, 9, 13, fracción IX, y 32 del Reglamento del Recurso de Inconformidad (Diario Oficial de la Federación de 30 de junio de 1997).

Trabajadores³¹; c) para la tramitación y la resolución del recurso de revocación de la Ley de Comercio Exterior, en los términos de su artículo 95³²; d) en cuanto a la tramitación del recurso de inconformidad previsto en el artículo 11-A de la Ley de Coordinación Fiscal³³; e) al artículo 64 de la Ley del Banco de México³⁴, que contiene el recurso de reconsideración, al que le resultan de aplicación supletoria los artículos 130 y 132, entre otras disposiciones, del Código Tributario Federal; f) respecto del recurso innominado previsto en el artículo 27 de la Ley para regular las Agrupaciones Financieras³⁵, también se le aplicarán supletoriamente las disposiciones del CFF, dedicadas al recurso de revocación; g) los actos y resoluciones de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, con fundamento en el artículo 128 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular³⁶, que determinen multas por incumplimiento o violación a las normas de dicha Ley y a las disposiciones que emanen de ella, podrán ser impugnadas mediante el recurso de revocación, con aplicación del CFF en su parte conducente; y h) en materia de la Ley de Aguas Nacionales³⁷, conforme al párrafo final de su artículo 124, se prevé que los recursos contra actos o resoluciones que se emitan en materia fiscal conforme a dicho ordenamiento legal, serán resueltos en los términos del CFF y de su reglamento (sic). Por lo expuesto, se aprecia que el recurso de revocación del CFF tiene una dilatada aplicación, más allá de la materia tributaria, además de ser paradigma

³¹ Diario Oficial de la Federación de 24 de abril de 1972.

³² Diario Oficial de la Federación de 27 de junio de 1993.

³³ Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1981.

³⁴ Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1993.

³⁵ Diario Oficial de la Federación de 18 de julio de 1990.

³⁶ Diario Oficial de la Federación de 4 de junio de 2001.

³⁷ Diario Oficial de la Federación del 1 de diciembre de 1992.

en las legislaciones fiscales locales y municipales del país, y de ahí la importancia de la reforma a algunas de las disposiciones del Código y a la Ley del Servicio de Administración Tributaria, publicadas en el mes de mayo de 2009. A continuación será expuesta la genealogía de la reforma, para encuadrarla en el sistema de los medios de defensa de los particulares contra los actos de la administración pública, en especial, la de tipo tributario.

A] EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

1] LA INICIATIVA

El día 21 de octubre de 2008, los senadores miembros de la Comisión de Hacienda y Crédito Público: Gustavo Enrique Madero Muñoz, José Isabel Trejo Reyes, Minerva Hernández Ramos y Eduardo Calzada Roviroso, presentaron la iniciativa de **Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del CFF y de la Ley del Servicio de Administración Tributaria**.³⁸ Los autores sostuvieron en su documento que en el sistema fiscal mexicano se presenta una tendencia hacia la “judicialización” de prácticamente la totalidad de las controversias entre autoridades fiscales y contribuyentes, ante la falta de medios alternativos de solución de controversias en materia fiscal, por lo que los administrados acuden a la vía jurisdiccional ordinaria, ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o al juicio de amparo como vía extraordinaria. En la exposición de motivos de la iniciativa

³⁸ Gaceta del Senado de 21 de octubre de 2008.

se reconoce un “afán confirmatorio” de los funcionarios encargados de resolver los recursos administrativos, lo cual acarrea una doble afectación en los siguientes términos:

“Esta problemática incide, por una parte, en el alto costo del litigio fiscal, tanto para el contribuyente a cuya cuenta corre su garantía así como su indexación y recargos, como para la Administración que no puede hacer efectivos los créditos que impone, lo que incluso lleva a que el valor de los adeudos fiscales caiga en picada, como lo prueban las leyes de Ingresos para los pasados ejercicios de 2006 y 2007, en donde, a cambio del desistimiento de los medios de defensa y de otros requisitos, las contribuciones adeudadas pudieron en condiciones generales redimirse por los deudores mediante el pago únicamente del 20 % de su valor histórico, sin multas ni recargos.”

La iniciativa expone que también se presenta, como otro inconveniente del recurso de revocación, la falta de confianza de los particulares en dicho medio de defensa, lo que provoca una saturación de la jurisdicción administrativa, dilaciones procedimentales y rezagos alarmantes en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la creación piramidal de Tribunales Colegiados en la materia y la pérdida o menoscabo en la calidad jurídica de las resoluciones o sentencias que resuelven las controversias tributarias. Ante este panorama, los senadores autores de la iniciativa exponen el objeto estructural de su documento, en el siguiente sentido:

“...dotar al recurso de revocación y a los funcionarios encargados de resolverlo de los instrumentos y fortalezas legales necesarias para que recupere su naturaleza verdadera como oportunidad fundamental para la solución de las controversias tributarias entre Fisco y contribuyentes, antes de que conozca de ellas la justicia ordinaria.”

Para tratar de remediar estas deficiencias del sistema de medios de defensa en materia fiscal, los senadores proponen que el recurso de revocación sea fortalecido, a fin de hacerlo “atractivo” para los particulares y que acudan a dicha instancia antes de agotar las vías jurisdiccionales. Las propuestas legislativas fueron: *a)* la apertura de un periodo probatorio (adición de un último párrafo al artículo 123 y del párrafo tercero del artículo 130 del CFF), *b)* el otorgamiento a la autoridad encargada de resolver el recurso, de la facultad oficiosa de recabar pruebas para mejor proveer (adición de un párrafo cuarto al artículo 123 del CFF), *c)* la obligación para la autoridad fiscal de resolver todos los agravios de fondo que plantee el recurrente (reforma del primer párrafo del artículo 132 del CFF), *d)* la dispensa de la garantía por todo el tiempo que dure la tramitación del recurso (adición de un párrafo tercero al artículo 144 del CFF), y *e)* la configuración de exclusión de responsabilidad administrativa por daño económico o patrimonial para los funcionarios encargados de resolver el recurso de revocación (adición de un párrafo segundo al artículo 14 de la LSAT).

La iniciativa fue turnada a las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, y de Estudios Legislativos, Segunda.

2/ EL DICTAMEN EN LA CÁMARA DE ORIGEN

Las Comisiones Unidas emitieron su dictamen con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del CFF y de la LSAT, con fecha 2 de diciembre de 2008³⁹, en el cual se expresaba su coincidencia con la exposición de motivos de la iniciativa, en cuanto a tratar de introducir mejoras al régimen del recurso de revisión. En general, las dictaminadoras aceptaron las disposiciones normativas propuestas en la iniciativa y sólo introdujeron cambios: *a)* al párrafo tercero adicionado al artículo 144 del CFF, donde se hacía referencia a que el contribuyente no estaría obligado a exhibir la garantía hasta que el recurso fuese resuelto “en definitiva”, eliminándose esta referencia, ya que se podría considerar que no fuese necesario garantizar el interés fiscal de la Federación, sino hasta que se agotaran todos los medios de defensa promovidos contra la resolución del recurso (juicio de nulidad y amparo); *b)* respecto a la adición de un párrafo segundo al artículo 14 de la LSAT, se consideró pertinente transformar el contenido de la proposición como un nuevo artículo 35 de la LSAT; y *c)* de ajuste en la técnica legislativa. En la sesión plenaria del 9 de diciembre de 2008, el dictamen no fue objeto de discusión, siendo aprobado en lo general y en lo particular por 108 votos, turnándose a la colegisladora.

3/ EL DICTAMEN EN LA CÁMARA REVISORA

El mismo 9 de diciembre de 2008, la minuta del Senado con el proyecto de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del CFF y de la LSAT fue recibida por la

³⁹ Gaceta del Senado de 9 de diciembre de 2008.

Cámara de Diputados, cuya Mesa Directiva decidió turnarla a la Comisión de Hacienda y Crédito Público. Esta emitió su dictamen el 4 de marzo de 2009⁴⁰, expresando su aceptación con las modificaciones legales, a fin de mejorar el sistema de medios de impugnación de los contribuyentes. El dictamen fue aprobado por el pleno de la Cámara de Diputados en su sesión del 31 de marzo de 2009, con 312 votos en pro y 1 abstención, remitiéndose al Ejecutivo para su promulgación, lo que se realizó por decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 6 de mayo de 2009, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

B] COMENTARIOS AL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CFF Y DE LA LSAT

1] EL OFRECIMIENTO DE PRUEBAS ADICIONALES

La adición de un párrafo final al artículo 123, dedicado a los documentos que deben acompañarse al escrito de interposición del recurso de revocación, y de un tercer párrafo al artículo 130 del CFF, éste último dispositivo destinado a la tramitación del recurso, regulan la carga procedimental del recurrente para ofrecer pruebas adicionales en su beneficio. El nuevo párrafo final del artículo 123 se vincula con el párrafo precedente, que prevé lo siguiente:

“Cuando no se acompañe alguno de los documentos a que se refieren las fracciones anteriores, la autoridad fiscal requerirá al promovente para que los presente dentro del término de cinco días.

⁴⁰ Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de 10 de marzo de 2009.

Si el promovente no los presentare dentro de dicho término y se trata de los documentos a que se refieren las fracciones I a III, se tendrá por no interpuesto el recurso; si se trata de las pruebas a que se refiere la fracción IV, las mismas se tendrán por no ofrecidas.”

El nuevo párrafo final prescribe que, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el recurrente podrá anunciar que exhibirá pruebas adicionales a las ya presentadas, a más tardar dentro del mes siguiente a la fecha de presentación del recurso, y conforme lo dispuesto en el incorporado tercer párrafo del artículo 130 del Código. Esta otra disposición prevé que cuando el recurrente anuncie que exhibirá las pruebas adicionales, tendrá un plazo de dos meses contados a partir de la fecha en que haya efectuado el anuncio correspondiente, para presentarlas.

La teleología de la carga de ofrecer pruebas adicionales, de acuerdo a la iniciativa, consiste en dar la posibilidad a los recurrentes para aportar material probatorio que no hubiera sido proporcionado en el procedimiento administrativo previo. Si bien es cierto se evita mencionarlo en los documentos integrantes del procedimiento legislativo, lo cierto es que, en la mayor de las ocasiones, los contribuyentes omiten aportar probanzas en los procedimientos previos, por carecer del apoyo de un abogado que los patrocine ante la autoridad tributaria, de tal forma que al interponer el recurso de revocación se le inhibiese el ofrecimiento de dichas probanzas. Sin embargo, el plazo de dos meses a que hace referencia el artículo 130 es demasiado extenso para aportar las pruebas, lo que redundaría en contra de la misma reforma, pues, de manera natural, también se

alarga el plazo para resolver el recurso, conforme al artículo 131 del CFF. Si bien se mantienen incólumes los dos párrafos iniciales del artículo 131 (plazo de tres meses para resolver el recurso de revocación y la consecuente negativa ficta en caso de no producirse la resolución en dicho plazo), el tercer párrafo adicionado en la reforma de mayo de 2009 extiende en dos meses más la resolución del recurso.

Si bien es loable la incorporación de esta carga probatoria en el CFF, el plazo para aportar pruebas adicionales me parece demasiado extenso, sin posibilidad de que el recurrente lo pueda acortar a un mes, por ejemplo. No debe desconocerse que ya el artículo 123 del CFF contenía disposiciones favorables para los recurrentes en materia probatoria: *a)* la presentación de copias simples de los documentos ofrecidos como pruebas (segundo párrafo); *b)* el señalamiento de archivos o del lugar donde se encuentren documentos que no hubiesen podido obtenerlos a pesar de estar legalmente a su disposición (tercer párrafo); *c)* el deber de la autoridad encargada de resolver el recurso, de recabar las pruebas que obren en el expediente del que surgió el acto impugnado, a petición de recurrente, si éste no hubiere tenido oportunidad de obtenerlas (cuarto párrafo); y *d)* prevención al recurrente para que presente documentos faltantes a su instancia (el mismo cuarto párrafo). Además, de que en el artículo 1o. de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo se prevé que el demandante podrá hacer valer en su demanda conceptos de impugnación no planteados en el recurso, lo que posibilita que ofrezca, también, elementos de convicción no ofrecidos en dicho recurso. Igual hipótesis se desprendería en el caso de impugnarse, en sede jurisdiccional, la resolución de un recurso administrativo

que declare tenerlo por no interpuesto o que lo deseche por improcedente. Además, de acuerdo al artículo 24 de la Ley Federal de Derechos del Contribuyente, en el recurso administrativo los particulares podrán ofrecer como prueba el expediente administrativo del que emana la resolución impugnada.

2/ PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER

Una de las aportaciones del procesalismo moderno fue la posibilidad de que el juzgador tuviese la oportunidad de allegarse de otros medios de convicción, distintos de los ofrecidos por las partes en los procesos llevados ante su jurisdicción, conociéndose esta aportación como “pruebas para mejor proveer”. Si bien es cierto esta figura procesal no es extraña a la materia administrativa (*v. gr.* en los juicios sustanciados ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa o ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de las entidades federativas y en el recurso de revisión de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo), la reforma de mayo de 2009 la incorpora al trámite del recurso de revocación, como el nuevo cuarto párrafo del artículo 130. Sin embargo, es de desearse que la facultad probatoria realmente sea llevada a la práctica de parte de las autoridades administrativas competentes para resolver los recursos de revocación y así superar la tendencia confirmatoria de los actos impugnados a través de dichos medios impugnativos.

3/ PRELACIÓN DE LOS AGRAVIOS DE FONDO

El primer párrafo del artículo 132 del CFF fue reformado, a fin de imponer, a la autoridad encargada de resolver el

recurso, el deber de atender en primer lugar a los agravios de fondo (incompetencia, error de hecho y de derecho), antes de analizar los agravios sobre violación de requisitos formales o vicios de procedimiento, de forma similar a la técnica procesal seguida en los juicios de nulidad sustanciados ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Tal vez, hubiera sido conveniente, de una vez, enumerar las causales de nulidad del acto impugnado de la misma forma en que están expresadas en el artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

4) EL RELEVO DEL OFRECIMIENTO DE LA GARANTÍA DEL INTERÉS FISCAL

Uno de los innegables beneficios de la reforma de mayo de 2009 fue la adición del tercer párrafo del artículo 144 del CFF, que recorrió los restantes párrafos de dicho precepto. El párrafo agregado establece que si concluido el plazo de cinco meses para garantizar el interés fiscal, al que hace referencia el segundo párrafo del mismo numeral 144, no ha sido resuelto el recurso de revocación, se releva al contribuyente de exhibir la garantía de mérito hasta la resolución de dicho medio administrativo de impugnación.

5) EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DAÑO ECONÓMICO O PATRIMONIAL PARA LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE RESOLVER EL RECURSO DE REVOCACIÓN

El nuevo artículo 35 de la LSAT tiene la finalidad de evitar que los servidores públicos encargados de la tramitación y resolución de los recursos previstos en las leyes fiscales (como es el recurso de revocación), sean

sancionados en caso de proponer y dictar actos y resoluciones que puedan generarles una responsabilidad, en especial resarcitoria, de resultar favorables los medios de defensa a los recurrentes. En todo caso, sí se surtirá la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos cuando la resolución que emitan: *a)* carezca por completo de fundamentación o motivación; *b)* no sea congruente con la cuestión, solicitud o petición planteada por el contribuyente; o *c)* se acredite en el procedimiento disciplinario que al servidor público le son imputables conductas que afecten la independencia de criterio que debió guardar al resolver el recurso, como podría ser aceptar consignas, presiones, encargos, comisiones o cualquier acción que genere o implique subordinación respecto del recurrente, de forma directa o a través de interpósita persona.

V. CONCLUSIONES

La idea toral del legislador federal fue fortalecer el recurso de revocación dentro del sistema de la justicia administrativa, entendida en un sentido amplio, en especial procurar la disminución del número de controversias en materia fiscal planteadas ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, a fin de que el contencioso administrativo se ocupe sólo de aquellos asuntos de mayor relevancia, dejando que la autoridad administrativa coadyuve en la impartición de justicia. Es de desearse que se logren los propósitos del Congreso de la Unión: *a)* que sean purgadas las tendencias confirmatorias al momento de resolver los recursos impuestos a las autoridades tributarias federales; y *b)*

que los particulares acudan al recurso de revocación, aprovechando los beneficios adjetivos incorporados en la reforma de mayo de 2009.

Las reformas y adiciones del recurso de revocación del CFF se unen a una importante transformación del sistema de justicia administrativa que, a lo largo de 2009, se ha enriquecido con la reforma legal en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, que puso fin a una indeseable ambigüedad en la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y con la instauración de los juicios administrativos en línea ante dicho órgano jurisdiccional, que marcan una positiva dirección de la justicia administrativa en el ámbito federal, junto con la expedición de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, de diciembre de 2005, y de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, de diciembre de 2007.

¿Los sustitutivos penales son una solución a los problemas penitenciarios o a los sistemas sancionatorios?

*Jorge Robledo Ramírez**

A Rafael Heredia Rubio, con todo mi afecto

Planteamiento

Las líneas que se expondrán a continuación intentarán responder a la interrogante del título de este artículo, que plantea el dilema al que se han enfrentado, a mi juicio, los sustitutivos penales desde su aparición legal y que permanece aún en la actualidad; advierto que esta exposición aludirá a los sustitutivos penales contenidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal¹ (en adelante Nuevo Código).

Para explicar ese dilema, comenzaré por señalar que los sustitutivos penales surgieron como solución al uso excesivo de la privación de libertad como castigo, pues evitaban la ejecución de esa pena, siempre y cuando

* Profesor del INACIPE, de la Universidad Anáhuac del Norte y de la Escuela Judicial del Estado de México.

¹ Véase, respecto a la elaboración de este Código, el prólogo del doctor Sergio García Ramírez en Díaz de León, M. A. *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con Comentarios*, ed. Porrúa, México, 2004, pp. IX y ss; asimismo, la presentación y el proceso legislativo contenidos en García Ramírez, S. *et al.*: *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado*, ed. Porrúa y UNAM, t. I, México, 2006, pp. VII y ss.

tuviera corta duración. La razón del interés por sustituir este tipo de pena obedeció a que los efectos preventivos que desplegaba resultaban inútiles para que los condenados no volvieran a delinquir. La aceptación y puesta en práctica de los sustitutivos no estuvo exenta de problemas, pues se alejaron del Derecho penal retributivo y, a cambio, asumieron principios orientados a la prevención especial.

Con esa intención de prevenir los delitos y con un esquema de castigo distinto, basado en evitar la privación de libertad, los sustitutivos se convirtieron en alternativas a la pena de prisión y, a pesar de ello, no han llegado a ocupar un lugar importante en los sistemas sancionatorios; desde mi punto de vista, lo anterior debió haber sido así, porque los deseos por reemplazar la privación de libertad como sanción de delitos poco graves son un postulado permanente de la política criminal: hace tiempo casi nadie, por no decir nadie, aboga por el empleo de la prisión en delitos escasamente relevantes².

No obstante, la peculiaridad de los sustitutivos, consistente en que implican la libertad de los condenados, porque no son privados de ella salvo tratándose de la semilibertad, origina, y continúa originando, que su lugar dentro de las sanciones penales sea secundario y, por tanto, no hayan restado protagonismo a la prisión. Esta realidad obedece, además, a que los gobernantes y los legisladores han sido renuentes en dotarlos, respectivamente, de la infraestructura que requieren para

² Por esta razón, la Asamblea General de la ONU aprobó por unanimidad, desde el Séptimo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, llevado a cabo en 1980, que se buscaran alternativas a la pena privativa de libertad (véase Jescheck, H. H. *Tratado de Derecho penal*, Parte General, 4ª edición, traducida por José Luis Manzanares Samaniego, ed. Comares, Granada, 1993, p. 679).

que funcionen adecuadamente y de los criterios legales necesarios para que los jueces decidan aplicarlos³.

Pues bien, el propósito de este trabajo es que se reflexione acerca de que, si se desea que descienda el empleo de la prisión, son necesarios unos substitutivos penales estructurados no sólo para evitarla, sino también para que los condenados no queden impunes. Sólo de esta manera se podrá pensar en desaparecer las penas privativas de libertad cuya duración es poco útil⁴ para prevenir los delitos.

I. ¿Substitutivos penales?

Hablar de substitutivos penales trae consigo la tarea de definir a cuáles de ellos se está uno refiriendo, ya que ese concepto se utiliza para abarcar instituciones distintas. Hay que recordar que Ferri fue el primero que empleó ese término para aludir a mecanismos de *prevención social de la criminalidad* que, basados en el empirismo, actúan en las causas sociales que la generan, por lo que son ajenos a la ejecución penal; asimismo, debe precisarse que también los beneficios de libertad anticipada o beneficios penitenciarios se identifican con el nombre de substitutivos penales.

³ Ambas deficiencias del Nuevo Código son referidas por Peláez Ferrusca, M. "El sistema de penas en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal" en *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal "Fernando Castellanos Tena"*, ed. UNAM, México, 2003, pp. 122 y 123.

⁴ Véase, en cuanto a la precisión de la poca utilidad y el rechazo a que las penas cortas son inútiles, Cardenal Montravel, S. "Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la substitución" en *Nuevas tendencias en política criminal: Una auditoría al Código Penal español de 1995*, ed. Reus, Madrid, 2006, p. 19, nota 6.

Sin embargo, se conoce, a través de interpretaciones gramatical, histórica, lógico-jurídica y teleológica, que esa denominación corresponde con mayor exactitud a las sanciones sustitutivas de las penas cortas de prisión⁵; por consiguiente, en este trabajo me referiré a las sanciones sustitutivas de las penas cortas previstas en el Nuevo Código Penal, por lo que estaré aludiendo al trabajo a favor de la comunidad, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el tratamiento en libertad, la semilibertad, el nuevo trabajo a favor de la víctima y a la multa sustitutiva⁶.

II. ¿Cuándo y sobre qué bases surgieron?

Recordaré que los sustitutivos penales aparecieron en el siglo XIX y que el primero de ellos que se conoció y aplicó, en México, fue la condena condicional, gracias a las ideas de Macedo⁷.

⁵ Véase, ampliamente, mi tesis doctoral: *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales. Estudio de su regulación en España y México*, ed. EDESA, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Colección de Criminología y Derecho penal, Madrid, 1996, pp. 189 y ss.

⁶ Así también García Ramírez, S. "Sustitutivos de la prisión y reparación de daños y perjuicios en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (2002)" en *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal "Fernando Castellanos Tena"*, ed. UNAM, México, 2003, pp. 127 y ss; el mismo: *Nuevo Código...cit.*, pp. 363. Con opinión distinta en relación con la suspensión condicional, aunque no a la prevista en el Nuevo Código, Sanz Mulas, N. *Alternativas a la prisión, su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, ed. INACIPE, México, 2004, pp. 428 y 429.

⁷ Véase, acerca de la vida y obra de este importante penalista cuyo nombre completo es Miguel Salvador Macedo y Saravia, Carrillo Prieto, I. y Gutiérrez Tello, M. El patio de los juristas en la Procuraduría de la República, *Revista Mexicana de Justicia* núm. 1, vol. VI, enero-marzo, ed. Procuraduría General de la República, México, 1988, pp. 185 y ss.

Es importante llamar la atención acerca de que, desde que la condena condicional se iba a prever en el Código Penal de 1929, se advirtió que era necesario que ese texto abandonara los principios retributivos que caracterizaron al Código Penal de 1871.

Se fijó como propósito de la condena condicional evitar la imposición y ejecución de las penas cortas por ser inútiles para alcanzar la readaptación social, pues únicamente tenían la virtud de desplegar efectos intimidatorios en algunos pocos delincuentes; por esta razón, esas penas generaban reincidencia sobre todo por la convivencia entre reclusos por delitos de escasa gravedad y sentenciados a penas de considerable duración (contaminación carcelaria)⁸. Posteriormente, se consideró que este único sustitutivo penal era insuficiente, por lo que era necesario prever más.

Por ello, aquí en México, el doctor Sergio García Ramírez impulsó, hace casi tres décadas, que se establecieran el trabajo a favor de la comunidad, la semilibertad, el tratamiento en libertad de imputables y la multa sustitutiva, como consecuencia del reiterado empleo de las penas de prisión⁹.

Coadyuvó a alcanzar ese fin, un amplio movimiento político criminal emprendido en algunos países en la segunda mitad de los años setenta (Estados Unidos, Alemania e Italia) que intentó, como uno de sus objetivos, que la aplicación de la pena de prisión se limitara, por lo

⁸ Véase, sobre la condena condicional (suspensión condicional de la ejecución de la pena, de acuerdo con el Nuevo Código), *Concepto y principios...*cit., pp. 27 y ss.

⁹ Véase, sobre todo, García Ramírez, S. *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas (Estupefacientes y psicotrópicos, aborto, sanciones, menores infractores)*, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales número 6, ed. INACIPE, México, 1981, pp. 142 y ss.

que se estimó conveniente sustituir a las penas cortas. Ese movimiento político criminal conjugó una serie de tendencias que potenciaban a los sustitutivos penales, con base en poner en entredicho la intervención penal para resolver el problema de la delincuencia y la privación de libertad como castigo¹⁰.

Esas tendencias fueron el sistema sancionatorio diferenciado, la despenalización y la desinstitucionalización, que consolidaron el interés por contar con más sustitutivos penales¹¹.

III. Los sustitutivos frente al ámbito penitenciario

En los momentos en que se conjugaba el interés por limitar el empleo de la prisión y se encontraron razones de peso para prever nuevas formas sancionatorias, los sustitutivos penales fueron la solución porque evitaban la privación de libertad y, así, la reincidencia que generaba en quienes llegaban a padecerla; pasados algunos años, se han presentado los siguientes inconvenientes con los sustitutivos penales¹²:

Primero: es difícil dejar de emplear la prisión como castigo incluso en delitos de escasa y mediana gravedad¹³, ya que cualquier otra sanción que se imponga se considera laxa y más aún los sustitutivos penales debido

¹⁰ Véase Jescheck, H. H. *Tratado de Derecho penal*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 1046 y ss.

¹¹ Véase mi trabajo *Concepto y principios...*cit., pp. 88 y ss; asimismo, Sanz Mulas, N. *Alternativas a la prisión...*cit., pp. 381 y ss.

¹² Precisamente por estos inconvenientes creo, al igual que el doctor García Ramírez, que los sustitutivos están en crisis ("Sustitutivos de la prisión..."cit., pp. 126 y 127) y debido a ello es difícil llegar a pensar que los legisladores tuvieran la intención de que la pena privativa de libertad menor de tres años quedara eliminada en el Nuevo Código, tal y como lo plantea Mercedes Peláez ("El sistema de penas..."cit., p. 120).

¹³ Así, Jescheck, H. H. *Tratado de Derecho penal...*cit., p. 680.

a que se ejecutan sin privar de la libertad a los condenados¹⁴.

Segundo: la inversión económica al ámbito penitenciario debe ser importante porque no sólo implica el costo de la prisión como pena, sino también el de la prisión cautelar, o sea, la provisional o preventiva, de frecuente empleo mientras transcurren los procesos penales.

Tercero: el alto costo para mantener el ámbito penitenciario obliga al Estado a que le destine más dinero y, así, pocos recursos pueden ser asignados a crear la infraestructura de los sustitutivos penales.

Con estos inconvenientes, los sustitutivos penales dejaron de verse, paulatinamente, como la solución a los problemas penitenciarios¹⁵, cuya raíz está en que la prisión no se ha limitado por los legisladores y continúa siendo el castigo por antonomasia al que recurren los jueces; además, sin los recursos económicos requeridos para su infraestructura, los sustitutivos se han llegado a convertir en reacciones contra el delito inaplicables, escasamente efectivas y generadoras de impunidad. Para evitar esto último, es importante insistir en que crear la infraestructura de los sustitutivos penales implica dotarlos de los elementos en los que reside su contenido punitivo y/o de tratamiento: supervisión de la autoridad, lugares de reclusión para que se cumpla la semilibertad, medidas

¹⁴ Por ello, la aplicación de los sustitutivos penales ha sido restringida de distintas maneras por los legisladores, que han optado por aumentar la duración de la prisión cada vez más, poniendo de relieve sus propósitos de favorecer la represión inherente al Derecho penal (véase Islas de González Mariscal, O. "Reforma penal sustantiva" en *Las reformas penales de los últimos años en México*, ed. UNAM, México, 2001, pp. 7 y ss.).

¹⁵ Así, Sánchez Galindo, A. "Derecho penal ejecutivo" en *Las reformas penales de los últimos años en México*, ed. UNAM, México, 2001, pp. 104 y ss.

laborales, educativas, de salud o tendientes a la deshabituación previstas en el tratamiento en libertad y prestación de servicios remunerados o no en las instituciones a que se refieren el trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad.

En resumen, sin la infraestructura, habrá que asumir que se incrementará el uso de la prisión y/o que muchos condenados queden impunes.

IV. Los sustitutivos frente a las demás sanciones penales

Un análisis de cuál ha sido la significación de los sustitutivos penales en los sistemas de sanciones, o expresado en otros términos, de qué papel han jugado en comparación con las restantes formas de reacción contra el delito, obliga a recordar lo experimentado por la condena condicional. Desde su aparición legal, se debatió lo que realmente representaba, ya que compartió escena con la *probation*, que más nítidamente, por el sistema de prueba que la configuraba, fue apreciada como forma de castigo sustitutivo de la privación de libertad. Contrariamente, la valoración de la condena condicional siempre fue confusa sobre todo porque se dejaba, con asiduidad, al margen su contenido punitivo, lo que generó que, sin fundamento, se considerara una medida de gracia, de indulgencia, de simple renuncia a la pena o, en el mejor de los supuestos, una forma de cumplir con la prisión¹⁶; esta visión sobre la condena condicional favoreció que los jueces la concedieran, pese a reemplazar penas cortas de prisión impuestas, sin tener en cuenta las exigencias legales para su otorgamiento y

¹⁶ Véase *Concepto y principios...*cit., pp. 25 y ss.

las obligaciones o deberes inherentes a dicha condena, lo cual produjo una distorsión que se conoce con el nombre de *automatismo*¹⁷. Por consiguiente, la condena condicional no tuvo cabida en los catálogos de penas y medidas de seguridad, quedando también excluida, tras surgir otras sanciones sustitutivas, de compartir con estas últimas un lugar dentro de las formas de castigo.

De manera similar a lo acabado de apuntar, los artículos 30 y 84 del Nuevo Código prevén, respectivamente, que la mayoría de los sustitutivos penales se cataloguen como penas, con excepción de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y que esta suspensión no esté reconocida como uno de ellos.

Basta esta mención resumida a esos preceptos para demostrar que los legisladores desestimaron que el trabajo a favor de la comunidad, el tratamiento en libertad, la semilibertad, el trabajo a favor de la víctima, la multa sustitutiva y la suspensión condicional de la ejecución de la pena comparten los mismos presupuestos (delito e imposición de pena corta), principios y forma de ejecución (evitan la privación de libertad)¹⁸. La desestimación de estos aspectos comunes impide ver a todas esas consecuencias jurídicas del delito como un conjunto homogéneo cuya misión es reemplazar a las

¹⁷ Recientemente sobre esta distorsión, Cardenal Montraveta, S. “Alternativas a la pena...”cit. p. 26.

¹⁸ Así también García Ramírez, S. “Sustitutivos de la prisión y reparación de daños y perjuicios en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (2002)” en *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal “Fernando Castellanos Tena”*, ed. UNAM, México, 2003, pp. 127 y ss; el mismo: *Nuevo Código...*cit., pp. 363. Con opinión distinta en relación con la suspensión condicional, aunque no a la prevista en el Nuevo Código, Sanz Mulas, N. *Alternativas a la prisión, su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, ed. INACIPE, México, 2004, pp. 428 y 429.

penas cortas privativas de libertad; junto con esto también se pasa por alto que, por esas coincidencias entre tales tipos de reacción contra el delito, es empleado un término (el de sustitutivo penal) para identificarlos y, a la vez, diferenciarlos de las otras formas de punir agrupadas con los conceptos pena y medida de seguridad para estos mismos efectos.

La exclusión de la suspensión condicional de ese conjunto homogéneo, por una parte, genera una deficiencia sistemática al quedar dicha suspensión formalmente fuera del cuadro de sanciones con las que comparte el objetivo de evitar la privación de libertad¹⁹; y por otra parte, lo que es más grave, esa exclusión es contraria al principio de legalidad²⁰, como resultado de que, cuando un condenado a una pena privativa de libertad se beneficia con la suspensión, queda sujeto a una serie de obligaciones y deberes que debe cumplir si quiere evitar la cárcel²¹, de tal suerte que la suspensión restringe derechos y libertades sin estar prevista como sanción²².

Dar a la suspensión condicional un tratamiento distinto del concedido a los demás sustitutivos y

¹⁹ Véase García Ramírez, S. "Sustitutivos..."cit., p. 132; asimismo, en *Nuevo Código...*cit., pp. 363 y ss.

²⁰ Véase, al respecto, "*Concepto y principios...*" cit., pp. 147 y ss.

²¹ El artículo 90 del Nuevo Código prevé, como *obligaciones o deberes condicionales* (véase, sobre este término, *Concepto y principios...*cit., pp. 273 y ss): Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza el cuidado y vigilancia, desempeñar una ocupación lícita, abstenerse de causar molestias al ofendido o a sus familiares y acreditar que se ha cubierto la reparación del daño (véase García Ramírez, S. *Nuevo Código...*cit., pp. 371 y ss.); por su parte, el artículo 60 establece la supervisión de la autoridad (Natarén Nandayapa, C. F. *Nuevo Código...*cit., p. 258).

²² Véase García Ramírez, S. *Nuevo Código...*cit., pp. 117 y ss; asimismo, mi trabajo *Concepto y principios...*cit., pp. 72 y ss (especialmente pp. 409 y ss).

contemplar a éstos como penas sin diferenciarlos, puede llevar a que no se tengan en cuenta los elementos especialmente creados para aplicarlos. En este sentido, conviene recordar que, tras la ponderación de la gravedad del ilícito y la culpabilidad, a efecto de elegir la pena a imponer y calcular su *quantum* (medición de la pena en sentido estricto), deben valorarse criterios preventivo-generales y preventivo-especiales que aconsejen –o no– tanto la sustitución de aquélla, como el substitutivo penal aplicable (medición de la pena en sentido amplio). Llegado este extremo, la decisión de cuál substitutivo aplicar debe partir de los límites temporales previstos en cada uno de ellos (artículo 84 del Nuevo Código) y basarse, por lo menos, en las peculiaridades referentes al autor del delito exigidas por la ley (primario/reincidente, etc.), un juicio de pronóstico sobre el comportamiento que el condenado tendrá para prever si podrá desarrollar su vida sin cometer otro delito²³. Con el propósito de privilegiar o favorecer la sustitución de las penas de corta duración, uno de los criterios que debió contemplarse en el Nuevo Código es el que comprende la llamada “no desocialización”; esta cláusula constituye una faceta de la resocialización o readaptación social, que entraña que, cuando el juez advierta que la privación de libertad no es

²³ Como señala Cardenal Montraveta, “...la dificultad de conocer la eficacia preventiva de una determinada reacción al hecho delictivo no debe llevar a renunciar al intento de aclararla en la medida de lo posible, mediante estudios criminológicos oportunos, especialmente cuando se opta por una política criminal que incorpora criterios utilitaristas, como la eficacia preventiva. Aquella dificultad tampoco justifica que el legislador se limite a ofrecer al juez la posibilidad de optar por una pluralidad de respuestas del hecho punible, sin indicarle las directrices político criminales que deben guiar su decisión” (“Alternativas a la pena...”cit. p. 21). Véase, acerca de la prognosis criminal, Rodríguez Manzanera, L: *Criminología Clínica*, ed. Porrúa, México, 2005, pp. 245 y ss.

necesaria y va a causar más perjuicios al condenado, que probablemente lo conducirán a cometer otros delitos, estará obligado a sustituir la prisión²⁴.

La importancia de distinguir ambos momentos de medición evita, por tanto, el equívoco de que la culpabilidad²⁵ sea ponderada para elegir algún sustitutivo o, como lo señala el artículo 89 del Nuevo Código, de que el juez considere la naturaleza, modalidades y móviles del delito al momento de optar por la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Este error es apreciable si se repara en que, conforme al artículo 72 de ese texto legal, el juez, antes de decidirse por la suspensión condicional, debe ya haber valorado la gravedad del ilícito, junto con el grado de culpabilidad, teniendo en cuenta, entre otros aspectos: “I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla; II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado; III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado y IV. [...] *los motivos que impulsaron o determinaron al sujeto a delinquir*”. Adicionalmente, hay que estimar lo establecido en la parte final de este precepto que dispone: “Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo...*de las circunstancias del hecho...*” (los subrayados son míos).

²⁴ Así, en mi trabajo “La necesidad de un nuevo enfoque resocializador”, en *Libro en homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, t. II, pp. 64 y ss.

²⁵ Véase Bunster, A. *La culpabilidad en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, en *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal “Fernando Castellanos Tena”*, ed. UNAM, México, 2003, pp. 97 y ss.

La inexactitud del artículo 89 del Nuevo Código deriva de una falsa apreciación de lo que es la suspensión condicional, y revela que es conveniente que ésta sea incluida como una sanción sustitutiva más, sin que ninguna de ellas se confunda con la pena, pues así se puede llegar, tal y como ocurre, a no diferenciar los momentos y los criterios que deben tomarse en consideración para ser aplicadas.

V. Algunas peculiaridades de los sustitutivos en el Nuevo Código

Lo hasta aquí reseñado revela que la previsión de los sustitutivos penales en el Nuevo Código repitió algunos aciertos, aunque también desaciertos, que existían en el Código Penal Federal. Sin embargo, frente a tales desaciertos hubo decisiones que coherentemente apuntan a disminuir el empleo de la prisión.

Una de esas decisiones es haber catalogado al tratamiento de imputables y al trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad, además de como sustitutivos, con el carácter de penas autónomas, y también atribuir el carácter de pena alternativa al mencionado tratamiento. No obstante, la muy limitada profusión que los legisladores le dieron a ambos caracteres, al excepcionalmente recogerlos en la Parte Especial del Nuevo Código²⁶, echó abajo el encomiable propósito de abatir el uso de cárcel sumando esos caracteres al de sustitutivo penal.

Otra decisión afortunada es la temporalidad que se fija para sustituir la pena privativa de libertad, en la inteligencia de que así vista la decisión debió ser

²⁶ Así, García Ramírez, S. “Sustitutivos...” cit., p. 131.

acompañada del establecimiento de las medidas necesarias para que quedara integrada la infraestructura punitiva de los sustitutivos.

A mi juicio, el legislador debió reflexionar aún más sobre la conveniencia de encauzar –sobre todo con la previsión de criterios preventivo especiales como los mencionados con antelación²⁷– las decisiones de los jueces hacia la sustitución, dado el interés reflejado en este mismo sentido por los límites temporales fijados para posibilitar el reemplazo de la pena²⁸; por esta razón, el legislador debió, asimismo, no perder de vista que, junto con el delito, las penas cortas de prisión son los presupuestos de los sustitutivos y que la subsistencia de ellas supone reconocer que son necesarias; a pesar de que entre menos sea su duración su poca utilidad resulta contraproducente, ya que exponen a condenados por delitos de escasa importancia a perjuicios desocializadores, quizá difícilmente superables.

VI. Conclusiones

1.- Continuar viendo a los sustitutivos penales tan sólo como solución a los problemas penitenciarios conducirá a que las decisiones que sobre ellos tomen los

²⁷ Véase *supra* pp. 8 *in fine* y 9.

²⁸ Véase el interesante análisis de los límites temporales y de los criterios establecidos, desde 1983 hasta los del Nuevo Código, para sustituir la pena privativa de libertad efectuado por García Ramírez, S. “Sustitutivos...”cit., p. 128, 129 y 133. Ese análisis refleja, en mi opinión, que los legisladores han tomado decisiones coyunturales respecto a la regulación de los sustitutivos; ello debido a que no han tenido clara la orientación político-criminal ni los principios penales que los fundamentan, dirigidos a reducir la previsión legal y el uso de las penas cortas privativas de libertad, con el propósito de que los sustitutivos sean parte esencial de los sistemas de sanciones, por lo que requieren poder ser utilizables como una forma de castigo.

legisladores respondan a razones meramente coyunturales.

2.- Los sustitutivos penales deben apuntar a ser una solución para los sistemas de sanciones, a través de aminorar paulatinamente, y hasta su total exclusión, el empleo de la prisión de breve duración; a tal fin, se requiere que sean catalogados como un conjunto homogéneo de sanciones distinto a las penas y las medidas de seguridad, ya que este es el punto de partida para que cuenten con la infraestructura diseñada en las normas que los prevén y con criterios preventivo-especiales que favorezcan su aplicación.

**La inconstitucionalidad de la retención por
cuarenta y ocho o noventa y seis horas,
después de ejecutarse las detenciones
en casos de urgencia**

*Alejandro Roldán Velázquez**

I. Introducción

El Congreso Constituyente de 1916-1917 advirtió la necesidad de atribuir a la autoridad judicial exclusividad para la privación de la libertad deambulatoria de la persona a través del decretamiento de las órdenes de aprehensión: consiguientemente, dicha necesidad se estableció en el artículo 16 constitucional, señalando, como excepción, la detención en casos de flagrancia o urgencia.

En el texto original del citado artículo 16 se autorizaba genéricamente a la autoridad administrativa decretar la detención de un acusado, pero solamente en casos urgentes, siempre que no hubiera en el lugar autoridad judicial y se tratara de delitos perseguibles de oficio, debiéndose poner al detenido inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

Tres fueron las deficiencias que hicieron prácticamente inaplicable el precepto en cuestión, a saber:

* Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública.

- a) La falta de precisión en cuanto a la autoridad facultada para ordenar detenciones, pues dentro de la expresión “*autoridad administrativa*” se podían ubicar todas las que tuvieran dicho carácter, dependientes de los gobiernos Federal, Estatales y Municipales;
- b) Que no se haya definido en el precepto qué debía entenderse por “*casos urgentes*” ni tampoco lo hizo el legislador ordinario; y
- c) Que tampoco se haya establecido cómo debía proceder la autoridad judicial cuando la autoridad administrativa hubiera puesto a su disposición al detenido.

En el año de 1993, el constituyente permanente reformó el artículo 16 de la Constitución Federal, conservando el principio general de que la privación de la libertad por causa penal, solamente puede efectuarse mediante orden judicial de aprehensión y que, frente a tal principio, la detención en delito flagrante o por urgencia son supuestos de excepción. En cuanto a la detención urgente, acotó para el Ministerio Público la facultad para ordenarla, previa satisfacción de los requisitos exigidos, al efecto, por el propio dispositivo constitucional.

A pesar de lo anterior, la detención por urgencia, como excepción a la regla general del mandamiento de aprehensión judicial, conforme al original artículo 16 constitucional y también conforme a su texto vigente, no podía ni puede realizarse con fines investigatorios, es decir, para que el Ministerio Público inicie o complete su averiguación; sin embargo, Códigos Procesales Penales tanto locales como el federal e inclusive la propia Ley de Amparo, apartándose de la norma constitucional,

permiten que la detención en casos urgentes sea un medio para que el órgano investigador inicie o complete sus indagatorias. Esta afirmación tiene sustento en el análisis que del precepto constitucional de que se trata se procede a realizar.

II. Antecedentes

El proyecto de norma constitucional, convocada por don Venustiano Carranza propuso, en la parte del artículo 16 que aquí interesa, que:

“Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar bajo su más estrecha responsabilidad la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial”¹.

En un primer dictamen, que fue leído en sesión ordinaria celebrada el 23 de diciembre de 1916, se advierte que la Comisión integrada por Francisco J. Múgica, Enrique Recio, Enrique Colunga, Alberto Román y Luis G. Monzón, propuso a la asamblea algunas variaciones al proyecto del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, considerando en lo conducente que:

“(...) juzgamos peligroso dar facultades a la autoridad administrativa para ordenar aprehensiones ni aun en casos urgentes. Desde luego, siendo tan numerosas las autoridades administrativas, habría que determinar a cuáles de ellas se conceden

¹ Venustiano Carranza, citado por EMILIO O. RABASA, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, pp.88.

esas facultades. Por otra parte la necesidad de dejar la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, puede dar lugar a abusos frecuentes, tanto mas de temerse cuanto que es fácil muchas veces aludir a la responsabilidad consiguiente y cuando la experiencia ha demostrado con cuánta frecuencia han abusado las autoridades administrativas de la facultad que se les ha concedido de ordenar aprehensiones (...)”².

De acuerdo con ello, en el texto del artículo 16, sometido a la aprobación de la Asamblea Constituyente, no fue considerado el párrafo relativo a la detención por casos urgentes propuesto en el proyecto de Constitución.

Sin embargo, en el debate correspondiente, se sostuvo, en relación con la parte del proyecto que permitiría a las autoridades administrativas dictar órdenes de detención, que la Comisión la había creído enteramente peligrosa porque:

“(...) no se fija a qué autoridad administrativa se le concede esta medida, porque por autoridad administrativa puede comprenderse igualmente desde el gobernador del Estado y puede considerarse también autoridad administrativa a un gendarme y verse uno en el caso de ser arrestado por un gendarme (...)”³.

² *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, Tomo III, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, 4ª edición, México, 1994, p. 220.

³ *Ibidem*, p. 222.

En uso de la palabra, el diputado De la Barrera, al respecto, expresó:

“(...) En cuanto a la supresión de que solamente en los casos urgentes se permita esa aprehensión me parece muy justa esa supresión que hace el artículo, porque todos sabemos, señores, que las autoridades administrativas, legas por cierto en materia de derecho, han cometido mil arbitrariedades y cuantas veces quieran aprehender a un individuo, alegarán: lo juzgué urgente (...)”⁴.

En cambio, el diputado Heriberto Jara adujo que no existía razón de peso para que la Comisión hubiera desechado en su dictamen la parte del proyecto de Constitución relativa a la facultad de la autoridad administrativa para decretar la detención por urgencia, porque consideró que:

“(...) fue en previsión de los pequeños lugares donde no es posible que haya distintos turnos de jueces, o que no haya personal competente, sino sólo un juez que no va a estar continuamente, sin dormir y sin comer, esperando que llegue la hora en que se solicite su intervención en un caso urgente en que haya necesidad de proceder a alguna aprehensión. Es muy digna de tomarse en consideración la libertad del hombre y protegerla en todas sus manifestaciones, pero podrá presentarse el caso de que el delito sea

⁴ Ibidem, p. 224.

cometido y que el delincuente, después de ocho o diez días o un mes, se encuentre en tal o cual parte y es necesaria su aprehensión inmediata, porque se teme su fuga, porque ya está ensillando un caballo, porque ya está cerca del tren para fugarse y, entonces, si la autoridad administrativa está privada del recurso que la ley pone en sus manos para proceder a su inmediata aprehensión tiene que recurrir al juez, ir a buscarlo al teatro, a su casa, donde se encuentre, para recabar la orden y después proceder a la aprehensión de aquel criminal, dándole tiempo para su fuga (...)”⁵.

Por su parte, el diputado Múgica dijo en apoyo del dictamen:

“(...) Para los casos verdaderamente urgentes de delitos, ya se autoriza hasta a los particulares para que hagan aprehensiones; en caso desde luego de delito in fraganti, en caso de verdadera urgencia, porque si vamos a considerar otro tipo de delitos y otra clase de detenciones urgentes, que hasta la autoridad administrativa pueda librar la orden de aprehensión y efectuar esta aprehensión, entonces, señores, habremos llegado al caso de que, a pesar de los buenos deseos del ciudadano primer jefe y de la revolución no se habrá remediado nada, pues es indudable que en cualquier

⁵ Ibidem, pp. 224 y 225.

momento propicio habrá personas que se acerquen con una insinuación de urgencia a una autoridad y que esa autoridad estime urgente también la aprehensión y decretar que se quite la libertad a un individuo que no merece sufrir aquel atropello ni merece mucho menos que se le prive de la libertad (...)”⁶.

Nuevamente, en uso de la palabra, el diputado Jara sostuvo que el Presidente de la Comisión dictaminadora refería que el citado proyecto:

“(...) se ha inspirado en el deseo de mantener siempre la seguridad, la garantía, la libertad pública, para haber dictaminado en la forma que lo ha hecho; que si la autoridad administrativa tuviese la facultad de ordenar aprehensiones, se vería en peligro esa misma libertad. Aquí, en el párrafo que vengo sosteniendo, dice de una manera clara y terminante sólo en casos de gran emergencia podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estricta responsabilidad, ahí la ley establece bajo la responsabilidad más estricta, el dictar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente bajo el fuero judicial; de manera que la autoridad administrativa no puede hacerlo sin incurrir en un delito, en grave falta, abusando de las facultades que se ponen en sus manos, porque la ley ordena que inmediatamente ponga al acusado a

⁶ Ibidem.

disposición de la autoridad judicial; de manera que no tiene derecho a retenerlo en su poder, de manera que sólo arbitrariamente, de una manera atentatoria, puede retenerlo en su poder, incurriendo en la grave responsabilidad que la ley establece por el hecho de haberlo retenido en su poder en la forma indicada (...)”⁷.

De acuerdo con el sentido de las discusiones que ahora, de manera enunciativa se narran, la Comisión, a través de su Presidente, el diputado Múgica, solicitó permiso para retirar el dictamen, lo que fue acordado favorablemente por la Asamblea.

Así, en diversa sesión ordinaria celebrada el 27 de diciembre de 1916, se leyó un nuevo dictamen sobre el artículo 16 del proyecto de Constitución, en el que se hicieron algunas modificaciones, entre ellas, la relativa a la detención urgente, proponiendo a la Asamblea la aprobación del siguiente texto:

“(...) Solamente en casos urgentes, la primera autoridad municipal podrá decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención del acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial (...)”⁸.

En el debate suscitado con motivo de este nuevo dictamen, el diputado Refugio Mercado expresó, en cuanto al texto relativo a la facultad de la primera autoridad municipal para decretar la detención de un acusado en casos urgentes, que sería del parecer que se

⁷ Ibidem, p. 226.

⁸ Ibidem, pp. 233 y 234.

agregara “(...) *otra palabrita, más bien dicho, una frase; decir: Y a falta de la autoridad judicial (...)*”⁹.

Después de las intervenciones de distintos Diputados, en las que no se expusieron consideraciones relevantes respecto de las detenciones urgentes, el dictamen fue rechazado.

En una diversa sesión efectuada el 11 de enero de 1917, la Comisión presentó un tercer dictamen en el que se sostuvo que había sido imposible interpretar cuáles de las modificaciones, propuestas por distintos asambleístas, merecían la aprobación del Congreso, motivo por el que fueron citados “(...) *todos los abogados que figuran en la Cámara, por tratarse de un punto técnico, para conocer sus opiniones, recoger las ideas generales en que todos coincidieran y darles forma en el nuevo artículo (...)*”¹⁰.

De la deliberación que se verificó entre los abogados concurrentes resultó:

“(...) que la facultad de decretar aprehensiones, que se concede en casos urgentes a la autoridad administrativa, tenga lugar solamente a falta de la autoridad judicial (...)”¹¹.

Así, la Comisión redactó nuevamente el artículo 16, mismo que fue sometido a la aprobación de la Asamblea y que, en la parte relativa, fue del texto siguiente:

“(...) Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se

⁹ Ibidem, p. 242.

¹⁰ Ibidem, p. 251.

¹¹ Ibidem.

*persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial (...)*¹².

En sesión ordinaria celebrada el 13 de enero de 1917, fue aprobado, sin discusión, el artículo 16 en términos propuestos por la Comisión en su tercer dictamen.

III. Funcionalidad del texto original

La facultad otorgada a la autoridad administrativa en el original artículo 16 de la Constitución Federal para decretar detenciones en casos urgentes, como ya se dejó señalado, prácticamente no fue ejercida debido a su deficiente regulación. Ello porque existen razones que permiten sostener fundadamente que los términos y motivos del dispositivo constitucional en cuestión, por cuanto a la detención por urgencia, no podía constituir un medio para iniciar o concluir averiguaciones por la comisión de delitos.

En efecto, en los debates anteriormente transcritos se invocaron, como razones determinantes para su aprobación, en síntesis:

- a) Que las detenciones por urgencia eran una previsión para aquellos casos en que no fuera posible solicitar la intervención de la autoridad judicial para recabar el mandamiento de aprehensión, por tratarse de lugares en los que

¹² Ibidem.

sólo hubiera un juez que no iba a estar sin comer y sin dormir, esperando a que se solicitara su intervención;

b) Que si la autoridad administrativa no contara con la facultad conferida, tendría que buscar al juez donde se encontrase para conseguir la orden y después proceder a la aprehensión del activo del delito, dándole así tiempo para su fuga;

c) Que la autoridad administrativa sólo en casos de gran urgencia, y bajo su más estricta responsabilidad, podría ordenar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial; de manera que no tuviera atribución alguna para retenerlo en su poder, incurriendo en su caso en responsabilidad; y

d) Que la facultad de decretar aprehensiones por urgencia, sólo podría ser ejercida a falta de autoridad judicial.

Las ideas antes resumidas quedaron incorporadas en el texto aprobado del precepto 16 constitucional, dado que la facultad de la autoridad administrativa para decretar detenciones urgentes quedó sujeta a la condición de que no hubiere en el lugar autoridad judicial, con la obligación de poner al detenido a disposición de ésta de manera inmediata; queda claro que, con esta condición y obligación, obviamente no se permitía que se dictaran mandamientos de detención por urgencia con el objeto de iniciar o concluir averiguaciones.

IV. La reforma constitucional de 1993 por cuanto a las detenciones urgentes

En la iniciativa de reformas a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por Diputados de diversos grupos parlamentarios, se expusieron sobre el tema, entre otros aspectos, los siguientes¹³:

1. Que al tratar la reforma del Estado se abarcaron temas torales y dentro de ellos el respeto a los derechos del hombre; por ello el ámbito de la justicia penal no debía quedar exento de este debate, pues en esta área del derecho se plasma la aspiración de un pueblo para él asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de la libertad.

2. Que resultaba necesario, en beneficio de la sociedad, adecuar las normas constitucionales, siempre con vistas a la protección de los derechos del hombre y las garantías individuales, tanto en las etapas de investigación como dentro del procedimiento judicial.

3. Que también era necesario, con mejor técnica legislativa, otorgar mayor claridad al artículo 16 constitucional, el que contaría con nueve párrafos. En el cuarto párrafo se regularía la detención en casos urgentes cuando existiera delito grave, facultándose al Ministerio Público para que, ante el riesgo fundado de que el indiciado pudiera sustraerse a la acción de la justicia y siempre que no pudiera acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, pudiera ordenar su detención; se acotó así la autorización para la detención en casos urgentes sólo para el Ministerio Público y no para cualquier autoridad administrativa.

¹³ Cfr., Ibidem, pp. 417 y 418.

4. Que, en el quinto párrafo, quedaría establecido el plazo máximo que puede ser retenido un indiciado, el cual sería, por regla general, de 48 horas, ya que ni la Constitución ni la legislación ordinaria establecen, expresamente, el plazo para concluir la averiguación que se realiza con detenido por flagrancia o urgencia.

La iniciativa antes mencionada fue turnada para su estudio a las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, quienes emitieron el dictamen correspondiente, destacando lo que enseguida se sintetiza¹⁴:

a) Es objetivo de la iniciativa buscar el perfeccionamiento de las garantías individuales y la consecuente salvaguarda de los derechos del hombre en materia de procedimientos penales.

b) Conforme lo señala la propia exposición de motivos de la iniciativa, se busca, con mejor técnica jurídica, otorgar mayor claridad y precisión al artículo 16 constitucional, proponiéndose por ello darle una estructura distinta que comprende once párrafos, dos más que los previstos originalmente. Así, en el quinto párrafo, se regularán las detenciones en casos urgentes, modificándose la redacción original de la iniciativa, con el objeto de precisar su alcance, siendo este precepto de los que mayor cuidado y profundidad llevó su análisis y discusión por ser una excepción a la regla general de la orden judicial de aprehensión.

c) Las razones de la reforma se centran en la necesidad de precisar los términos de la autorización en vigor para decretar detenciones urgentes, **a fin de proteger de mejor manera la libertad de los gobernados,**

¹⁴ Cfr. Ibidem, pp. 425, 428 y 429.

a diferencia del texto actual que permite a cualquier autoridad administrativa llevar a cabo tales detenciones. Agrega que, con las reformas, se quiere acotar dicha facultad sólo para el Ministerio Público.

d) Se precisó que el carácter de urgencia surge del riesgo fundado de la fuga y de la **imposibilidad de ocurrir oportunamente ante la autoridad judicial a fin de solicitar la orden de captura.**

e) Se exige **la preexistencia de datos contra el indiciado para evitar que tales detenciones se hagan con fines meramente investigatorios.**

f) En el séptimo párrafo, se define claramente el plazo por el cual el Ministerio Público puede retener a una persona que hubiere sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia.

En el dictamen formulado por las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Senadores se consideró, respecto de las detenciones por casos urgentes, que: “(...) *en todo caso la detención ordenada por el Ministerio Público debe estar debidamente fundada y expresar los indicios que la motiven, a fin de evitar que haya detenciones con fines meramente investigatorios (...)*”¹⁵.

Finalmente el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue reformado y su texto en vigor, en las partes que es están examinando, es el siguiente:

“(...) *Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de*

¹⁵ Ibidem, p. 428.

la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motive su proceder.

(...)

*Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal (...)*¹⁶.

Los motivos en que se apoyó la iniciativa de reformas, los dictámenes de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de ambas Cámaras del Congreso de la Unión y los términos en que fue aprobado el artículo 16 de la Constitución Federal, también permiten sostener válidamente que las detenciones por urgencia, decretadas por el Ministerio Público, no pueden tener por objeto iniciar, completar o concluir averiguaciones en contra del acusado¹⁷. Esta afirmación tiene sustento en las razones que enseguida se expresan.

¹⁶ Ibidem, p. 434.

¹⁷ Cfr., SERGIO R. MÁRQUEZ RÁBAGO, *Evolución Constitucional Mexicana*, Ed. Porrúa, México, 2002, pp. 408 y 409.

V. Límites constitucionales de la detención en casos de urgencia

De acuerdo con lo establecido en el párrafo sexto del artículo 16 constitucional, para que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de una persona se requiere que se satisfagan tres requisitos:

- a. Que se trate de delito grave así calificado por la ley;
- b. Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y
- c. Que por razón de la hora, el lugar u otras circunstancias similares, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad para solicitar la orden de aprehensión.

El tercero de los requisitos mencionados implica la satisfacción de dos condiciones necesariamente concurrentes: una, de carácter negativa, consistente en que por la hora, el lugar o alguna otra circunstancia semejante, exista imposibilidad para que el Ministerio Público ocurra ante la autoridad judicial; la otra, de naturaleza positiva, consistente en que el Ministerio Público debe estar en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión, por encontrarse satisfechas las exigencias del segundo párrafo del artículo 16 constitucional, es decir, que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y que los datos que obren en la averiguación previa establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; sólo que, ante la imposibilidad de acudir ante el juez, el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia y por tratarse de un delito calificado por la ley como grave,

tendrá que ser el Ministerio Público quien dicte el mandamiento de detención correspondiente, en sustitución de la autoridad judicial.

Salvo los casos que la ley prevé como delincuencia organizada, el artículo 16 vigente conserva el principio fundamental de que sólo mediante orden judicial de aprehensión, se puede atentar en contra de la libertad de una persona por una causa penal; y que frente a esta regla general, la detención por urgencia es una de sus dos excepciones.

El carácter excepcional del mandamiento de detención por el Ministerio Público lo configura el enunciado “*sólo en casos urgentes*” y los tres requisitos que para su emisión se han dejado mencionados con antelación, especialmente el tercero de ellos.

La condición, para que válidamente pueda emitirse un mandamiento de detención por urgencia, ante el impedimento de que pueda acudir a la autoridad judicial por razón de la hora, el lugar u otra circunstancia, permite establecer que, de no existir esa imposibilidad, el Ministerio Público tendría que ir ante el juez competente a solicitar precisamente la orden de aprehensión.

Del mismo requisito constitucional antes mencionado, deriva la obligación implícita a cargo del fiscal de contar con datos que demuestren que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, dado que, de estar en aptitud de ocurrir ante la autoridad judicial, la solicitud a ésta es el libramiento de la orden de aprehensión y tendría que satisfacer el débito probatorio antes señalado.

Así pues, la orden de detención urgente, emitida por el Ministerio Público, sólo se justifica cuando se

cumplen los tres requisitos que exige el párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución Federal; el tercero de tales requisitos supone que el fiscal está en condiciones ciertas de solicitar al juez competente la orden de aprehensión, sólo que no puede acudir ante éste por razón de la hora, el lugar u otras circunstancias; se hace notar que esta mención a "*otras circunstancias*" debe interpretarse en el sentido de que tienen que ser similares a las de la hora y lugar y no otras, tales como que no exista denuncia o querella, que no esté acreditado el cuerpo del delito o que no existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado. Por tanto, sostener que "*otras circunstancias*" pueden ser como las antes señaladas implicaría aceptar detenciones con fines investigatorios, lo que es inaceptable a la luz de la Ley Suprema.

En consecuencia, es claro que la detención por urgencia tiene por objeto evitar la sustracción del indiciado a la acción de la justicia cuando se cubran los requisitos constitucionales, pero no puede ni debe utilizarse para iniciar, continuar o completar una averiguación, pues es evidente que esa no es su finalidad ni histórica ni legislativa; es por ello que, una vez ejecutada la orden de detención emitida por el Ministerio Público, el detenido debe ser puesto inmediatamente a disposición del juez competente.

El punto de vista expuesto se basa en los motivos que dieron sustento tanto a la iniciativa de reformas, como a los dictámenes de las Comisiones Unidas de Gobernación y de Puntos Constitucionales y de Justicia de las dos Cámaras del Congreso de la Unión, dado que esos motivos fueron la búsqueda del perfeccionamiento de las garantías individuales y la salvaguarda de los derechos del hombre; por consiguiente, es necesario

acotar para el Ministerio Público la facultad de decretar detenciones urgentes, a fin de proteger de mejor manera la libertad de los gobernados –a diferencia del precepto anterior que permitía a cualquier autoridad administrativa dictar tales detenciones–; de este modo, cobran relevancia las exigencias de que el Ministerio Público no pueda ocurrir oportunamente ante la autoridad judicial a fin de solicitar la orden de captura y la consistente en que existan datos suficientes contra el indiciado; así se estima que dichas detenciones no se hagan con fines meramente investigatorios, y que las decreten para iniciar y completar averiguaciones¹⁸.

Es pertinente señalar que lo dispuesto en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, en el sentido de que **ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada**, no tiene aplicación para las detenciones urgentes; ello como consecuencia de que, en la exposición de motivos de la reforma y en los dictámenes de las Comisiones Unidas de Gobernación y de Puntos Constitucionales y de Justicia, se expuso, ciertamente, que en dicho párrafo quedaría precisado el plazo por el cual el Ministerio Público podría retener a un detenido por flagrancia o **urgencia** y concluir la averiguación; sin embargo, esta noción es francamente

¹⁸ En este mismo sentido, el autor Raúl Eduardo Avendaño López, precisa que el Agente del Ministerio Público, para librar una orden de detención en casos de urgencia, requiere que el tipo del delito sea grave y luego, demostrar en forma fundada que existe el riesgo de que el acusado se sustraiga de la acción de la justicia y que, por razón de la hora, no puede rápidamente consignar el asunto. *Comentarios a las Garantías Individuales*, Ed. Sista, México, 1999, p. 152.

incompatible con los requisitos que la propia Constitución exige para el dictado de mandamientos de detención urgentes, particularmente con el tercero de ellos que exige la satisfacción de dos condiciones necesariamente concurrentes, consistentes en que el Ministerio Público debe estar en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión por estar reunidos los requisitos constitucionales correspondientes, pero que, en virtud de la hora, el lugar o alguna otra circunstancia semejante, está imposibilitado para acudir ante el juez competente a pedirle el libramiento del mandamiento de captura.

Ahora bien, esta idea discrepa con las razones de la iniciativa y de los dictámenes correspondientes, en donde se aludió a la necesidad de evitar las detenciones con fines meramente investigatorios.

Así pues, atendiendo a las diferencias señaladas y al principio de que las garantías individuales deben ser interpretadas extensivamente, de tal suerte que más que intentar restringirlas, limitarlas o anularlas, se hagan realidad en los términos consignados en la norma constitucional y, de ser posible, sean ampliadas a favor de los gobernados, tiene que entenderse lógicamente que, respecto de las detenciones urgentes, el Ministerio Público no puede retener al indiciado para que inicie o concluya su averiguación; más bien esta autoridad debe ponerlo de inmediato a disposición del Juez, no siendo aplicable, para tales detenciones, lo señalado en el séptimo párrafo del artículo 16 constitucional, pues inclusive de su texto no se desprende que se pueda aplicar.

Al respecto, conviene precisar, y a manera de compendio, que en principio la regla constitucional dice que la detención de los gobernados, por la presunta responsabilidad en la comisión de delitos, sólo puede

ordenarla la autoridad judicial satisfaciendo los requisitos constitucionales. Sin embargo, la propia norma prevé dos excepciones a esa regla y, al propio tiempo, fija imperativos al Ministerio Público para llevar a cabo la consignación, a saber:

a) En el caso de flagrancia, o sea cuando el presunto responsable es sorprendido en los instantes inmediatos anteriores o posteriores a la comisión del delito o en el momento en que lo realiza, cualquier persona puede detener al presunto responsable y sin demora ponerlo a disposición de alguna autoridad y ésta de inmediato deberá remitirlo ante el Ministerio Público.

b) En el caso de urgencia, siempre que se trate de delitos calificados por la ley como graves y ante el riesgo fundado de que el presunto responsable pueda sustraerse de la acción de la justicia, sin que exista posibilidad de hacer intervenir a la autoridad judicial por razón de la hora, el lugar o alguna circunstancia, el Ministerio Público puede, bajo su responsabilidad, ordenar la detención, fundando y motivando su decisión, para que una vez lograda ésta, lo ponga inmediatamente a disposición de la autoridad judicial¹⁹.

VI. De los supuestos de la detención urgente en la legislación ordinaria

Los Códigos de Procedimientos Penales en la mayoría de los Estados, así como el Federal y del Distrito Federal, contienen preceptos en los que se contemplan, respecto de las detenciones urgentes, que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas,

¹⁹ Cfr. ENRIQUE SÁNCHEZ BRINGAS, *Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, 4ª edición, México, 1995, p. 599.

las que podrán duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada; y que transcurridos dichos plazos deberá ordenarse su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Así lo disponen por ejemplo:

1. El Código Federal de Procedimientos Penales, en sus artículos 193 Bis y 194 Bis, establece lo siguiente:

“Artículo 193 Bis. - *En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:*

a) *Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente;*

b) *Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y*

c) *Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.*

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decreta indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad”. (ADICIONADO, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999).

“Artículo 194 Bis. - *En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y*

ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada”. (REFORMADO, D.O.F. 7 DE NOVIEMBRE DE 1996).

2. El Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Morelos, en su artículo 145 señala:

“El Ministerio Público puede ordenar la detención del indiciado en caso de urgencia.

Hay urgencia cuando: (REFORMADA, P.O. 29 DE JUNIO DE 2004)

I. Se trata de delito grave. Son delitos graves, para los efectos de este Código, los previstos en la legislación penal estatal que a continuación se señalan:

1.- Homicidio simple, previsto en el artículo 106.

2.- Homicidio doloso de ascendientes o descendientes por consanguinidad en línea recta, previsto por el artículo 107.

3.- Homicidio calificado previsto en el artículo 108.

4.- Homicidio doloso cometido durante la comisión de secuestro, robo o violación, previsto en el artículo 109.

5.- Lesiones previstas en la fracción IX del artículo 121.

6.- Secuestro previsto en el artículo 140.

7.- Extorsión previsto en el artículo 146.

- 8.- *Violación previsto en los artículos 152, 153, 154, 155 y 156.*
 - 9.- *Inseminación artificial sin consentimiento, previsto en el artículo 157.*
 - 10.- *Hostigamiento sexual, previsto en el cuarto párrafo del artículo 158.*
 - 11.- *Abuso sexual en persona menor de edad, cuando se empleare violencia física, previsto en el primer párrafo del artículo 162.*
 - 12.- *Robo previsto en la fracción IV del artículo 174.*
 - 13.- *Robo calificado previsto en el artículo 176.*
 - 14.- *Robo de vehículo automotor previsto en el artículo 176 bis.*
 - 15.- *Robo previsto en el artículo 177.*
 - 16.- *Abigeato, previsto en los artículos 179, 180 y 181.*
 - 17.- *Despojo previsto en el artículo 185.*
 - 18.- *Delitos cometidos por fraccionadores previsto en el artículo 192.*
 - 19.- *Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el párrafo tercero del artículo 198.*
 - 20.- *Corrupción de menores e incapaces previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 213 quáter.*
 - 21.- *Asociación delictuosa previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 244.*
 - 22.- *Rebelión cuando se realice en las circunstancias previstas en el artículo 259.*
 - 23.- *Terrorismo previsto en el artículo 263.*
- (REFORMADO, P.O. 27 DE JUNIO DE 2007)*

24.- Todos los delitos dolosos cometidos por servidores públicos con motivo del ejercicio de su función.

Asimismo, los delitos graves en grado de tentativa serán considerados como graves; salvo aquellos que no admitan tentativa.

II. Existe riesgo de que el indiciado pretenda sustraerse a la acción de la justicia. La calificación del riesgo se fundará en los siguientes elementos: gravedad y consecuencias del delito, circunstancias en que fue cometido, características y antecedentes del indiciado, y condiciones y actitud del ofendido.

Se presume que existe dicho riesgo cuando el indiciado sea sorprendido al tratar de abandonar el ámbito de jurisdicción territorial de la autoridad que estuviese conociendo del hecho o cuando surjan indicios inequívocos que hagan suponer fundadamente la existencia de dicho riesgo; y

III. No es posible obtener inmediatamente orden judicial de aprehensión, tomando en cuenta la hora, el lugar y las circunstancias, entre éstas el hecho de que la averiguación no esté concluida y no sea posible, por lo tanto, proceder a la consignación y recabar orden de aprehensión.

El Ministerio Público acreditará la existencia y concurrencia de los elementos mencionados en las tres fracciones

anteriores y dejará constancia de ello en la orden de captura correspondiente. La Policía Judicial ejecutará la orden del Ministerio Público y pondrá al detenido, sin dilación alguna, a disposición de aquella autoridad.

Será penalmente responsable quien ordene o ejecute una detención sin atenerse a lo previsto en este artículo, así como el agente que incurra en dilación al poner al detenido a disposición de la autoridad que ordenó la detención”.

Asimismo, el artículo 146 del ordenamiento legal antes mencionado a la letra determina:

“La detención del inculcado por el Ministerio Público no excederá de cuarenta y ocho horas. Este plazo podrá duplicarse cuando haya elementos que permitan establecer razonablemente, que el indiciado cometió el delito que se le atribuye en la forma prevista por el artículo 147 (...)”.

3. El Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, en su artículo 69 bis, señala:

“En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas

se reúnen bajo las reglas de disciplina y jerarquía, para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos mencionados en el artículo 69 de este Código”.

4. El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guerrero en sus artículos 69 y 70-A, dispone lo siguiente:

“Artículo 69.- *Toda detención debe sujetarse a las disposiciones contenidas en el Artículo 16 de la Constitución General de la República (...).*

Habrà caso urgente, cuando se trate de alguno de los delitos considerados como graves en el artículo 70, exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y por razón de la hora, lugar u otras circunstancias, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial. En estos supuestos el Ministerio Público, bajo su responsabilidad, ordenará su detención, fundando y expresando los indicios que motivan su proceder. La orden de detención, que siempre será por escrito, deberá ser ejecutada por la policía judicial, la que sin dilación alguna, pondrá al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado”.

“Artículo 70-A.- *En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y*

ocho horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que será aquella en que tres o más personas, bajo reglas de disciplina y jerarquía, acuerdan cometer alguno de los delitos señalados en el artículo anterior (...)”.

5. El Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, en su artículo 3º, fracción IV, refiere:

“El Ministerio Público del Estado, en el ejercicio de sus actividades de investigación y persecución de los delitos y las de preparación para el ejercicio de la acción penal, deberá; (...)

IV.- Ordenar, bajo su responsabilidad y sin orden de aprehensión, la detención del indiciado cuando sea un caso urgente, se trate de los casos de delito grave así considerados en el Código Penal y se persiga de oficio, haya riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia y no se pueda ocurrir a la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia de la comisión del delito. El Ministerio Público deberá fundar los indicios que motiven su proceder.

También ordenar, bajo su responsabilidad y sin orden de aprehensión, la detención del inculcado tratándose de delito flagrante.

En estos casos el Ministerio Público podrá retener al indiciado solamente hasta

cuarenta y ocho horas o hasta noventa y seis horas en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada. La contravención a ello se sancionará conforme lo previene el Código Penal (...)”.

6. El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, indica lo siguiente:

“Artículo 166. *Supuesto de caso urgente. Existe caso urgente cuando:*

I. Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos calificados como graves en este artículo;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el Ministerio Público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Para los efectos de este artículo, se califican como graves los delitos cuya pena media aritmética sea, cuando menos, de siete años de prisión”.

“Artículo 167.- *Detención en caso urgente. De actualizarse los supuestos previstos en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención del imputado, debiendo expresar en dicha orden los antecedentes de la investigación y los indicios que motivan su proceder. Los agentes de policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán presentar inmediatamente al*

imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden. El Ministerio Público deberá dejar sin efecto la detención cuando no pretenda solicitar prisión preventiva, sin perjuicio de que pueda fijarle una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el Juez. En caso contrario, ordenará que el detenido sea conducido ante el Juez dentro del plazo a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Federal (cuarenta y ocho horas o noventa y seis horas tratándose de la delincuencia organizada) contando desde que la detención se hubiere practicado”.

7. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone:

“Artículo 268.- *Habrà caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:*

I. Se trate de delito grave, así calificado por la ley;

II. Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

III. El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculcado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el

ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la Policía Judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se considerará delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que

se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

Para calcular el término medio aritmético de la pena prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Cuando se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimos y máximo de la pena prevista para aquél”.

“Artículo 268-bis.- *En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indicado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada a que se refiere el artículo 254 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.*

Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagación continúe sin detenido.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a

determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley”.

8. Es oportuno resaltar que la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales, identificada como Ley de Amparo, refiere en el párrafo tercero del artículo 136, lo siguiente:

“(...) De existir flagrancia o urgencia se prevendrá al Ministerio Público para que el quejoso, sea puesto en libertad o se le consigne dentro del término de cuarenta y ocho horas o de noventa y seis según sea el caso, a partir de su detención (...).”

VII. Conclusiones

Tras el análisis de los mencionados dispositivos legales, por las razones que ya se han dejado expuestas en este capítulo, se concluye que se apartan de lo ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente de lo dispuesto en el párrafo quinto de su artículo 16; ello debido a que autorizan al Ministerio Público para decretar detenciones con la finalidad de iniciar, completar y concluir averiguaciones previas, desde el momento en que lo facultan para retener al indiciado hasta por cuarenta y ocho o por noventa y seis horas, si se trata de los casos que la ley prevea como delincuencia organizada, antes de ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

Conforme a lo hasta ahora dicho, también debe concluirse que es imprescindible la adecuación de la Ley

de Amparo a la norma constitucional, a fin de que no se equiparen los supuestos de flagrancia y de urgencia, ni se les dé un trato igual; del mismo modo se propone que se deroguen, para los casos de detención urgente, los plazos de cuarenta y ocho o de noventa y seis horas a que se hace referencia, en el numeral apenas transcrito.

Finalmente, es conveniente la reforma de los Códigos Procesales Penales así como de las normas jurídicas relativas, para que en observancia de la Ley Suprema, se establezca en ellos que, ejecutada una detención urgente, el Ministerio Público deberá poner de inmediato al indiciado a disposición de la autoridad judicial competente, en acatamiento a los límites constitucionales de la detención en casos de urgencia, puesto que la ley que debe ser observada y acatada es la Constitución y no las leyes ordinarias.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General

Magistrado Alejandro Roldán Velázquez

Junta Directiva

Ministro José de Jesús Duarte Cano
Doctor Ricardo Franco Guzmán
Doctor Julio Antonio Hernández Pliego
Doctor Moisés Moreno Hernández
Doctor José Ovalle Favela
Licenciado Juan Velasquez

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Mario Alberto Torres López
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciado Pedro Pérez Popomeya
Unidad de Supervisión y Control de Defensa Penal y
Asesoría Jurídica

Licenciada Lidia Beristáin Gómez
Unidad de Apoyo Operativo

Nuevas Adquisiciones

LIBROS

Constitucional y Amparo

Tejeda de Luna, Ricardo

Juicio de amparo indirecto: promovido en contra del auto de vinculación a proceso/Ricardo Tejeda de Luna. — México, D.F.: Editorial Sista, 2009.

720 p.; 21 cm.

Incluye bibliografía: p. 715-720

Derecho Administrativo

Fernández Ruiz, Jorge

Derecho administrativo del Distrito Federal/Jorge Fernández Ruiz. — México, D.F.: Porrúa: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

xliv, 419 p.; 23 cm. (Colección Mexicana de Derecho Administrativo) (Serie Doctrina Jurídica 495)

Incluye bibliografía: p. 409-419

Derecho Civil

Navarrete Rodríguez, David

Derecho de los alimentos: aspecto familiar y penal/David Navarrete Rodríguez; índice Sista por Guillermo Alducin. — México, D.F.: Sista, 2009.

343 p.; 21 cm.

Derecho Fiscal

Pérez Chávez, José

Taller de prácticas fiscales: ISR, IETU, IVA, IDE, IMSS, INFONAVIT/José Pérez Chávez, Eladio Campero Guerrero, Raymundo Fol Olguín. — México, D.F.: Tax Editores Unidos, 2010.

911 p.: il., tablas ; 22 cm.

Derecho Mercantil

Díaz Bravo, Arturo, 1929-

Derecho mercantil: generalidades, el acto de comercio, la empresa, la competencia mercantil, las sociedades mercantiles/Arturo Díaz Bravo; con la colaboración de Ana Isabel Velásquez Ávila. — México, D.F.: IURE editores, 2009.

xxvii, 394 p.; 23 cm. (Colección Textos Jurídicos)

Incluye bibliografía: p. [377]-382 e índices

Derecho Penal

Gracia Martín, Luis

Crítica del derecho penal del enemigo/Luis Gracia Martín. — México, D.F.: Editorial Ubijus; Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, 2009.

155 p.; 22 cm. (Colección Vanguardia en Ciencias Penales 6)

Incluye bibliografía: p. [143]-155

Natarén Nandayapa, Carlos F.

Litigación oral y práctica forense penal/Carlos F. Natarén Nandayapa, Beatriz E. Ramírez Saavedra. — México, D.F.: Oxford University Press, 2009.

xvii, 197 p.: il., cuadros, diagrs.; 23 cm. (Colección Textos Jurídicos Universitarios)

Incluye bibliografía: p. [186]-190 e índice.

Orizaba Monroy, Salvador

Nuevo formulario de procedimientos penales federal y común/Salvador Orizaba Monroy. — México, D.F.: Editorial Sista, 2009.

399 p.; 21 cm.

Romeo Casabona, Carlos María

Sobre la estructura del dolo/Cralos María Romeo Casabona. — México, D.F.: Editorial Ubijus; Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, 2009.

71 p.; 22 cm. (Colección Vanguardia en Ciencias Penales 7)

Incluye bibliografía: p. [67]-71

Uso legítimo de la fuerza/Eduardo Medina Mora Icaza, coordinador. — México, D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.

195 p.; 23 cm.

Incluye referencias bibliográficas

Legislación

Agenda de amparo: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. — México, D.F.: Ediciones Fiscales Isef, 2010.

1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Agenda civil federal.: Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. — México, D.F.: Ediciones Fiscales Isef, 2010.

1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Agenda de la administración pública federal. — México, D.F.: Ediciones Fiscales Isef, 2010.

1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Agenda de los extranjeros: Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. — México, D. F.: Ediciones fiscales ISEF, 2010.

1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Agenda laboral. — México, D.F.: Ediciones Fiscales Isef, 2010.

1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Agenda de salud. — México, D.F.: Ediciones Fiscales Isef, 2010.
1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Agenda de seguridad social. — México, D.F.: Ediciones Fiscales Isef, 2010.
1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Agenda penal federal. — México, D.F.: Ediciones Fiscales Isef, 2010.
1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Fisco agenda: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia/títulos en los artículos, referencias y correlaciones por Efraín Lechuga Santillán. — México, D.F.: Ediciones Fiscales Isef, 2009.
1 v. (varias paginaciones); 17 cm.

Obras de consulta

Biebrich Torres, Carlos Armando 1939-
Diccionario de la Constitución Mexicana: jerarquía y vinculación de sus conceptos/Carlos Armando Biebrich Torres, Alejandro Spíndola Yáñez.
— México, D.F.: H. Cámara de Diputados, LX Legislatura: Instituto Mexicano de Estrategias: M. A. Porrúa, 2009.
1260 p.: il., diagrs.; 23 cm. (Conocer para Decidir) (Serie El Derecho)
Incluye índice

Otras materias

Cabrera Dircio, Julio 1957-

Teoría del derecho municipal/Julio Cabrera Dircio. — México, D.F.: Ediciones Coyoacán [Morelos, México]: Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2009.

303, [5] p.: il.; 22 cm. (Derecho y sociedad 20)

Incluye bibliografía: p. 297-303

Courtis, Christian

El mundo prometido: escritos sobre derechos sociales y derechos humanos/Christian Courtis. — México, D.F.: Fontamara, 2009.

347, [3] p.; 21 cm. (Doctrina Jurídica Contemporánea 46)

Incluye referencias bibliográficas

Teoría de juegos y derecho contemporáneo: temas selectos/autores, Alil Álvarez Alcalá... [et al.]. — México, D.F.: Porrúa: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2009.

xxviii, 386 p.: il., tablas, diagrs.; 23 cm.

Incluye referencias bibliográficas

Viñamata Paschkes, Carlos

Indigenismo y propiedad intelectual/Carlos Viñamata Paschkes. — México, D.F.: Porrúa, 2006.

xxxvii, 206 p.; 23 cm.

Incluye referencias bibliográficas

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Enero 2010.— México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

3 v.; 22 cm.

Discos Compactos/DVD

IUS 2009 [recurso electrónico] jurisprudencia y tesis aisladas junio 1917 - diciembre 2009.— México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.

1 DVD; 4 3/4 plg.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [disco compacto], Novena Época Tomo XXXI, Enero 2010. — México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

1 disco compacto; 4 3/4 plg.

ISSN 1405-8618

Información General

Los días 19 y 26 de febrero la Dra. María Elena Lugo Garfías dictó la Conferencia *“El tratamiento de las cuestiones de Género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*.

El día 15 de febrero dieron inicio las Especializaciones en Defensa Penal y Asesoría Jurídica 2010.

Biblioteca Central del Instituto Federal de Defensoría Pública

Bucareli 22 y 24, Col. Centro

Delegación Cuauhtémoc

México, D.F., C.P. 06040,

Horario de 9:00 a 15: 00 y de 17:00 a 20:00

Tel. 5130-0100 Ext. 1151

jajgr@cjf.gob.mx

Consulta el catálogo de la Biblioteca Central en línea por Internet e Intranet, en las siguientes direcciones:

<http://biblios.cjf.gob.mx/F>

<http://201.116.163.206/F>

El diseño y la formación de este volumen estuvieron a cargo de la Dirección General de Comunicación Social del Consejo de la Judicatura Federal.

