



INSTITUTO
FEDERAL DE
DEFENSORÍA
PÚBLICA

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 10/DICIEMBRE 2010

ISSN 1870-7610



Homenaje
al señor ministro
José de Jesús
Gudiño Pelayo

TOMO I



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 10, diciembre de 2010

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.

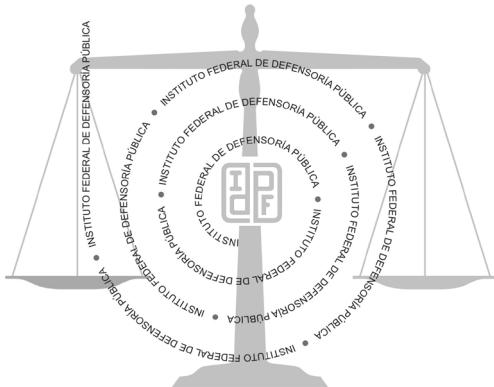
Editor responsable: Alejandro Roldán Velázquez

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 |
| Sección Primera | |
| Evocaciones al señor ministro | |
| José de Jesús Gudiño Pelayo | |
| <i>Licenciado José de Jesús Gudiño Cicero</i> | |
| Algunos recuerdos de mi padre. | 15 |
| <i>Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos</i> | |
| Despedida al señor ministro | |
| José de Jesús Gudiño Pelayo. | 25 |
| <i>Maestro Genaro González Licea</i> | |
| El ministro José de Jesús Gudiño Pelayo: entre la brevedad de la vida, el juicio de amparo, la controversia constitucional y el Estado. | 31 |

| | |
|---|-----|
| <i>Magistrado Manuel González Oropeza</i> Reflexiones sobre el amparo Morelos. | 53 |
| <i>Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas</i> El control judicial de los servicios de inteligencia en el Estado de Derecho. El balance entre los derechos fundamentales y el combate a la delincuencia. | 99 |
| Sección Segunda | |
| Artículos doctrinales | |
| <i>Magistrado Miguel Á. Aguilar López</i> <i>Licenciado Rafael Cruz Ovalle</i> | |
| <i>Magistrado Miguel Á. Velarde Ramírez</i> Análisis real de la defensa penal pública y privada en la República de Chile y propuesta en prospectiva para México. | 125 |
| <i>Licenciado Jorge Humberto Álvarez Moreno</i> Aspectos esenciales de los principios constitucionales del debido proceso penal en México. | 161 |
| <i>Licenciado José Baños Labastida</i> Inconstitucionalidad de la limitante prevista en el artículo 478 de la Ley General de Salud, por violación a los principios de igualdad, no discriminación, derecho a la salud y a la readaptación de los internos. | 197 |
| <i>Licenciada Nadia Ibeth Belman Fuentes</i> Análisis del artículo 23 del Código Fiscal de la Federación en materia de cumplimiento de sentencias en el juicio de amparo. | 227 |
| <i>Consejero Daniel F. Cabeza de Vaca Hernández</i> Debido proceso legal: su introducción como garantía constitucional. | 273 |
| <i>Licenciado Fernando Carreón Rodríguez</i> La mediatización del derecho. Factor crítico de su legitimidad. | 323 |

P r e s e n t a c i ó n

Como era de esperarse, la convocatoria publicada, el 22 de septiembre de 2010, en la página del Instituto Federal de Defensoría Pública, www.ifdp.cjf.gob.mx, con el anuncio de que el número 10 de la Revista iba a ser en honor al señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, fallecido el 19 de septiembre de 2010, tuvo una excelente acogida. Por ello, este número 10 contará con dos tomos, en los que ofrecemos a nuestros lectores discursos evocadores y artículos de alto nivel académico, que rinden justo homenaje al ministro Gudiño.

La partida de un gran padre, amigo y compañero, como lo fue el ministro Gudiño Pelayo, fue tan sentida por todos que hubo una estupenda reacción tras el aviso de que este número 10 iba a estar dedicado a él. Me cuentan mis colaboradores que, casi de inmediato, se recibieron llamadas telefónicas preguntando por la fecha límite para entregar artículos o por las normas editoriales para que los artículos cumplieran con los requisitos para su publicación. Muchas de esas llamadas, me expresaron mis colaboradores, fueron de personas que tuvieron relación con el ministro y, por tanto, el envío del artículo obedeció al sentimiento de amor, cariño o afecto hacia él; otras, las hicieron abogados que, en algún momento, lo trataron o conocieron su trayectoria en el Poder Judicial de la Federación; hubo una llamada muy singular, me dijeron, cuyo autor, después de preguntar sobre las exigencias contenidas en las normas editoriales, advirtió –palabras más, palabras menos–: *oiga pero publican mi artículo porque de los ministros era el que se veía más buena persona y más sabio.*

Ambas cualidades, sin duda, acompañaban al ministro –como recuerda su hijo José de Jesús Gudiño Cicero– quien aporta a este tomo de la Revista una fiel y emotiva remembranza acerca de su padre; en ella, fácilmente el lector encontrará una respuesta a por qué tantas personas admiramos al gran ser humano que fue el ministro Gudiño.

Recibimos, además, colaboraciones evocadoras que igualmente dibujan, con mucha exactitud, el modo de ser del señor ministro; una de ellas, es la de la señora ministra Margarita Beatriz Luna Ramos que lo describe así: siempre sonriente, cálido, halagador, amable y jocoso, fuerte de espíritu y con tantos deseos de vivir que salió airoso de dos ataques cardíacos; y la ministra nos sintetiza algunas otras características del ministro Gudiño: *Hombre recto y bueno como pocos, brillante inteligencia, corazón cabal. Don José de Jesús amó la vida, en su gran versatilidad, en la alegría, en el dolor y en la indiferencia*. Ese fue el señor ministro Gudiño, al que recordamos con afecto.

Un artículo también evocador es el del licenciado Genaro González Licea, quien exalta las virtudes del ministro con reflexiones sobre lo que hizo tanto en su faceta de escritor y estudioso del Derecho, como al momento de ejercer su función de juzgador. A mí me llama poderosamente la atención la interesante reseña que el licenciado González Licea hace del libro *El Estado contra sí mismo*. En efecto, dicha reseña destaca con precisión las principales ideas críticas sostenidas por el ministro acerca del papel de la Comisión Nacional de Derechos Humanos; su finalidad, planteó el ministro, es resolver quejas por actos u omisiones de naturaleza administrativa cometidos por servidores públicos y no por violaciones a derechos humanos, como sí se le atribuye a los tribunales de la Federación a través del juicio de amparo. Esta clase de agudas apreciaciones –si se quiere discutibles pero

que reflejan claramente, por decir lo menos, un empleo del lenguaje impreciso por los redactores de la reforma que introdujo a la Comisión Nacional a la Constitución (artículo 102, apartado B) y por los autores de la ley que regula sus funciones (artículo 6º)– fueron las aportadas por el ministro Gudiño en esa espléndida obra.

El magistrado Manuel González Oropeza contribuye con un interesante artículo a este número especial de la Revista. Este artículo, titulado *Reflexiones sobre el amparo Morelos*, trata uno de los temas que fue comentado por el ministro Gudiño expresando que constituía una *frontera entre un antes y un después en la evolución del juicio de amparo*. Como escribe el señor magistrado, el amparo Morelos se remonta al año 1869 y cuenta, entre otros aspectos relevantes, que con él se declaró, por primera vez, nula una elección a gobernador y distinguió a la competencia objetiva de la de origen. La discusión acerca del amparo Morelos ha cobrado actualidad con otros asuntos recientes, por los que vale la pena dedicar tiempo a leer con acuciosidad el brillante trabajo del señor magistrado González Oropeza.

La señora ministra Olga Sánchez Cordero ofrece un artículo estrechamente vinculado con los deseos que a la mayoría de los mexicanos ha despertado la *crisis de inseguridad* que vivimos. De manera oportuna, la ministra elaboró un trabajo en el que vierte profundas reflexiones sobre el papel que debe asumir el Estado frente a fenómenos delictivos como los que padecemos. En breves líneas, me atrevo a exponer las principales ideas manifestadas por la ministra Sánchez Cordero en dicho artículo: tratar los problemas en un ámbito de acción equivocado conduce a que los remedios y soluciones no funcionen y esto mismo sucede cuando las medidas correctoras de esos problemas se apartan de la ley y los

dictados de la Constitución. Las exigencias impuestas por el orden jurídico tienen igual dimensión e importancia que cumplir con el deber de proporcionar seguridad a toda la población y a la permanencia del Estado. Ante el peligro de deterioro social, las instancias estatales habrán de asumir una actitud cautelosa, para evitar atentados a los derechos fundamentales y a la dignidad de las personas que, en caso de concretarse, darán lugar a acciones efectivas a favor de la supremacía constitucional. Este principio será el parámetro con el cual se garantizará la gobernabilidad democrática y el Estado de Derecho, por el equilibrio que alcance el respeto a los derechos fundamentales y el combate a la inseguridad pública.

Uno de los escritores recurrentes en esta Revista es el magistrado Miguel Ángel Aguilar López que –junto con los señores jueces de Distrito, Miguel Ángel Velarde Ramírez y Rafael R. Cruz Ovalle– escriben para este número un ilustrador artículo titulado *Análisis real de la defensa penal pública y privada en la República de Chile y propuesta en perspectiva para México*. Este trabajo está fundado en la experiencia que vivieron los tres autores precisamente en aquel país, donde tuvieron oportunidad de conocer a profundidad el sistema acusatorio y las diferencias que tiene, además de en Chile, en otros Estados en que se implantó (Colombia y Estados Unidos, principalmente). Con base en este conocimiento, los autores analizan, pormenorizadamente, cómo se ejerce la defensa pública en Chile, lo cual es un tema relevante para darnos cuenta de las ventajas y desventajas del sistema adoptado en nuestro país. Es un estudio riguroso con multitud de datos que conducen a despejar dudas acerca de que la garantía de defensa constituye la salvaguarda del principio de debido proceso, por lo que es necesario y recomendable fortalecerla.

Este número especial de la Revista en honor al ministro Gudiño Pelayo también acumuló trabajos elaborados por defensores públicos; el abogado Jorge H. Álvarez Moreno presenta uno que versa sobre ese crucial principio, esencial para que se respeten los derechos de los autores de delito: el debido proceso. Empleando una selectiva bibliografía, el defensor público describe, con nitidez, y analiza, concienzudamente, cada uno de los principios que caracterizan al sistema acusatorio, destacando los beneficios que traerán consigo a favor de quienes queden sujetos al poder punitivo estatal.

Otro defensor público que colaboró con la integración de este número de la Revista fue el Licenciado José Baños Labastida, que aportó un artículo que denuncia cómo el artículo 478 de la Ley General de Salud viola los derechos de igualdad, a la no discriminación, a la salud y a la readaptación social. Este precepto, como se recordará, está relacionado con los farmacodependientes o consumidores de narcóticos, quienes, en caso de encontrarse recluidos y ser descubiertos en posesión de alguno (fracción II del artículo 475 de ese texto), serán tratados de manera distinta a aquellos que no lo estén. En consecuencia, el licenciado Baños Labastida explica las razones por las que se concreta esa violación de derechos con argumentos contundentes y plenamente sustentados, demostrando que, en el tratamiento de este tipo de temas, cuenta con un indudable *sexto sentido*.

Aunque no es defensora pública ni asesora jurídica, la licenciada Nadia Ibeth Belman, egresada –apenas el año pasado– del curso de Especialización que imparte el Instituto Federal de Defensoría Pública, presenta un encomiable trabajo a la Revista; en él, analiza el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación en materia de cumplimiento de sentencias en el juicio de amparo.

Partiendo de un caso práctico, destaca los problemas que impiden que las sentencias de amparo puedan cumplirse cuando la autoridad fiscal compensa, de oficio, créditos, por lo que propone reformar ese numeral para que prohíba que opere la compensación.

El señor consejero Daniel F. Cabeza de Vaca proporcionó un artículo de enorme actualidad y calidad, donde, con meticulosidad, explica los orígenes e importancia del debido proceso legal y plantea que se revalore su incorporación al artículo 18 constitucional. Como se sabe, la garantía del debido proceso constituyó uno de los baluartes heredados del sistema anglosajón –y aunque coincide, en gran parte, con las exigencias (audiencia y defensa) derivadas de las *formalidades esenciales del procedimiento* (artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución)– lo conveniente, según señala el Consejero, es, al menos, no interpretarla de manera restringida, pues así favorecerá que se concrete el Estado de Derecho en nuestro país. Este trabajo del consejero Cabeza de Vaca, en resumen, no sólo ilustra sobre la historia, significado y alcances del debido proceso legal, sino, con argumentos convincentes, propone que se interprete en función de la protección a los derechos que el Estado está obligado a dispensar.

Un artículo del abogado Fernando Carreón Rodríguez, titulado *La mediatisación del Derecho. Factor crítico de su legitimidad*, cierra este primer tomo de la Revista en homenaje al señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. En ese trabajo, el abogado Carreón Rodríguez cuestiona, entre otros aspectos, la influencia que los medios masivos de comunicación han ejercido sobre el conocimiento de las normas jurídicas y su aplicación. Con esta línea, no cabe duda que la imagen de autoridad de quienes detentan el poder estatal llega a confundirse con la que proyectan los

que dirigen y difunden la información a la población, como lo expone el autor. De ahí que sea necesario fijar la atención en que se observen los principios constitucionales y se respeten, estrictamente, los derechos de las personas.

Finalmente, les expreso mi agradecimiento a cada uno de los que colaboraron para que este número de la Revista pudiera recoger tantos y tan interesantes artículos y a nuestros lectores los invito a que los disfruten.

*Alejandro Roldán Velázquez
Diciembre 2010*

SECCIÓN PRIMERA

EVOCACIONES AL SEÑOR MINISTRO

JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO

Algunos recuerdos de mi padre

José de Jesús Gudiño Cicero

Cuando mi padre murió, temprano un domingo, se me presentó entre el dolor, confusión e incredulidad; no podía creer que él, a quien yo, pero no sólo yo, veía cómo un gran hombre, capaz de sortear cualquier dificultad con gracia y una sonrisa, como los otros infartos que sufrió, ya no estuviera para enterarse de mis sueños y proyectos, aceptándolos y congratulándose con ellos, impulsándome como si fueran de él; que me dijera: *¿qué te sirvo de tomar?, ¿cómo te está yendo?, ¿cómo está Vero?, oye, ese Armando o ese Fer (mis hijos) son algo tremendo, ¿sabes lo que me dijeron al otro día?...tienen muchos alcances.*

De cuando en cuando hacia una pausa en su trabajo sólo para saber que estábamos bien, que todo iba marchando y, si no, ver la manera en que podría ayudarnos mejor, a veces con un buen consejo, basado en sus experiencias, que mostraba a una persona capaz de triunfar en la adversidad, que no le teme sino más bien la busca. Cómo le gustaba la polémica, siempre respetuosa pero incisiva, en otras ocasiones me confrontaba, o buscaba bibliografía que recomendarme para que encontrara mis propias respuestas.

Pocas veces me ayudó de manera directa, y esto nunca podré agradecérselo lo suficiente, desde niño me dejaba jugar, experimentar, sólo cuidando que no me lastimara demasiado.

Siempre admiré al ministro, jurista y defensor de la dignidad humana y la libertad; admiré sus argumentaciones irrefutables y su gran ingenio, solía con

él hacer juegos de palabras, sólo para saber qué respuesta tan sencilla como ingeniosa expresaría, cortando todas mis posibilidades de responderle, siempre dando un paso adelante; por esta razón, no me extrañaba entonces que fuera también un gran jugador de dominó. Con todas estas vivencias que compartimos ahora he podido, y no pensé que fuera posible, admirar más al gran hombre que fue mi padre.

Mi madre, mis hermanos y yo, hemos coincidido en que a todas las personas que nos han mostrado su apoyo porque conocieron a mi padre jamás tendremos suficientes palabras para agradecerles; en los homenajes y demás reconocimientos que le hicieron a mi padre después de muerto, esas personas, que nos abrazaron, tuvieron de él la misma imagen que tenemos nosotros, esto es, más allá de la del jurista o la del ministro, es la del hombre auténtico, congruente y defensor, como pocos, de sus convicciones, sin perder el respeto por las creencias de los demás; mi padre fue un maestro que enseñó no sólo su materia, sino también, y sobre todo, sus experiencias de vida; acompañó a sus alumnos y colaboradores, por quienes tenía un gran aprecio, no sólo a incursionar en el terreno donde tenían que cumplir con sus responsabilidades sino también en el personal, haciéndoles sentir su apoyo.

Me entusiasma la idea de escribir estas líneas recordando a mi papá; jamás he admirado más a persona alguna que a él, aunque no sé si lo supo realmente; me siento sumamente orgulloso de llevar su nombre y, aunque tuve la oportunidad de decírselo y reconocerlo, no pude hacerlo suficientemente porque también experimenté que no era tarea fácil; llegan a mi mente recuerdos en cascada, todos ellos gratos, de lo mucho que me enseñó y me dejó; y ¿cómo compartirlos si todos los que tuvieron contacto

con él saben quién fue?; fue un hombre generoso que no se guardó mucho para sí, impulsar era su vocación y vaya si lo logró.

Puedo decir, como ya he dejado entrever, que era un hombre sencillo y que, como diría Benedetti: “vivió adrede”. No por casualidad, cuando traté de buscar algún consuelo, recurrió a ese autor; y en *Vivir adrede*¹ encontré la mejor definición de la forma de ser sencillo que tuvo mi papá: ...*Cuando uno es sencillo (en su habla, en sus actos, incluso en su poesía) corre el incómodo riesgo de ser tomado por tonto, por babieca. Hay críticos, por ejemplo, que son propensos a elogiar solamente a aquellos poetas misteriosos, cuyas obras son comprendidas por muy pocos. Esos mismos críticos tampoco lo entienden, claro, pero tienen cierta habilidad para cabalgar por fuera del misterio, haciendo de su ignorancia una forma inédita de discreción. Si uno lee a Baldomero Fernández Moreno o a Antonio Machado, y capta la sabiduría de su sencillez, quisiera salir a abrazarlos, como si aún estuvieran ahí, con su pluma en ristre. Cómo abren sin prejuicios las puertas de su vida y nos regalan las llaves para que abramos la nuestra... En la sencillez, los hombres y mujeres se amparan, se comprenden, se alivian. En la complejidad, en cambio, se ven con desconfianza y con rencores. Cómo no tener en cuenta que la muerte es la cumbre de la sencillez.* Amigos, alumnos, colaboradores, maestros y demás personas que se cruzaron, aun brevemente, en su camino estarán de acuerdo conmigo en reconocer que mi papá era este hombre sencillo, que abre su vida sin prejuicios.

Sé que, para mi papá, no había asuntos más pequeños o insignificantes que otros; en todos, y me consta por dichos expresados por él mismo, tenían gran importancia

¹ Benedetti, Mario. “Sobre sencillez”, en *Vivir adrede*. Madrid, Alfaguara, 2009

en los que se encontraba implicada la dignidad de alguna persona por haberse enfrentado a una situación adversa. Pese a su gran discreción, sé que dio la misma importancia, porque en su mente eran equivalentes, tanto a los asuntos con grandes reflectores, prensa y fotografías, como a aquéllos, expuestos en la intimidad de su oficina, en los que algún colaborador, alumno o personal ajeno a su ponencia le planteaban un problema, o asuntos jurídicos que no tenía relevancia mediática; recuerdo que cuando yo, en mi lucha por alcanzar mi independencia, daba trompicones en la vida por estar confundido, él, mi padre, se ocupaba de oírme y me aconsejaba, como si mis problemas fueran lo más importante.

Admiro, y admiré siempre, su capacidad para, a pesar de tener un puesto de gran responsabilidad, ser brillante académicamente, mantener aún, hasta el fin, un alma de niño, juguetón, travieso y cariñoso, ese era mi papá. Fue siempre ese niño de secundaria que, tras reprobar algunas materias, lo enviaron como castigo a trabajar en un rancho de uno de sus tíos; contaba que aún se saboreaba, y se le veía en su rostro, aquellos frijolitos de la olla, acompañados de un rico queso panela recién hecho que le daban para desayunar; recuerdo también la travesura reflejada en su rostro, cuando platicaba que se comunicó con su padre para decirle que prefería quedarse en el rancho. Fue un joven universitario brillante y muchas veces recordó que en un mitin estudiantil, mientras daba un discurso, quemó sus dedos accidentalmente con el cigarro, por lo nervioso que estaba; hace muy poco tiempo me confesó que los jóvenes, como él *querían cambiar todo, a pesar de que no sabían nada sobre la vida*; no le dije nada entonces, pero creo que sí lo sabía: nunca dejó de ser el niño travieso y el joven rebelde e idealista, sólo que, junto con estas virtudes, se añadieron la de gran jurista y maestro que también fue.

Cuando compraba un nuevo libro, no obstante los miles que forman su biblioteca, lo abría como el niño que abre un preciado regalo de Navidad; al igual que sus plumas, las abría, las desarmaba, las volvía a armar, las guardaba, las sacaba, escribía notas sueltas en servilletas, las volvía a guardar, deleitado con placeres que sólo los niños saben valorar de esa manera.

Se dice que, si bien la madre da la vida, el padre la permite y la impulsa; creo invaluable la manera en que esto último lo hizo conmigo, dejándome en libertad de elegir, sólo vigilándome a la distancia, dándome libertad de caerme para después ayudarme a levantar; evitaba a toda costa imponer, o sugerir, un punto de vista, sólo argumentaba o aconsejaba para que encontrara mi propia opinión y tomara mis decisiones; me decía: *mira yo creo esto, pero tú piénsalo, cualquier cosa, yo te apoyo*; la decisión era mía, pero él estaría ahí, cerca, apoyándome.

Me han preguntado, y yo mismo lo he hecho, por qué no estudié Derecho y así, seguir sus pasos; pero me respondo que no seguí esa faceta más visible de él porque, a cambio, siempre le reconocí ser un profundo conocedor, apasionado, de la mente humana; en alguna conversación me dijo: *no podemos juzgar la conducta sin conocer sus motivaciones profundas*; hasta hace muy poco he podido comprender la profundidad de estas palabras, y la vinculación que tienen con la función del juez.

Cuando aún estaba en secundaria, le comenté a mi papá mis intenciones de estudiar psicología, lo tomó con agrado; cuando yo ya no me acordaba de esto, se enteró que había una exposición sobre psicología en una universidad de Guadalajara y me llevó. Siempre tuvo gran aprecio e interés por el psicoanálisis; en una ocasión llevó a casa un gran retrato de Sigmund Freud, y jamás

le gané una discusión en temas psicoanalíticos; por eso no me sorprendió que, al regalarme las obras completas de ese autor, la mayor parte estuvieran subrayadas y con anotaciones; tampoco olvido su agrado y complacencia cuando charlábamos sobre las ideas de Cornelius Castoriadis o de Erich Fromm.

Amaba el conocimiento como medio para llegar a la verdad y, a través de ésta, a la libertad, encarnaba así el lema de su *alma mater*: “La verdad nos hará libres”.

Después de ser un maestro y jurista respetado, de tener reconocimiento, logros y libros, tuvo un segundo amor: el Amparo (el primero era mi madre); me comentaba hace poco que deseaba estudiar psicoanálisis no para ejercerlo, sino para conocerlo más; hasta el último día, estudió inglés, y se divertía con sus alumnos; diciéndoles *pay your attention, please*, para después decir riendo *Bueno, debo aprovechar las únicas palabras que aprendí en mis cursos de inglés*; jamás dejó de intentarlo.

Otro autor sobre el cual nos entreteníamos conversando, era Stephan Zweig. Recuerdo que le comenté sobre la primera obra que leí; la biografía de Fouché; en un momento se levantó cuando hablábamos, fue a su biblioteca y sacó un tomo de las obras completas de este autor, hablándome sobre sus obras, de las cuales él conocía todas, y se notaba en su cara una expresión de júbilo.

Para Zweig, la pasión es el eje rector en la vida de los hombres y se descubre a través de su vida y sus hechos; para él no había peor desgracia que alguien viviera carente de pasión. He tratado de pensar qué diría de él si escribiera su biografía; creo que diría, en síntesis, que el amor de mi papá fue mi madre, su familia y las personas a las que, de alguna manera u otra, formó; su pasión fue el

conocimiento y la verdad como fundamento de libertad, ya que ésta le permitió, hasta el fin, tener un alma de niño y una vida entregada, generosa y sencilla.

La conversación sobre Zweig fue hace poco y fue la última vez que, con asombro, pude decirme, teniéndolo frente a mí: yo quiero ser lo más cercanamente posible a lo que es este gran hombre, mi papá, a quien admiro tanto.

Esta admiración, creo, fue constante desde que tengo memoria, aunque en la adolescencia y parte de la juventud fue difícil para mí reconocerlo, pero pienso que él lo entendía; se quedaba mirando a la distancia y, de cuando en cuando, nos reencontrábamos en el camino; era el padre que quería cuidar y ayudar al hijo y yo fui el hijo que ansiaba seguir su propio camino; jamás tuvimos, en nuestros desencuentros, tal distancia que nos impidiera el reencuentro, en actitudes, formas de pensar, gustos y, puedo decir, también en rebeldía.

En estos días ha venido a mi mente claramente un recuerdo: yo, a los cinco o seis años, sentado en una silla y mesita, traídas para mí, en el despacho que ocupó cuando fue Juez de Distrito; yo me la pasaba dibujando y él, sentado frente a mí en lo que yo debí haber visto como un gran escritorio, lleno de papeles; viene a mi memoria que, de cuando en cuando, le echaba un ojo y lo veía concentrado sumido en un altero de expedientes, pasando una y otra vez las hojas, sosteniendo en lo alto con una mano su pluma; pasaban los secretarios, a los que saludaba cuando entraban, entonces dejaba la concentración y, tras un breve intercambio de palabras, procedía a firmar los documentos que le llevaban; levantaba la vista, cuando el secretario salía, volteando brevemente me preguntaba: ¿cómo vas?; yo le decía emocionado: mira, dibujé... Y él se sonreía diciéndome:

muy bien, sigue así. Él recordaba riendo que yo le había dicho que quería ser como él, juez, porque sólo firmaba; yo no lo recuerdo, pero sí, y quizá no lo sabía, que lo que en realidad parecían mis dibujos eran intentos infantiles de hacer una firma, porque eran garabatos, quería firmar como él.

Puedo decir, ahora, que esta fue una verdadera época en que vivimos nuestra relación de padre e hijo; hacía intentos, muchos intentos, de crear actividades conjuntas; en una ocasión fuimos a pescar, aunque no lo conseguimos, pero en mi memoria siempre quedará el recuerdo de estar con él en una lancha junto con su amigo; yo estaba tan emocionado que no paré de hablar y después me dijeron que había asustado a los peces, pescar era lo de menos. Dos únicas ocasiones tomamos clases de tenis juntos, lo que sí hacíamos seguido era ir a exposiciones de automóviles, otro de sus grandes gustos.

Hay tantos y tantos recuerdos que, además de lo difícil que resulta traerlos a la mente hoy, ocuparían demasiadas páginas para una semblanza. Simplemente, deseo compartir otra idea que he tenido hacia mi padre; hacía muchos esfuerzos por conocernos, tanto a mis hermanos como a mí, y de estar el mayor tiempo posible con nosotros, para que las rupturas pequeñas, disputas comunes entre padres e hijos, se subsanaran. Hacíamos viajes por separado con él, nos invitaba a algunas actividades que pensaba que nos podían atraer. Poco antes de aquel domingo, había organizado reuniones con mis hermanos y yo para desayunar, en las que simplemente charlábamos.

Sé que hacia el final de su vida, y quizá mucho tiempo antes, tuvo paz con las personas a las que amó y consigo mismo; no me sorprende entonces que, al verlo por última vez, lo viera con una sonrisa, ya congelada,

y con una expresión de calma. Me duele no por él, qué gran metáfora: organizó todo para su último viaje, desde su infarto anterior, y nos dejó grandes lecciones de vida, que estarán en todos cuantos se cruzaron brevemente, o por algún tiempo, en su camino; desde su anterior infarto, hace tres años, cuando enfrentó lo que ahora es una realidad, muy de cerca, resolviendo todos aquellos asuntos importantes para él, que giraban en su mente.

No, no me duele por él, sino por los que nos quedamos; por mi parte puedo decir que no creo encontrar otra persona con quien tener esas ricas, entusiasmadas y largas charlas sobre todo y nada, sintiendo que, aunque claramente él podía desarmar cualquier argumento que yo tuviera, siempre me hacía sentir que lo que pensaba era importante y válido; él, que ahora, ya como adulto, yo veía como un amigo y, creo, el mejor. Me consuelo, no obstante, pensando que estará en algún lugar, en esas charlas interminables; por fin con Popper, Russell y Freud, quienes probablemente ya lo contarán entre sus amigos.

Despedida al señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo*

Margarita Beatriz Luna Ramos

Señor Presidente.

Señora y Señores ministros.

Señores consejeros.

Señora y señores magistrados del Tribunal Electoral.

Querida Yolita e integrantes de la familia Gudiño:

Dijo Alfonso Reyes:

La tumba, Maestro Mallarmé, no se enamora al instante del silencio, sino del epitafio. Ese rápido sumario de la propia vida es el inventario del botín que nos llevamos del mundo. Es el esfuerzo por sacar, finalmente una moraleja de nuestra fábula.

Me parece que de manera muy acertada, una cercana colaboradora del ministro Gudiño, sintetiza la vida de su jefe en la siguiente frase: *Juez por convicción y maestro por vocación.*

El pasado 19 de septiembre se reportó para la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, con la que inicia esta nueva integración del Máximo Tribunal, su tercera baja.

La noticia del fallecimiento del señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, irrumpió en un tranquilo desayuno dominical; de pronto, pareció, que aquella desgracia no encontraba sitio en la conciencia. Nuestro

* Palabras pronunciadas por la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de septiembre de 2010.

ánimo se subleva y lo rescata. La memoria retrocede inmediatamente ubicándose con diez días de anterioridad, para verlo que rebosante de entusiasmo esperaba iniciar el período de unas merecidas vacaciones.

De pronto, la mente inicia un inventario de remembranzas y aparece el rostro siempre sonriente del ministro Gudiño con un cálido saludo matutino, acompañado siempre de una frase halagadora, que marcaba un feliz inicio de jornada laboral. Durante la sesión de pleno, una serie de tarjetas con comentarios amables y jocosos de mis intervenciones. Tarjetas que guardo como uno de mis más preciados tesoros, pues constituyen el testimonio de su valiosa amistad.

El proceso de una larga afección cardíaca, venía de años atrás minando su salud; sin embargo, su fortaleza de espíritu y sus deseos de vivir le permitieron, en dos ocasiones encarar la muerte y airosamente desdeñar sus embestidas. Tal parecía que cada infarto constituía un nuevo desafío del que resultaba vencedor.

Retomó una y otra vez con brío y entereza su apasionante trabajo de juzgador, con aquella íntima satisfacción del que sortea todas las borrascas, con el reto en el corazón y con la alegría de vivir reflejada en el rostro. A propósito de la recuperación que tuvo del segundo infarto, la docta pluma del presidente Ortiz Mayagoitia, en noviembre de 2007, le compuso la siguiente calavera:

QUIEN SUFRE DEL CORAZÓN
Y VE LA MUERTE DE FRENTE
ENDERESA LA RAZÓN,
SE VUELVE GENTE PRUDENTE.
TÚ, EN CAMBIO, JESÚS DE DIOS,
TE ERIGES EN LA EXCEPCIÓN
DE ESA REGLA TAN DECENTE.

Ha muerto a los 67 años de edad, en un país lejano, pero con el privilegio de cerrar los ojos en los brazos de la compañera de su vida. Se fue inesperadamente, sin decirnos adiós, pero sin agonía, sufrimiento ni congoja, con esa paz y esa tranquilidad prerrogativa de los hombres justos. La pesadumbre de su partida gravita en nuestro corazón. En este recinto, aún guardamos el calor de su presencia, parece que escuchamos su voz fuerte y varonil. Nos queda el recuerdo de su amistad y compañerismo.

Juez por convicción

El ministro Gudiño desarrolló con plenitud una brillante carrera judicial. Sabía que los kilómetros se hacen con milímetros, se debe a su propio valer, sin compromisos a la pulcritud de su trabajo, la ascensión gradual que lo llevó hasta este Alto Tribunal. No le abatía la adversidad, ni le engañaba la veleidosa fortuna.

Su actuación se caracterizó siempre por la naturalidad de su talento, la profundidad de su conocimiento la sutileza y sencillez de su trato. Su existencia honrada se refugiaba en el trabajo y huía de los relumbrones y vaciedades.

Hombre recto y bueno como pocos, brillante inteligencia, corazón cabal. Don José de Jesús amó la vida, en su gran versatilidad: en la alegría, en el dolor y en la indiferencia.

A sus colaboradores les invade la tristeza pues pierden, más que a un jefe, a su maestro, a su guía, pero sobre todo a un gran amigo.

Maestro por vocación

La otra faceta de su vida profesional fue su vocación de maestro. Don José de Jesús disfrutaba la enseñanza, al punto de vencer la fatiga que en su práctica responsable

significaba el voluminoso estudio de la judicatura y de la cátedra. A la manera de Rabasa, entendía que: *Enseñar es alumbrar para que los ojos vean y las inteligencias se regocijen... Su mejor lección fue aquella que elevó a norma de educación, la regla de la tolerancia. Su mejor actitud, aquella en que afirmó sus ideas y respetó las ajena*s.

Su suave seriedad, su amistad tersa y confortable, su bondad, alejado siempre del espíritu de venganza, sin discordia, fueron fiel reflejo de un hombre realizado, feliz.

Además tenía un gran sentido del humor y una agudeza mental incomparable, a cuyo oportuno comentario no escapaba nadie, desde luego incluidos nosotros, sus compañeros. Esta es otra de las facetas de su extraordinaria personalidad que vale la pena recordar de nuestro querido compañero y para muestra un botón.

No existe lugar que el ministro Azuela visite, que no surja uno o más personajes recordando que fueron sus alumnos. El ministro Gudiño con su oportuno comentario dijo: *este mundo se divide en dos: los que fueron alumnos de Mariano y los que hubiéramos querido ser*.

Me platicó alguno de sus colaboradores que en alguna reunión de trabajo de los miércoles, previa a la sesión de Sala, uno de ellos llegó con algunos minutos de retraso, pero en el momento de entrar al salón de juntas, tropezó y cayó al suelo aparatosamente. El comentario de don José de Jesús no se dejó esperar: *tu afán de protagonismo no tiene límites, eres capaz de golpearte con tal de llamar la atención*.

En esa apariencia de encontrarse ausente de la conversación, inesperadamente soltaba el comentario ingenioso que no podía más que arrancar la espontánea carcajada de sus interlocutores. Esto le valió el bautizo de

“el caimán” que toma el sol dormitando plácidamente a las orillas del río y cuando nadie lo espera suelta la certera mordida. Esto también fue motivo de una calavera por parte del señor Presidente que dijo así:

GUDIÑO.
(GRAN CAIMÁN)
RELATA CALAMANDREI
QUE EN LA ÉPOCA REMOTA
UN CAIMÁN HACÍA JUSTICIA
EN OTRAS TIERRAS IGNOTAS.
HAY AHORA, SEGÚN VEO,
EN LA CORTE UN GRAN CAIMÁN
QUE NO AJUSTICIA A LOS REOS
PERO SÍ A SUS COMPAÑEROS.
POR ESO NO ES DESATINO
RECONOCER LO PROBADO:
JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO
ES EL CAIMÁN JUSTICIERO.

Don José de Jesús vivió su vida plenamente. Amó y fue amado intensamente por esa gran mujer que encontró por compañera de su vida: Doña Yolanda Cicero, con quien formó su maravillosa familia en la que sus hijos: Yolanda, José de Jesús y Carlos Antonio y, sus nietos Frida, Alejandro, Armando, Fernando y Andrés, se convirtieron en la razón de su existencia. Don José de Jesús vivirá siempre en la perennidad de su obra, en el recuerdo de sus alumnos y de sus colaboradores, en el corazón de sus compañeros, amigos y sobre todo de sus seres queridos.

Decía un pensador que para hacer elogio de un juez no son necesarios los epítetos ni las alabanzas; basta

simplemente decir: fue probo. Hoy está presente una toga noble, una toga limpia, llevada con dignidad por un juez probo.

Don José de Jesús: descansa en paz.

Muchas gracias.

El ministro José de Jesús Gudiño Pelayo: entre la brevedad de la vida, el juicio de amparo, la controversia constitucional y el Estado

*Genaro González Licea**

SUMARIO: I. Sobre el juicio de amparo. II. Sobre las controversias y el comportamiento del Estado. III. ¿Es breve la vida? Bibliografía.

Quien se limita a dejar pasar la realidad, quien no se pregunta por qué ocurre y qué habrá de ocurrir con posterioridad si no se hace esto o lo de más allá, ése no yerra, desde luego. Cuando, por el contrario alguien hace su interpretación de la realidad de hoy, implícitamente se interroga cómo hacer para que el mañana sea como debiera ser¹. Esta actitud del hombre que interroga, que duda, no de manera existencial, como acto de fe, sino como duda metódica, cartesiana,² constituye, para mí, una enseñanza capital del ministro Gudiño Pelayo (1943-2010). Sus libros están como prueba y al alcance de todos.

Sobre esta actitud, como forma cotidiana de ser, versarán las siguientes líneas. Considero que en ella se encuentra la piedra angular de su actuar jurisdiccional, académico y de vida. Con esa actitud interpretó la Constitución, la realidad concreta que vivió, el objeto de estudio, la especificidad de la litis planteada y, como secuencia natural, expuso, con la fuerza de la razón –que

* Responsable del Programa de Contradicciones de Tesis pendientes de resolver en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ CASTILLA DEL PINO, C.: “Ortega, el intelectual”, cit., p. 91.

² Véase DESCARTES, R.: *Meditaciones metafísicas*, cit., pp. 41 a 90.

es la *diferencia que existe entre los hombres y las bestias*³–, la categorización y tendencia de la realidad o fenómeno jurídico estudiado.

Este compromiso consigo mismo y con su realidad, le permitió, más que describir a ésta, interpretarla y proyectarla, con el riesgo latente del error, por supuesto, del error científico, no de aquél en el cual incurre el que emite juicios sin preguntarse el porqué de las cosas.

Cómo dejar de valorar a una persona que, por sistema, mantenía una actitud crítica y autocítica, prudente, tolerante, reflexiva y abierta al diálogo. En clase, en sus resoluciones, en sus libros, fomentaba siempre la participación del otro. En uno de sus libros, incluso, solicitó que le hiciesen llegar, a través de la editorial o directamente en la dirección que aparecía en él, sus críticas a las conjeturas propuestas, tanto en ese libro como en otras relacionadas con el tema⁴. Esta forma de ser es propia de una persona que no sólo conoce de las cosas, sino, más bien, del por qué de las cosas, de una persona que al llevar a cabo tal comportamiento como una parte de sí, lo que practica, realmente, es el magisterio.

Actitud siempre presente en él, ya sea en su carácter de juzgador, investigador o académico que siempre fue. Por cierto, más de una vez le escuché decir, con la modestia que le caracterizaba: *yo no me considero académico, yo me considero un juez con inquietudes académicas*. Enseñanza capital para todo aquel que busca sin encontrar, al no cuestionar, primeramente, lo que se es y se quiere en realidad y, desde esa base, plantear con sinceridad la posibilidad de ser.

La enseñanza referida, el compromiso intelectual consigo mismo y con la realidad que le tocó vivir, la

³ DESCARTES, R.: *Discurso del método*, cit., p.31.

⁴ Véase GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *El Estado contra sí mismo*, cit., p. 27.

podemos encontrar en toda su obra y, por supuesto, en su actuar como juzgador: sentencias, votos particulares, tesis jurisprudenciales y aisladas, entre otros. En lo particular, lo ejemplificaré en algunas de sus reflexiones en materia de juicio de amparo, controversia constitucional y comportamiento del Estado mexicano.

I. Sobre el juicio de amparo

En cuanto al juicio de amparo, considero, primeramente, el valor que tiene su recordatorio en el sentido de que dicho juicio, por sobre todas las cosas, es *un instituto procesal y la judicatura que lo conforma, la infraestructura en donde se desarrolla un proceso de agravios y sus incidentes*⁵. Es, por tanto, un proceso jurisdiccional contenido en los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal y en la respectiva ley reglamentaria. Esta es, nos dice:

*[...] la naturaleza que le corresponde dentro del mundo jurídico. En consecuencia, éste será su género próximo; la diferencia específica se encuentra en el objeto que le es propio al amparo y en las funciones y finalidades del mismo. El objeto del juicio de amparo lo es la propia Constitución*⁶.

Paralelamente a ello, agrega la importancia que tiene en nuestro sistema político como instrumento constitucional para proteger la libertad del ciudadano en general y, por eso mismo, remarca la necesidad de que el Estado promueva la cultura jurídica en los diversos sectores sociales del juicio en cuestión.

⁵ TAMAYO SALMORÁN, R. E. en prólogo a la *Introducción al amparo mexicano*, cit., JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, Editorial Texto Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), Universidad de Guadalajara, Guadalajara, Jalisco, México, 1995, p. 13.

⁶ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *Introducción al amparo...*, cit. pp. 51 y 52.

Ninguna institución jurídica cobra vigencia por la sola nobleza o lo inobjetable de los principios o valores en que se inspira; todas rigen en función de las fuerzas sociales o políticas que las respaldan, pues, en última instancia, son éstas las que determinan si sus principios son efectivamente indiscutibles o en qué casos existen ‘razones’ para excepcionar su aplicación⁷.

De esta manera, tanto se fortalece el Estado de derecho, como el instrumento más adecuado para proteger y defender los derechos humanos.

Naturalmente, el juicio de amparo va más allá de un conjunto de conceptos y presupuestos procesales –los cuales, por cierto, desarrolla de manera interpretativa más que descriptiva en su *Introducción al amparo mexicano*– y, por lo mismo, éstos no deben aplicarse irreflexivamente. Caso concreto, de muchos, es el concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo. Ello es así, nos recuerda, porque: *de la correcta determinación de lo que deba entenderse por autoridad dependerá la amplitud protectora y la eficacia de nuestro juicio de garantías⁸*. Expresiones como la anterior, con su respectivo fundamento, son la constante en su obra.

En la misma tesitura, por otra parte, encontramos sus reflexiones sobre la jurisdicción del amparo y la independencia del juez local, así como en torno a la estructura, alcance y contenido de una nueva Ley de Amparo, esto visto desde un ángulo de ingeniería judicial.

En el primer caso, remarca la gran oportunidad que ofrece el siglo XXI para:

⁷ *Ídem*, p. 33.

⁸ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *Problemas fundamentales...*, cit., p. 19.

[...] replantear las relaciones entre la justicia local y la justicia federal, relaciones en las que, por supuesto, el juicio de amparo es un elemento estructural y en las que sin duda se debe garantizar la independencia del juez. La lucha por convertir la independencia judicial de las judicaturas estatales en una realidad jurídica y fáctica no se acota con defender la independencia del juez respecto al Ejecutivo y al Legislativo de su propia entidad federativa. Va más allá. También requiere de independencia de la justicia federal y exige devolver, poco a poco, a los jueces y tribunales estatales la cualidad de ser órganos terminales, es decir, de ser autoridades con facultades para decidir en definitiva las controversias que se sometan a su jurisdicción. Que lo anterior quede tan solo como testimonio de una opinión, de una propuesta, que contiene la intención de conciliar dos pilares elementales en el sostén de nuestra república: el juicio de amparo y la independencia judicial como garante de la vigencia del régimen de derecho⁹.

Por lo que se refiere al segundo caso, en él expone su convicción respecto a la estructura, alcance y contenido que debe tener la nueva Ley de Amparo. Propone una solución legislativa consistente en *abordar en forma previa una cuestión metodológica fundamental: La ingeniería social gradual que toda obra legislativa realmente eficaz supone*¹⁰.

Lo que presupone, como el mismo autor lo señala, una *reconstrucción social democrática*, un actuar sistemático del legislador en el proceso de reforma. La ausencia de un actuar con estas características, puntualiza:

⁹ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *Ingeniería judicial y...*, cit., p. 69.

¹⁰ *Ídem*, p. 111.

[...] es una de las causas principales de que las instituciones jurídicas, a lo largo de reiteradas reformas legislativas en las que se modifica de modo parcial su regulación sin cuidar su relación con el todo, en forma paulatina se desdibujen, pierdan su diseño original y, en consecuencia, cada vez sean más ineficaces para el logro de las finalidades para las que fueron concebidas¹¹.

Señalamiento nada sencillo y por demás contundente. A renglón seguido y con la intención de no generar ninguna duda en su postura, agrega:

Esta es, en buena medida, la causa de la relativa ineficacia de nuestro juicio de amparo, que se diseñó para proteger los derechos fundamentales del individuo emanados de la Constitución, y hoy se ha convertido en la última instancia judicial de toda, absolutamente toda, contienda ordinaria, local o federal, objetivo para el que no fue diseñado. Esto es, en mi opinión, lo que justifica la expedición de una nueva Ley de Amparo: el rediseño del juicio de amparo como instrumento protector de los derechos fundamentales del individuo, de acuerdo con las actuales necesidades y circunstancias. De otra manera, no hay razón alguna para la expedición de una nueva ley, pues si el amparo continúa con el mismo esquema vigente hasta estos instantes, basta y sobra con efectuar las modificaciones necesarias a la actual Ley de Amparo. ¿Para qué una nueva ley si la estructura y el alcance del juicio de amparo, en lo fundamental, permanecen intocados?¹²

¹¹ *Ídem*, p. 118.

¹² *Ídem*, p. 119.

Expuesta la reflexión, con la frialdad y mesura del que interroga, lejos de los aplausos y el discurso fácil, hizo lo que debía y tenía que hacer, otras instancias tenían la palabra.

Efectivamente, si el objeto del juicio de amparo es la propia Constitución, ¿para qué una nueva Ley de Amparo si en ella continúa intocado dicho juicio? Momento oportuno, considero, para retomar el objeto del juicio referido y, de esta manera, exemplificar una vez más su compromiso intelectual.

Sobre el particular, la primera pregunta que se hace es la siguiente: ¿la interpretación que efectúa la instancia competente sobre la Constitución es realmente autónoma, libre y soberana? Con la seguridad propia del que conoce, pero, además, no cae en el dolor de la autocensura, responde que esa instancia competente, como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en realidad, no ejerce propiamente su soberanía, sino que: *trata más bien de hacer tuyas las razones del ejecutivo o de la administración pública a cargo de éste, abdicando de la facultad de imponer límites precisos e infranqueables al Presidente de la República y a sus colaboradores, sean del rango que sean*¹³.

Es común que la gran mayoría se limite a efectuar el comentario anterior, no es el caso del ministro Gudiño, quien, con el riesgo correspondiente, da la pauta para su posible modificación. Para él se requiere de los siguientes supuestos: cambiar el sistema para reformar la Constitución por otro que sea real y efectivamente rígido y centrar la atención única y exclusivamente en los problemas propios del control constitucional y, de esta

¹³ *Idem*, p. 266.

manera, dejar que el gobierno adopte íntegramente las responsabilidades de lo que le corresponde¹⁴.

A lo anterior, agrega:

La actitud de solidarizarse incondicionalmente con los objetivos y altas finalidades que, de acuerdo con la ley persiguen o deben perseguir los órganos del poder público, a pesar de que su actuación concreta no se ciña a las exigencias de la Constitución, ha sido demoledor para nuestro estado de derecho, además de las gravísimas consecuencias políticas y morales que han traído consigo; como ha sucedido, para tan sólo citar un ejemplo, en la jurisprudencia relativa a nuestro proceso penal, la que ha sacrificado los principios constitucionales, lógicos y humanísticos del proceso acusatorio, así como valores fundamentales de la persona, en aras de un pragmatismo inmediatista y transitorio; lo que a la postre ha resultado contraproducente¹⁵.

Al pronunciar el tema de la jurisprudencia, para mí es inevitable puntualizar el error en el que, de acuerdo al ministro Gudiño, puede incurrir el juzgador mexicano de adoptar posiciones *frente a la jurisprudencia que serían válidas en el derecho angloamericano, pero que, aplicadas en el nuestro, lo distorsionan, lo complican y lo hacen poco eficiente*¹⁶. Dicho esto, aflora el espíritu docente:

Creo que lo primero que debe hacerse es efectuar un estudio sistemático de todos los preceptos legales que en forma directa o indirecta se relacionen con la litis del caso a resolver y sólo después de buscar los

¹⁴ Véase GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *Problemas fundamentales del amparo mexicano*, Capítulo VII, “Supuestos para una interpretación constitucional real y efectivamente soberana en México”, pp. 249 a 299.

¹⁵ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *Problemas fundamentales...*, cit. p. 295.

¹⁶ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *La contradicción de criterios...*, cit., p. 21.

precedentes y criterios de la Corte y de los Tribunales Colegiados la luz para los puntos concretos que el estudio de la ley no permitió aclarar. Estimo que debía procederse así, pero tengo la impresión de que hay la tendencia de hacerlo al revés¹⁷.

De esta manera, nos remarca que son diversas las características de la jurisprudencia en el derecho angloamericano (donde la fuente principal de derecho es a través del precedente) y la seguida en nuestro sistema jurídico, que es de origen romano canónico y: *tiene un carácter secundario, complementario, aleatorio, esporádico: su función se concreta a la interpretación y a la integración de la ley, es decir, sólo tiene sentido cuando existe duda respecto a lo que la ley dispone en el caso concreto o cuando ese caso no se encuentra previsto en alguna de las hipótesis de la ley. En consecuencia, para que se justifique la elaboración y la publicación de una tesis jurisprudencial en nuestro sistema, primero debe justificarse la duda de la interpretación o la laguna de la ley, esto es, determinar lo que algunos autores denominan como ‘problemas penumbra’, para luego establecer el criterio jurisprudencial que ilumine esa zona concreta de penumbra, para éste y otros casos futuros¹⁸.*

Es tan relevante el tema de la jurisprudencia que, sin la menor duda, el ministro Gudiño consideró:

[...] la inconstitucionalidad del primer párrafo de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, por excluir a las autoridades administrativas de la obligatoriedad de la jurisprudencia, lo cual a mi juicio es, como dirían los ingenieros civiles, una ‘falla estructural’ del sistema jurídico mexicano de la cual, hasta la fecha,

¹⁷ *Ídem*, p. 22.

¹⁸ *Ídem*, p. 74.

*no se ha tomado suficiente conciencia; y es además fuente de grandes inequidades*¹⁹.

En relación con el juicio de amparo, permítase citar un ejemplo más que, tal vez por escuchar directamente su exposición, me impactó su claridad de ver y exponer las cosas.

Se discutía el problema planteado por un quejoso, el cual sostenía que los artículos 73, fracciones V y VI, y 74, fracciones III y IV, de la Ley de Amparo contienen normas que se apartan de los artículos 103 y 107 de la Constitución, en donde no están prefiguradas. En la sentencia emitida: *se estudia si es factible impugnar la constitucionalidad de normas de la Ley de Amparo, si es que éstas se aplicaron en la resolución recurrida, y al efecto proporciona múltiples consideraciones para sostener que sí. A mí me parece que el problema, así planteado, resulta incorrecto. En verdad, en el recurso de revisión no se impugnan normas, sino resoluciones judiciales. Y esto es importante: sólo siendo conscientes de esto es que puede hallarse la vía correcta para solucionar el caso*²⁰. Posteriormente explica lo anterior con la medida y convicción del que pretende dejar constancia del cómo abordaría el estudio del caso planteado, lo cual posibilita la reflexión, la crítica e incluso, si es el caso, la autocritica de lo antes sustentado.

II. Sobre las controversias y el comportamiento del Estado

La enseñanza del hombre que interroga y prioriza la duda metódica cartesiana, también la encontramos en las

¹⁹ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *El Estado contra sí mismo*, cit. p. 27.

²⁰ Voto concurrente formulado por el señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, en el amparo en revisión 1244/2008, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de veinte de enero de dos mil diez.

controversias constitucionales y en sus reflexiones sobre el comportamiento del Estado mexicano.

En cuanto a la controversia, figura que no es producto de la reforma judicial de 1994, pero que mediante ella se revitaliza, ya que control constitucional y municipio se redimensionan, entre otras cosas, porque permiten: *mantener una mejor división del poder público, tanto en su vertiente horizontal como en su aspecto vertical²¹*. Dicho de diversa manera, las nuevas controversias constitucionales: *han modificado las relaciones políticas entre los diversos niveles de gobierno y entre los diversos poderes de un mismo nivel de gobierno. Debe incluirse como un capítulo destacado de la reforma del Estado²².*

De las controversias constitucionales si bien es importante detenernos en el énfasis que el ministro Gudiño hace en relación con tema de improcedencia y sobreseimiento, así como en los presupuestos de la acción de controversia constitucional para interpretar los supuestos con que opera la improcedencia de la misma: quién es el sujeto activo y pasivo legitimado, cuál es la conducta impugnable y cuál es el agravio, considero de capital importancia centrar nuestra atención en los siguientes puntos.

Primero. Su criterio reiterado en el sentido de que la controversia constitucional y el juicio de amparo constituyen dos instrumentos diversos de solución de conflictos, el primero, surgido de competencias entre autoridades y, el segundo, entre autoridades y gobernados, de ahí que este último se instaure como sólido instrumento para proteger los derechos fundamentales.

²¹ JOSÉ ENRIQUE RIVERA RODRÍGUEZ, en prólogo a *La improcedencia y el sobreseimiento en la controversia constitucional*, JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, Editorial Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDAP), México, 2002, p. 13.

²² GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *La improcedencia y el sobreseimiento...*, cit. p. 18.

Por lo mismo, siempre insistió en lo riesgoso de aplicar criterios derivados del juicio de amparo en la solución de controversias. La controversia *debe sujetarse a constituir un control de violaciones directas a la Constitución Federal, y permitir que los Estados se encarguen de desarrollar sus propios mecanismos de control de legalidad y constitucionalidad estatales, pues de lo contrario se pulverizaría la soberanía relativa de los mismos*²³.

Dicho de distinta manera, es necesario: *preservar la competencia exclusiva de la controversia constitucional para ventilar los conflictos suscitados entre dos o más niveles de gobierno, en los que se acusen de inconstitucionales actos o disposiciones generales, emitidos por una entidad, poder u órgano, cuando la cuestión debatida se refiera a la distribución o invasión de competencias que a cada una corresponde. En consecuencia, la controversia no puede convertirse en un juicio de amparo entre autoridades*²⁴.

Segundo. Lo anterior nos remite a otra de sus marcadas preocupaciones en relación con la controversia constitucional: *Qué es lo que debe o no estudiar y, en consecuencia, invalidar la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tratándose de las controversias constitucionales que en ella se ventilan y resuelven*²⁵. En otras palabras, cuáles son los límites competenciales de la Suprema Corte tratándose de las controversias constitucionales.

Sin adelantar conclusiones, exhorta a la reflexión. Agrega, por una parte, la oportunidad que se tiene para establecer, vía la jurisprudencia, los límites competenciales

²³ GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL, en prólogo a *Controversia sobre controversia*, de JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2001, p. XXVIII.

²⁴ *Ídem*, p. XXVII.

²⁵ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *Controversia sobre controversia*, cit., p. XXXI.

de la Suprema Corte en materia de controversias constitucionales y, por otra, que:

[...] a la conclusión a que se llegue en esta discusión desempeñará un papel determinante en la evolución de las controversias constitucionales así como en el futuro de este Alto Tribunal. A pesar de los inconvenientes que algunos encuentran en ello, la Suprema Corte se aleja cada vez más de ser un tribunal de legalidad para acercarse más a lo que de ordinario se considera un tribunal constitucional²⁶.

Tercero. Dentro de este proceso pone a consideración de juristas, académicos y foro en general, los criterios que sobre el particular ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia: *respecto a qué debe o no conocer y hasta dónde está facultada en lo constitucional para involucrarse. A mi juicio, en este proceso destacan los criterios sostenidos en los casos aquí reseñados²⁷.*

En lo particular, sugiero que a través de sus votos se retome su preocupación de que:

[...] si la controversia constitucional surgió como un mecanismo de solución de conflictos de competencias entre autoridades que, de no resolverse, alterarían el orden constitucional, tanto en la separación de poderes como en el sistema federal. Con toda razón culmina cada uno de sus votos particulares con el argumento de que no es posible violentar el sistema federal para asumir una solución inconstitucional a planteamientos de conflictos entre autoridades distintos de los relativos a la distribución de competencias. El criterio que advierte el autor es sensiblemente racional al disentir de las resoluciones mayoritarias de la Suprema Corte,

²⁶ *Ídem*, p. XXXI.

²⁷ *Ídem*, p. XXXII.

que aplican criterios jurisprudenciales derivados del juicio de amparo para los supuestos diversos de las controversias constitucionales²⁸.

Sobre el particular, y congruente con su forma de ser, deja en la conciencia de sus lectores la siguiente preocupación: *Que en tratándose de las controversias constitucionales suceda lo mismo que el amparo en negocios judiciales, cuyos efectos han reducido a la nada a la justicia local²⁹.*

Por otra parte, la actitud sistemática del hombre que interroga y con plena libertad responde con su verdad a cuestas, se puede ubicar, estimo, en el comportamiento que observó del Estado mexicano en relación con los derechos humanos.

Cuando todo era aplausos y caravanas, silencios y adulaciones, el ministro Gudiño señala, puntualmente, el comportamiento contradictorio del Estado respecto al tema aludido, tanto en la propia dinamicidad del órgano regulador de los derechos humanos, como con la relación de éste con el ministerio público y, por supuesto, con las disposiciones que rigen el juicio de amparo.

Ello no significa, claro está, que estuviese en contra de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), aunque, como él mismo señala, sí con la forma como se instrumentó.

No soy enemigo de la institución del ombudsman, sí de la forma como se instrumentó en México: a partir de una errónea interpretación constitucional. Por ello, a lo largo del segundo estudio se presentan sugerencias para adaptar en forma debida esta institución en

²⁸ Manuel González Oropeza, en prólogo a *Controversia sobre controversia*, cit., pp. XXVII y XXVIII.

²⁹ *Ídem*, p. XXIX.

nuestro sistema, aunque su propósito fundamental es buscar, a través de una interpretación adecuada, la congruencia de lo dispuesto en el apartado B del artículo 102 con el resto de los preceptos constitucionales, es decir, con la Constitución en su integridad³⁰.

Sugerencias que efectivamente realizó y, es por demás decirlo, se convirtieron: *en una llamada de atención oportuna para corregir las fallas de origen de estos organismos dedicados a la protección de los derechos fundamentales de las personas. Lamentablemente, muchos de sus señalamientos aún no han sido atendidos a plenitud³¹.*

Entre las sugerencias efectuadas en segundo estudio, están, por ejemplo, la fundamentación y motivación de la referida Comisión al emitir sus recomendaciones.

*¿Podrá fundar su recomendación en una interpretación propia de la ley, aunque resulte contraria a la establecida por la jurisprudencia so pretexto de que conforme al primer párrafo de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo no le es obligatoria? ¿O deberá examinar la ley tal como la contempla la jurisprudencia de la Suprema Corte o de los tribunales colegiados?*³²

Podrá enjuiciar sin enjuiciar: *sin responsabilizarse de nada y sin responder ante nadie –lo cual se ha traducido en desprecio, que en política equivale a deslegitimación, de las instancias gubernamentales que sí son responsables de la marcha de la administración pública– pone en peligro al árbol mismo en que esta institución se injertó, el cual amenaza con secarse, pues el prestigio y la credibilidad*

³⁰ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *El Estado contra sí mismo*, cit., p. 26.

³¹ JOSE ENRIQUE RIVERA RODRÍGUEZ, en prólogo a *La improcedencia y el sobreseimiento en la controversia constitucional*, cit., p. 10.

³² GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *El Estado contra sí mismo*, cit., p. 23.

de sus funcionarios son parte importante de la legitimidad del ejercicio del poder público; es como la savia del Estado de Derecho, habida cuenta que esa legitimidad es la que le concede autoridad moral a sus determinaciones y es justamente la que se afecta con cada despliegue publicitario de la CNDH o de sus similares de los Estados³³.

Cuestionamientos directos, sin titubeos. Ante la ilicitud de la autoridad debe aplicarse la ley correspondiente: *la sola publicidad de su actuación sólo incrementa un clima social de desconfianza y zozobra que en nada contribuye al mejoramiento de la administración pública y sí al descrédito de ésta*³⁴. En este sentido, la Comisión en cuestión: ¿propicia, agudiza, la falta de credibilidad de la sociedad en sus instituciones de gobierno? Nada simple la reflexión.

Otra de sus hipótesis, que en este espacio me interesa resaltar, es la relativa a que:

[...] en el apartado B del artículo 102 constitucional no se confiere una sola atribución a los organismos gubernamentales de derechos humanos, como en forma equivocada se ha creído, sino que les otorga dos atribuciones diferentes, las cuales no deben confundirse, a saber: 1) La protección de derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano. 2) Conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público. En consecuencia, se afirma que la facultad de conocer y resolver quejas sólo se refiere a los actos u omisiones de naturaleza administrativa, no a la violación de derechos humanos, ya que el artículo 103 constitucional confiere esta

³³ *Ídem*, pp. 24 y 25.

³⁴ *Ídem*, p. 25.

*atribución en forma exclusiva y excluyente a los Tribunales de la Federación a través del juicio de amparo. A partir de este enunciado como verdadero, se pretende responder a la importante cuestión: ¿Qué tipo de protección a los derechos humanos deben ofrecer constitucionalmente estos organismos? ¿Cómo y a través de qué medios jurídicos estos organismos deben brindar la protección de los derechos humanos a que se refiere la Constitución?*³⁵

Expuesta la hipótesis, subraya una y otra vez sobre la fragilidad jurídica que puede tener, en materia de competencia constitucional, un órgano nacido de un decreto presidencial y sin una ley del Congreso de la Unión a la cual reglamentar. Un órgano cuyo Consejo expidió el Reglamento Interior de la Comisión que nos ocupa, el cual reviste una evidente inconstitucionalidad³⁶.

De ahí precisamente que:

[...] aunque la Comisión Nacional de Derechos Humanos en sus recomendaciones hace constantes referencias a preceptos legales en que pretende fundarse, en realidad tanto su reglamento como su actuación que se fundó en el mismo dan la impresión de encontrarse inspirados en los postulados de una ideología metajurídica. No parece una mera coincidencia que el Reglamento en su artículo 2º dé por concluida toda discusión filosófica al declarar en forma contundente ‘Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano,’ y ¿quién va a determinar lo que es conforme a la naturaleza o contrario a ella? La respuesta es obvia, evidente: esta

³⁵ *Ídem*, pp. 25 y 26.

³⁶ *Ídem*, pp. 43 a 52.

delicada labor corresponderá a la CNDH, en forma unilateral y sin ulterior recurso³⁷.

Con lo hasta aquí referido, es de resaltar que el ministro Gudiño evidenció, con su verdad sustentada en la investigación respectiva:

[...] cómo la Comisión llega a entrar en conflictos con los artículos 103 y 107 constitucionales, que consagran el derecho de amparo, y el 21 constitucional que señala como el único ‘incumbente’ en la persecución de los delitos a la Institución del Ministerio Público, concluye: ‘No era necesaria la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, porque todos, absolutamente todos los casos denunciados ante ella podrían y debían ser resueltos por los órganos y a través de los procedimientos ya establecidos con anterioridad’. Y señala concretamente los ‘otros caminos’ por los que pudo haber optado el legislador, evitando así el traslape y el contrapunteo de funciones, y la confusión de procedimientos a seguir para hacer respetar las garantías constitucionales, cosa que no había ocurrido en toda nuestra vida independiente, hasta 1990³⁸.

III. ¿Es breve la vida?

La vida, sin embargo, es tan breve y, al mismo tiempo, tan extensa y suficiente cuando ésta se vive con tal intensidad y plenitud como la vivió el ministro Gudiño Pelayo. Vivir de esta manera es, al mismo tiempo, morir con dignidad, aprender a vivir es aprender a morir. *Es larga la vida si de ella sabes hacer buen empleo³⁹*, sentencia Séneca.

³⁷ *Idem*, p. 64.

³⁸ JUVENTINO V. CASTRO, prólogo a *El Estado contra sí mismo*, JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, *op. cit.* p. 17.

³⁹ SÉNECA, L. A.: *De la brevedad de la vida*, *cit.*, p. 28.

Cuidó siempre lo que tenía que hacer, con gran naturalidad centraba su reflexión, uno sabía que muchas cosas existían atrás de cada uno de sus señalamientos, después venían pensamientos secundarios que en su momento de igual manera retomaba.

Cada cosa la hacía como si fuese la última actuación en su vida. Por lo mismo, la efectuaba con libertad y sin temor alguno. Todo él con el peso de la reflexión se hacía presente. Así conquistó su felicidad, la ciudadanía del universo.

El hombre feliz es el que no siente el fracaso de unidad alguna, aquel cuya personalidad no se escinde contra sí mismo ni se alza contra el mundo. El que se siente ciudadano del universo y goza libremente del espectáculo que le ofrece y de las alegrías que le brinda, impávido ante la muerte, porque no se cree separado de los que vienen en pos de él⁴⁰.

Sin duda, y a manera de conclusión, además de los temas aquí referidos, existen muchos más donde el ministro Gudiño refleja la duda metódica que le llevó a proporcionar agudas reflexiones. En todos ellos, siempre, con la característica que aquí he señalado, la del hombre que interroga su realidad, tiempo y circunstancia, caso concreto es su reflexión sobre *la justicia federal al final del milenio*.

Con tales características, cómo no extrañarle. Muchas personas, en verdad, nos proporcionan valiosa información sobre la vida o las cosas, empero, son muy pocas las que la interpretan, las que señalan el cómo sin egoísmo alguno, las que nos permiten estructurar y enriquecer nuestro propio pensamiento. *Sabemos que la soberanía reside en el pueblo. Ese es un dogma y como tal indemostrable o irrebatible (...).*

⁴⁰ RUSSELL, B.: *La conquista de la felicidad*, cit., p. 149.

En consecuencia, lo verdaderamente trascendente en la vida de cualquier pueblo no es dónde estimar que reside la soberanía, sino cómo se ejerce ese poder supremo. Esto es lo realmente importante⁴¹.

Nos queda su obra, testimonio, sinceridad, enseñanza cartesiana y libertad al exponer su verdad encontrada. Por todo lo expuesto, así como Adriano, el emperador romano, escribió para sí mismo su percepción de la muerte, permítaseme recrear aquí sus palabras para acercarme a mi propio sentir por el fallecimiento del ministro Gudiño Pelayo: *como el viajero que navega entre las islas del Archipiélago y ve alzarse al anochecer la bruma luminosa y descubre poco a poco la línea de la costa, así empiezo a percibir el perfil de su muerte⁴².*

Bibliografía

- CASTILLA DEL PINO, CARLOS: “Ortega, el intelectual”, en *Temas, hombre, cultura, sociedad*, Ediciones Península, Barcelona, España, 1989.
- DESCARTES, RENÉ: *Discurso del Método*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 1974.
- _____: *Meditaciones metafísicas*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 1974.
- GUDIÑO PELAYO, JOSÉ DE JESÚS: *Controversia sobre controversia*, Editorial Porrúa, México, 2001.
- _____: *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de Derechos Humanos y la deslegitimación de lo Estatal*, Editorial Limusa, Colección de Reflexión y Análisis, México, 1999.
- _____: *Ingeniería judicial y reforma del Estado. Preocupaciones, inquietudes, esperanzas...*, Editorial Laguna, México, 2001.

⁴¹ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *Problemas fundamentales de...*, op, cit. p. 270.

⁴² YOURCENAR, M.: *Memorias de Adriano*, cit., p. 9.

- _____: *Introducción al amparo mexicano*, Editorial Texto Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), Universidad de Guadalajara, Guadalajara, Jalisco, México, 1995.
- _____: *La contradicción de criterios judiciales en el derecho angloamericano y en el mexicano. Una posible explicación a la distinta perspectiva con que se aborda*, Editora Laguna, México, 2003.
- _____: *La improcedencia y el sobreseimiento en la controversia constitucional*, Editorial Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDAP), México, 2002.
- _____: *Problemas fundamentales del amparo mexicano*, Editorial Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), México, 1991.
- _____: *Voto concurrente* que formuló en el amparo en revisión 1244/2008, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de veinte de enero de dos mil diez.
- RUSSELL, BERTRAND: *La conquista de la felicidad*, Editorial Espasa-Calpe, Colección Austral, No. 23, Madrid, España, 1973.
- SÉNECA, LUCIO ANNEO: *De la brevedad de la vida*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, Argentina, 1961.
- YOURCENAR, MARGARITA: *Memorias de Adriano*, Círculo de Lectores, Ediciones Nacionales, Bogotá, Colombia, 1977.

Reflexiones sobre el amparo Morelos

*Manuel González Oropeza**

SUMARIO: I. Introducción. II. El contexto local: Morelos, de distrito militar a entidad federativa. III. El difícil comienzo del gobierno en Morelos. IV. Los precedentes de la justiciabilidad de las cuestiones políticas. V. La experiencia estadounidense sobre la justiciabilidad de las cuestiones políticas. VI. El amparo Morelos. VII. Vigencia del amparo Morelos. Bibliografía.

Tuve la suerte de conocer a José de Jesús Gudiño Pelayo antes de que fuera nombrado ministro, siendo magistrado de Circuito en Guadalajara, lugar donde comenzamos una sólida amistad que se prolongaría hasta el día de su muerte, acaecida el 19 de septiembre de 2010. Fueron casi dos décadas de una fructífera sucesión de intercambios, diálogos y aprendizajes. Esa fue una de las virtudes que garantizaba contar con su amistad.

De los muchos temas que suscitaron apasionados comentarios al ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, hay uno que tuvimos oportunidad de compartir: el célebre amparo Morelos¹. En esta ocasión, al convocarse

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Con la colaboración de David Cienfuegos Salgado.

¹ GONZÁLEZ OROPEZA M. y ACEVEDO VELÁSQUEZ, E. coords.: *El Amparo Morelos*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas del H. Congreso del Estado de Morelos, Editora Laguna, 2002. En dicha obra colectiva, el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo incluyó un ensayo de su autoría titulado “El amparo Morelos y los paradigmas de la incompetencia de origen”, pp. 33-37.

a un homenaje académico del maestro y amigo, a través de la publicación de un número especial de la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, me permite realizar algunas reflexiones en torno a dicho asunto, cuya sentencia, afirmaba el ministro: *marca la frontera entre un antes y un después en la evolución del juicio de amparo por su trascendencia política (debido a los personajes involucrados y los equilibrios de fuerza que afectaba) y constitucional, en virtud de los principios que sustentaba y, de igual manera, por aquellos que en apariencia negaba o desconocía.*

Comparto la idea del ministro Gudiño. El análisis del amparo Morelos nos permite advertir cómo esa paradigmática institución del juicio de amparo adquiere una nueva dimensión al ver los alcances que pudo haber tenido gracias a la tesis de la incompetencia de origen.

I. Introducción

Encontramos los orígenes del amparo Morelos en la separación del ahora Estado de Morelos del inmenso territorio del de México, en 1869. Este acontecimiento fustigó la posterior lucha partidista entre Sebastián Lerdo de Tejada y Porfirio Díaz, y este entorno politizado propició que los tribunales federales tuvieran, por vez primera, un debate nacional donde políticos y juristas por igual se vieron compelidos a pronunciarse.

El amparo Morelos tuvo como protagonistas a ocho hacendados del recién creado Estado de Morelos que se ampararon contra la Ley de Hacienda del 12 de octubre de 1873, que establecía varios impuestos que afectaban el patrimonio de los quejosos. Entre los hacendados se encuentran Ramón Portillo Gómez, Alejandro Arenas, Isidoro de la Torre, Faustino Goríbar, José Toriello Guerra, los hermanos Escandón y, sobre todo, Pío Bermejillo y los hermanos García Icazbalceta. Pío Bermejillo había estado

inconforme con el pago de los impuestos en el Estado y ya había registro de su queja ante las autoridades del Segundo Imperio, interpuesta en septiembre de 1864, contra el impuesto sobre aguardiente, la cual fue desechada. Por su parte, los hermanos García Icazbalceta eran dueños de las más valiosas haciendas en el Estado, destacando la de Tenango, aunque también eran propietarios de las haciendas de Santa Clara y San Ignacio. Entre estos hermanos, se encuentra el historiógrafo, Joaquín García Icazbalceta (1825-1894), cuya obra es de gran valía para la academia mexicana. Su padre, español, había sido expulsado del país en 1828 y regresó a México en 1836. Desafortunadamente, su biblioteca fue vendida por su hijo a una institución de educación superior en Austin, Texas.

La condición de españoles de los hacendados agregó al amparo Morelos un matiz político que llenó de pasión al caso. La notoriedad que ganó esta resolución se debió, quizá, a que por primera vez se declaró ilegítimo a un gobernador de un Estado, miembro del partido político predominante en esa época.

No fue, sin embargo, la primera vez que se declaró la nulidad de una elección por parte del Poder Judicial Federal. José S. Arteaga, en su contestación al opúsculo de José María del Castillo Velasco, describió ocho precedentes judiciales, entre 1872 y 1874, además del propio amparo Morelos, en los cuales la Suprema Corte de Justicia había declarado procedente el argumento derivado del artículo 16 constitucional, en el sentido de que por autoridad competente debería entenderse no sólo a aquélla facultada por la ley para desempeñar ciertas funciones, sino como aquella que, ante todo, era legítima; es decir, que el procedimiento de su designación o elección se apega a la Constitución y a las leyes relativas.

Esta competencia, que se denominó de origen o subjetiva, en contraste con la competencia objetiva, podía ser revisada en el juicio de amparo, puesto que el artículo 16 de la Constitución no hacía ningún distingo entre ambas competencias y, por lo tanto, debería ser incluida en las resoluciones judiciales correspondientes. Los ocho precedentes se habían referido a jueces y a los congresos locales, pero nunca se habían atrevido a cuestionar la legitimidad del Poder Ejecutivo estatal, como sucedió en el amparo Morelos. Quizá este atrevimiento atemorizó a la clase política que se formaría y desarrollaría en el Porfiriato.

El sentido en que se resolvió dicho asunto, el 11 de abril de 1874, provocó una avalancha de protestas y apoyos que hacen del caso uno de los más comentados y debatidos de la Suprema Corte de Justicia en el siglo XIX.

Ignacio Vallarta, cinco años después, se encargaría de desvirtuar la sentencia y, como sucede con muchos otros votos de su pluma, llegaría con el tiempo a ser la verdad legal, sagrada e incommovible, para los intérpretes jurídicos en nuestro país. Ante esta oportunidad de especulación doctrinal e histórica, me permito ofrecer algunas consideraciones sobre el célebre amparo Morelos que pretenden reivindicar sus argumentos del ostracismo en que la posición de Vallarta se encargó de conservarlos.

Además, el amparo Morelos nos permite revivir una época fecunda para el derecho patrio, época marcada por la configuración constitucional de la nueva nación; época de constituyentes, de debates y de discusiones históricas, de hombres y de razones. Razón también válida para volver sobre este caso tan renombrado.

II. El contexto local: Morelos, de distrito militar a entidad federativa

La extensión y condiciones económicas del original territorio del Estado de México la hacían la entidad más poderosa del país; sin embargo, así de grandes eran igualmente sus problemas, sobre todo por lo que se refería a la seguridad interior, pues tanto las sublevaciones en las poblaciones, como el vandalismo en los caminos, eran comunes y cada vez más frecuentes. Aunado a lo anterior, el Estado de México abrazaba físicamente al Distrito Federal y, en consecuencia, cualquier perturbación que ocurriera en el Estado, afectaba o aislabía a la propia capital del país.

Si esa constante situación la agregamos a las invasiones y guerras civiles que asolaron a nuestro país durante el período de 1855 a 1869 comprenderemos, en su origen, el decreto del 7 de junio de 1862 expedido por Benito Juárez en uso de sus facultades extraordinarias, por el cual: [...] *en atención a que en el Estado de México ha venido a radicarse la guerra civil, que para terminarla hay extrema dificultad en razón de que por ella misma las comunicaciones se hallan interrumpidas en el mismo estado y aun con la capital de la república, y a que la situación se prolongaría indefinidamente porque el Estado de México, tan extenso como es, no puede recibir los auxilios eficaces y directos que necesite, de su propia capital [...],*² resultó necesario dividir al Estado en tres distritos militares, al frente de los cuales habría un comandante general con virtuales poderes para gobernar el distrito en cuestión. El primero de esos distritos ocupaba el área de influencia de la capital de Toluca, y se extendía a lo largo del actual territorio del Estado de México; el segundo devino con el

² Cfr. BARANDA M. y GARCÍA L.: *Estado de México...*, cit., pp. 486-487.

tiempo, en el Estado de Hidalgo y, finalmente, el tercero, que comprendía a Jonacatepec, Yautepec, Morelos (ahora Cuautla), Cuernavaca y Tetecala delineó el territorio que actualmente posee el Estado de Morelos.

Estos distritos militares eran prácticamente territorios federales que se separaban de los Estados y, aunque fueron muy objetados, finalmente se impusieron como una realidad para enfrentar el desorden e in tranquilidad en que vivía México. No obstante que desde el Congreso Constituyente de 1856-1857 se observó una opinión contraria a la existencia de territorios federales, instaurando y promoviendo en su lugar la formación de Estados libres y soberanos, los distritos militares cumplieron la función de convertir porciones del territorio de un Estado en nuevos Estados.

En lo que importa, en el tercer distrito militar se venía presentando desde 1852 un importante movimiento de campesinos indígenas que solicitaban restitución de sus tierras que los grandes hacendados les habían quitado, aun como los asalariados de las haciendas cañeras exigían condiciones dignas de trabajo.

La prensa llegó a temer una guerra de castas en la región de Cuernavaca. En 1856, los hacendados se organizaron en un comité central de hacendados en los distritos de Morelos y Cuernavaca para pedir la protección de sus propiedades al gobierno federal de Ignacio Comonfort y, además, solicitar el retiro del Ejército del Sur de Juan Álvarez, cuyos integrantes favorecían las demandas de los campesinos. Entre esos hacendados estaba Pío Bermejillo, que sería uno de los actores en el amparo Morelos.³

El asunto llegó al Congreso Constituyente el mismo día en que se presentó el proyecto de Constitución, en la

³ *Ibidem*, pp. 558-562.

sesión del 16 de junio de 1856. Isidoro Olvera, al presentar sus opiniones sobre el proyecto, destacó que el problema territorial era grave:

Muchas poblaciones en los distritos de Cuautla y Cuernavaca han manifestado explícitamente su deseo de pertenecer al Estado de Guerrero, y es, por otra parte, muy notoria la necesidad de aumentar los elementos políticos de éste (...). La cuestión social iniciada hace mucho tiempo en aquellos distritos y resuelta siempre en contra de los proletarios por los gobiernos federal y del Estado de México amenaza terminarse por los hechos, como llegó a serlo la de Yucatán, si la autoridad no se decide a obrar en rigurosa justicia, protegiendo hasta donde sea justo a la clase infeliz, combinando sus intereses con los de los propietarios; y es inconcluso que esto pudiera conseguirlo solamente la influencia del señor general don Juan Álvarez sobre los indígenas de esas comarcas, de manera que, al consultar el que suscribe esa agrupación, cree servir de preferencia a los hacendados, amenazados ya de un modo serio y alarmante⁴.

La Comisión de División Territorial apoyó, en su dictamen del 26 de noviembre, la propuesta de que Cuautla y Cuernavaca se anexaran al Estado de Guerrero, pues geográficamente esos distritos, separados por una cordillera del resto del Estado de México, configuraban una unidad con Guerrero.

Sin embargo, la resistencia de la mayor parte de los constituyentes logró rechazar esta propuesta; el diputado Prisciliano Díaz González presentó sus argumentos el 27 de noviembre (que se redujeron a la no viabilidad económica del propio Estado de México), enfatizando

⁴ ZARCO, F.: *Historia del Congreso...*, cit., pp. 345-346.

que las contribuciones del Estado habían descansado sobre las haciendas. El futuro que se les presentaba a los hacendados, entonces, no era halagüeño, ya que, si su problema era la seguridad de sus propiedades, el gobierno del Estado de México tendría que elevar los impuestos para sufragar los gastos de policía. La anexión del Estado de Guerrero tampoco les convenía, pues Álvarez favorecería los movimientos campesinos; por ello fueron proclives desde entonces a la transformación de estos distritos en un territorio federal bajo la potestad y cuidados del gobierno federal.

Al frente del tercer distrito militar estuvo el general Francisco Leyva por designación del propio benemérito Benito Juárez. El mismo Leyva (convertido después en diputado federal), junto con Rosario Aragón solicitaron, a la legislatura de la restauración de la república, la subsistencia de los tres distritos militares en la sesión del 19 de diciembre de 1867, lo cual implicaba que cada distrito siguiera gobernándose a sí mismo. De esta situación, a la solicitud de convertirse en Estados libres y soberanos había un solo paso.

Ese paso se dio el 14 de enero de 1868, cuando las comisiones unidas de Puntos Constitucionales y Gobernación del Congreso de la Unión, conscientes del apoyo tan grande para la emancipación de los distritos, solicitaron a la legislatura del Estado de México su conformidad para la constitución de dos nuevos Estados dentro de su territorio, Hidalgo y Morelos.

El dictamen de la diputación permanente del Congreso del Estado de México fechado el 29 de enero de 1868 es un documento de análisis y liberalidad. Parte del hecho de que los pueblos, como los hombres, llegan a emanciparse del poder que los sujetaba y procede a explicar la diversidad y viabilidad de los distritos como

circunstancias para convertirse en Estados. Con relación al tercer distrito, el dictamen aseveraba:

...y si esto sucede al norte de lo que en ese proyecto formará el Estado de México, al sur, en la parte que le separa del de Morelos, se ve aún más ostensiblemente: pasando los límites del distrito de Tenancingo, el terreno desciende rápidamente aunque con mil accidentes, hasta tocar la costa del Pacífico; la atmósfera caliente nos indica que estamos bajo un cielo diverso del primer distrito; las muelles costumbres de los habitantes, sus tendencias, su comercio, dirigido en la totalidad casi de sus relaciones a la capital de la república, su industria limitada a los ingenios, la riqueza de los grandes propietarios, las aspiraciones de ellos y del pueblo, impulsando a los primeros a aquel centro común y estrechándose los del segundo dentro del término de sus montañas; todo nos indica que la naturaleza y las costumbres han separado indefectiblemente esta porción de la república de la que forma el Estado de México (...) ¿Tienen las fracciones territoriales que pretenden llamarse estados libres y soberanos de México, Hidalgo y Morelos los elementos necesarios para proceder a su existencia política? Nosotros creemos que sí, y lo patentizamos brevemente. En nuestro concepto, los referidos elementos no pueden ser otros que el número de habitantes, la homogeneidad de sus costumbres, intereses y porvenir, la extensión territorial, la riqueza de la propiedad, la importancia del comercio, y los productos de los impuestos bastantes a cubrir los gastos públicos sin el aniquilamiento de la propiedad particular, o la absorción de todos sus frutos⁵.

⁵ FLORES ÁLVAREZ, J.A.: *Expediente sobre división del...*, cit., pp. 38 y 50.

No obstante, estos argumentos convincentes en materia tan grave tendrían que generar opiniones encontradas. El 18 de febrero de 1868 se emite un voto particular que plantea interesantes cuestiones. Si bien la Constitución federal establece que, para la creación de un nuevo Estado, la legislatura de la entidad afectada debería aprobar la medida, el voto particular enfatiza que dicha aprobación implica una reforma a la propia Constitución del Estado, puesto que afecta el territorio del mismo que se encuentra determinado en su texto, por lo que la aprobación debe adecuarse a las normas de reforma constitucional del Estado. El artículo 117 de la Constitución del Estado de México, aplicable a la época, mencionaba que:

El congreso se limitará únicamente a declarar si las proposiciones merecen sujetarse a discusión y hará que se publiquen si las calificaren admisibles las dos terceras partes de los diputados presentes, reservándose su deliberación y resolución al congreso siguiente⁶.

En virtud de esta disposición, la legislatura que conocía de la solicitud para aprobar la separación de su territorio no podría decidir finalmente, sino que tenía que esperar a la siguiente legislatura.

A pesar de esta inteligente y bien fundada observación, el 17 de abril de 1869 se logra la reforma constitucional para introducir al nuevo Estado de Morelos en la federación mexicana, a una distancia de tres meses de haber también aceptado al de Hidalgo. La notificación oficial de reforma la hizo el entonces secretario de Gobernación, José María Iglesias, quien sería el gran juzgador del amparo Morelos.

⁶ Colección que comprende la Constitución General de la República con sus adiciones, reformas y leyes orgánicas expedidas hasta el 30 de junio de 1884 y las Constituciones especiales de cada uno de los Estados de la Federación, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1884, t. I, p. 417.

III. El difícil comienzo del gobierno en Morelos

Una vez instaurado el Estado de Morelos, Yautepec sería la sede de la I Legislatura, el 28 de julio de 1869. En las elecciones para gobernador, convocadas por el gobernador provisional designado por el presidente Juárez con la anuencia del congreso, contendieron Porfirio Díaz y su subordinado Francisco Leyva; ganó este último y tomó posesión el 15 de agosto de 1869.

Ni la creación del Estado ni las elecciones de gobernador fueron bien recibidas por todos. Los hacendados, en general, desconfiaron de su nueva organización política y del gobernador Leyva, quien había promovido la formación del Estado de Morelos.

Por otra parte, los seguidores de Porfirio Díaz se pronunciaron en la primera sublevación del nuevo Estado, el 8 de febrero de 1870 en Jonacatepec. A la cabeza de los sublevados estuvieron el diputado federal Rosario Aragón, Eduardo Arce y Nicolás Caldera, quienes exigían la sustitución de Leyva por Feliciano Chavarria y también desconocían a Benito Juárez.

Fue difícil para Leyva el lograr gobernar y tuvo que recurrir al apoyo, primero de Juárez y después de Sebastián Lerdo de Tejada para continuar al frente del ejecutivo estatal. Los hacendados y Porfirio Díaz trataron de evitar su desempeño y lo lograron finalmente con el Plan de Tuxtepec en 1876.

La primera constitución política del Estado de Morelos fue promulgada el 20 de junio de 1870; en su artículo 66 el constituyente local prevenía la prohibición para que el gobernador se reeligiera, con las siguientes palabras: *el gobernador durará cuatro años en su encargo, y no podrá ser reelecto hasta que haya pasado igual período*⁷.

⁷ *Ibidem*, p. 155.

Leyva fue un gobernador apoyado tanto por Juárez como por Sebastián Lerdo de Tejada, por ello promovió la reforma de dicho artículo y a través de un procedimiento, muy discutido en el amparo Morelos, supuestamente permitió la reelección del poder ejecutivo mediante decreto del 7 de diciembre de 1870. Posteriormente, como muestra de su gran respaldo, Lerdo de Tejada, ya presidente, visitó oficialmente al Estado de Morelos en febrero de 1874, poco antes de decidirse el amparo promovido contra las autoridades estatales.

Este mutuo apoyo político de autoridades federales y estatales tuvo su precio con la irrupción al poder de Porfirio Díaz. Los efectos se anticiparon desde el Plan de la Noria de 1871. Aquellos que apoyaron a Díaz en Morelos fueron perseguidos eficazmente. Esto provocó el primer problema del gobernador Leyva, pues fue objeto de nueve acusaciones en contra, formuladas por Jesús Rivera el 19 de agosto de 1871.

Dichas acusaciones se resumen en la defensa que Hilarión Frías y Soto realizara del gobernador Leyva⁸ y que son las siguientes:

- a) Ejecución de Aniceto Moreno a pesar de haber sido indultado por el congreso del Estado.
- b) Fusilamiento de Marcelino Sandoval, a pesar de haber sido amnistiado por el presidente de la república. En virtud de este fusilamiento, el jefe de las fuerzas rurales es reducido a prisión y a pesar de la petición del gobernador en contra, el juez local no lo libera, por lo que Leyva lo remueve y nombra otro juez cuyo primer acuerdo es liberar al ejecutor de Sandoval.

⁸ Cfr. *Defensa pronunciada por el C. Hilarión Frías y Soto ante la Legislatura de Morelos erigida en Gran Jurado para conocer de la acusación contra el gobernador constitucional del Estado, C. Francisco Leyva*, México, Imprenta del Comercio, 1873, p. 51.

- c) Fusilamiento de Teodoro Alaniz y Vicente Alegria, a pesar de haber sido indultados por la legislatura del Estado.
- d) Expedición de nombramiento como jefe de las fuerzas rurales a Vicente Popoca quien había sido acusado de homicidio en contra de Quirino Martínez.
- e) El gobernador se aumentó a sí mismo su salario mensual.
- f) El gobernador se había reelegido a pesar de la gran oposición en su contra, utilizando todas las medidas, incluso el encarcelamiento de sus opositores.

El gran jurado de la legislatura de Morelos integrado por Francisco Muñoz Campuzano, José Fandiño y Nicolás Arce emitieron dictamen absolutorio a favor del gobernador, refutando superficialmente los cargos y alegando desconocimiento del funcionario por lo que se refería a los indultados. La defensa de Hilarión Frías se contentó con apoyar los argumentos dados por la propia legislatura para exonerar a Leyva. Finalmente el 31 de agosto de 1873, fue totalmente, absuelto, aunque la oposición crecía.

La irrupción provino de cinco hacendados, en su mayor parte españoles, Ramón Portillo y Gómez, Isidro de la Torre, José Torello Guerra, Pío Bermejillo y el célebre historiador Joaquín García Icazbalceta desafiando a una dolorosa Ley de Hacienda, expedida el 12 de octubre de 1873.

Antes de entrar en los detalles del caso Morelos, conviene revisar los precedentes que sirvieron de base, así como el marco conceptual de los Estados Unidos que ha inspirado la doctrina de no justiciabilidad de las cuestiones políticas.

IV. Los precedentes de la justiciabilidad de las cuestiones políticas

Para la resolución del amparo Morelos, la Suprema Corte tenía valiosos precedentes que, aunque contradictorios, apuntaban mayoritariamente a interpretar el artículo 16 constitucional en el sentido de igualar la competencia con la legitimidad de la autoridad. Comenzando con estos precedentes, enunciaremos los siguientes:

A. Amparo Pablo Solís

Interpuesto el 2 de junio de 1872 contra el presunto juez 1º de lo criminal de Mérida, Yucatán quien, sin serlo, mantuvo preso y encausado al quejoso. Poco antes de ascender a la presidencia de la república, por ministerio constitucional ante el fallecimiento de Juárez, Sebastián Lerdo de Tejada (como presidente de la Suprema Corte) resolvió éste y otros precedentes en los cuales se aplicó el artículo 16 constitucional en el sentido mencionado. El caso se originó por la reforma al artículo 85 de la Constitución de Yucatán, realizada el 21 de enero de 1870, por la cual se amplió el período de los jueces de primera instancia de dos a cuatro años; sin embargo, esta reforma afectaba a los jueces que ya habían sido electos en noviembre de 1869 y que tomarían protesta del cargo el 1º de febrero de 1870. Su elección había sido para desempeñarse en el cargo por sólo dos años, por lo que la reforma a la Constitución estatal se aplicaría retroactivamente a estos jueces, prorrogándoles por dos años más sus funciones. Uno de esos jueces fue Juan Buendía quien afectaba al quejoso en el juicio penal seguido en su contra. Esta situación se agravaba, ya que la reforma se había hecho en medio de sublevaciones en la ciudad de Valladolid, Yucatán y el presidente y fiscal del Tribunal Superior de Justicia declararon que sus

funciones habían concluido en 1872, por lo que no tenían título legítimo para seguir desempeñando sus respectivos encargos. Esta declaración la habían hecho pública por medio del periódico *La razón del pueblo*, por lo que toda la administración de justicia en el Estado, quedaba en entredicho. Tanto el juez de distrito como la Suprema Corte de Justicia concedieron el amparo con fundamento en los artículos 14 y 16 constitucionales pues: "...no teniendo ya el C. Buendía autoridad competente para procesar al que ha promovido este recurso de amparo, se infringe con sus procedimientos el Art. 16 de la constitución federal"⁹.

B. Amparo Facunda Romero

El 18 de julio de 1872 se decidió, en el mismo sentido que la anterior ejecutoria, el amparo promovido por Facunda Romero, a quien se le imputaba la comisión del delito de lesiones, contra los actos de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del mismo Estado de Yucatán, exactamente por los mismos conceptos de violación argumentadas en el amparo Solís. La Suprema Corte resolvió amparar a la quejosa con igual fundamento de los artículos 14 y 16 constitucionales y aunque desde el juzgado del distrito de Mérida se utiliza el término de "ausencia de jurisdicción legítima", el juez de distrito consideró que no estando presa Facunda Romero, sino en libertad bajo fianza, no está infringido en su persona el artículo 16 de la constitución federal¹⁰. Sin embargo, sin explicación, la Suprema Corte sí consideró violación de esta garantía en su ejecutoria, según mencionamos.

⁹ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, primera época, 1872, t. III, p. 106.

¹⁰ *Ibidem*, p. 155.

C. Amparo Hermenegildo Feliú

Es quizá el primer caso de importancia sobre la interpretación del artículo 16 constitucional. Luis Matavenia demanda civilmente a Hermenegildo Feliú, ambos españoles radicados en Querétaro, y la sentencia del juez de primera instancia se turna al Tribunal Superior de Justicia para la calificación de oficio del grado de la sentencia de remate. En el Tribunal Superior, los magistrados Francisco Alfaro y Antonio Llata conocen del asunto, ordenando el remate de los bienes de Feliú. Por primera vez, se promueve juicio de amparo con fundamento exclusivo en el artículo 16 constitucional por incompetencia de origen o “falta de absoluta jurisdicción” de los magistrados referidos ya que, por circunstancias especiales, habían sido designados por la legislatura del Estado y no por elección popular, según la disposición prevista en el artículo 77 de la Constitución del Estado de Querétaro. El promotor fiscal en el Estado, Luis Castañeda, hizo una interesante consideración en su pedimento:

...la competencia de autoridad a que se refiere la última parte del artículo citado (el 16) debe tomarse en un sentido estricto haciendo relación a su carácter y nunca a su origen; pues de otra manera habría que entrometerse a juzgar según la legislación peculiar de cada estado los diversos casos ocurrientes, cosa que excede los límites de la jurisdicción federal. Basta que los magistrados cuya competencia se niega hayan sido declarados, como teniendo ese carácter por la legislatura del estado, y que ésta a su vez haya decidido las cuestiones electorales que provoca al quejoso.¹¹

¹¹ *Ibidem*, p. 395.

Este argumento fue de avanzada para los escritos contrarios al amparo Morelos. Sin embargo, a pesar del pedimento del fiscal, tanto el juez de distrito como la Suprema Corte de Justicia concedieron el amparo. El juez consideró:

[...] que como la prevención del artículo 16 de la constitución de la república es que todos los ciudadanos gocen la garantía de que siempre que sean molestados en sus personas, familias, posesiones, etc., estas molestias sean inferidas por autoridad competente; con cuyo mandato se tiene, no sólo la prohibición de que el particular cometa el ataque, pero ni aun el que esté revestido de alguna autoridad, no siendo la que legalmente le corresponde; encontrándose en el caso las autoridades de hecho, las cuales se tienen según los autores como personas privadas¹².

Pero además, el juez justifica el conocimiento de este caso de ilegitimidad de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, con base en la disposición constitucional que establece la forma tutelar de gobierno republicano que se establecía en el artículo 109 de la Constitución de 1857. La genealogía americana de esa disposición será posteriormente analizada en este trabajo; mientras tanto resulta importante que la Suprema Corte haya confirmado ambos argumentos del juez *a quo* el 19 de octubre de 1872:

En cuanto a la incompetencia objetada por Feliú a los ministros Alfaro y Llata: que tal incompetencia llamada de origen por el vicio que se atribuye al nombramiento de magistrados, debe considerarse comprendida como cualquiera otra en el artículo 16 de la constitución federal, puesto que ella no hace distinción ni excepción

¹² *Ibidem*, p. 396.

alguna. Que admitir esa distinción y excepción por salvar la independencia y soberanía de los estados en su régimen interior, menoscambiando al individuo quejoso, sería sacrificar los derechos del hombre que son el fin, a la institución, que es el medio. Que para mayor garantía de los derechos del hombre, la independencia misma y la soberanía de los Estados se encuentran restringidas por el art. 109 de la Constitución federal, que les impone el deber de adoptar la forma de gobierno representativo popular, de manera que se venía infringiendo además este precepto constitucional si la incompetencia que se objeta a la autoridad fuera de su origen contraria a esa forma de gobierno.

Que por tales razones y para no dejar violada una garantía individual ni quebrantando un precepto constitucional, se hace indispensable entrar en el examen de si los magistrados Alfaro y Llata han sido bien nombrados bajo el punto de vista de la Constitución federal.

Que una vez impuesta a los estados la forma de gobierno representativo popular, consintiendo esta forma esencialmente en que, por lo menos, los poderes supremos sean electos como se consigna por la misma Constitución del Estado, es consecuente que los magistrados que forman el Tribunal Superior de Querétaro no pueden ser nombrados sino por elección popular, o de lo contrario serán incompetentes¹³.

Así lo suscribieron Pedro Ogazón en su carácter de presidente de la Suprema Corte, y los ministros José Arteaga, Ignacio Ramírez, José María del Castillo Velasco e Ignacio M. Altamirano, entre otros.

¹³ *Ibidem*, p. 398.

D. Amparo Mariano Llanas Puente

Igualmente surgido por la actuación irregular del Tribunal Superior de Justicia de Querétaro, el escribano del juzgado primero, Mariano Llanas, es suspendido tres meses del ejercicio de su profesión por negarse a ejecutar una sentencia y el Tribunal Superior le decreta dicha sanción. El promotor fiscal, Juan Urbina, solicita la negativa del amparo por parte del juzgado del distrito basado en consideraciones de contenido distinto a la interpretación del artículo 16 constitucional. El juez del distrito disintiendo del pedimento del fiscal consideró que efectivamente se violaba la Constitución por no ser electos popularmente los magistrados del Tribunal Superior, por lo que no se podía representar como autoridad competente según el artículo 16 constitucional y, además, se violentaba con ello el principio de la forma republicana de gobierno, con todo lo cual concedía el amparo al escribano Llanas. La Suprema Corte, en ejecutoria mayoritaria decidida el 18 de abril de 1873, reiteró lo argumentado por el juez de distrito, confirmando así los precedentes reseñados, dictando expresamente:

Que tal incompetencia de origen por el vicio que se atribuye al nombramiento de magistrados, debe considerarse comprendida como cualquiera en el artículo 16 de la Constitución federal, puesto que ello no hace distinción ni excepción alguna. Que admitir una distinción y excepción por salvar la independencia y soberanía de los estados en su régimen interior, menospreciando al individuo quejoso, sería sacrificar los derechos del hombre que son el fin, a la institución que es el medio... que para mejor garantía de los derechos del hombre, la independencia misma y la soberanía de los Estados se encuentran restringidas por el artículo 109 de la Constitución federal, que

*les impone el deber de adoptar la forma de gobierno representativo popular, de manera que se venía infringiendo además este precepto constitucional, si la incompetencia que se objeta a la autoridad fuera por su origen contraria a esa forma de gobierno*¹⁴.

E. Amparo Juan N. Rubio

Contra la resolución del magistrado supernumerario del Tribunal Superior de Justicia de Querétaro, Julián Camacho, que redundó en el embargo de los bienes de Juan N. Rubio; éste solicitó amparo con base en el artículo 16 constitucional ya que dicho magistrado no era autoridad competente puesto que no era legítima, en virtud de no haber sido electo popularmente, sino por designación de la legislatura, en contravención a lo dispuesto en las Constituciones federal y local. El juez de distrito confirmó el argumento de incompetencia de origen, aunque puntualizó un aspecto muy importante: ...*siendo por lo mismo una autoridad puramente de hecho que no tiene poder alguno natural ni conferido, pero que reputándose como legítima, cuenta con todos los medios para llevar a efecto sus determinaciones, por lo que deben admitirse contra ella todos los recursos que se confieren contra las autoridades realmente legítimas*¹⁵. La Suprema Corte de Justicia decidió el 18 de abril de 1873, basándose en la propia apreciación del juez de distrito, que el artículo 16 constitucional no hace distinción entre autoridades legítimas y las de hecho, por lo que tanto con unas como con otras debe caber el recurso de amparo siempre que haya infracción de garantías, sin que tenga lugar distinción o excepción alguna, so pretexto de la soberanía de los Estados que usen los usurpadores del poder.

¹⁴ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, primera época, 1873, t. IV, p. 128.

¹⁵ *Ibidem*, p. 146.

F. Amparo Evaristo Esquivel

Con éste, se principia una serie de tres casos en los que se resuelve, por vez primera, la ilegitimidad de los poderes ejecutivo y legislativo de Yucatán. Los precedentes citados anteriormente se han centrado en autoridades judiciales de los Estados, por lo que para completar el panorama, resultan relevantes estos amparos yucatecos que fueran ya decididos por José María Iglesias en su carácter de presidente de la Suprema Corte de Justicia. Los hechos que motivan los tres casos se originaron por la escisión de la legislatura efectuada el 1º de enero de 1874. Esta legislatura debió integrarse con catorce diputados propietarios; sin embargo, sólo se presentaron doce propietarios y un suplente. En virtud de que se tenía que declarar electo al gobernador del Estado, una fracción mayoritaria de nueve diputados declaró electo a José Dionisio González y otra minoritaria, de cinco diputados, pero apoyada por la fuerza armada, declaró gobernador a José Matilde Alcocer. La fracción minoritaria, que continuó sesionando en el recinto oficial y que llamó a algunos diputados suplentes de los propietarios que formaban parte de la otra fracción, se erigió en gran jurado y una comisión de ella dictó un acuerdo declarando formalmente preso, por la comisión de un delito, al diputado Evaristo Esquivel, quien figuraba activamente en la fracción opositora. Debido a este acuerdo, el diputado Esquivel se encontraba preso en violación a su fuero y al principio de división de poderes, puesto que dicho acuerdo no podía ser resuelto por la legislatura, sino por un órgano jurisdiccional. Pero además, en caso de que la legislatura o la fracción minoritaria que se arrogaba tal carácter hubiera desaforado al diputado no era competente para dictar acuerdo alguno puesto que no estaba legalmente constituida y sesionaba sin el quórum establecido en el

artículo 29 de la Constitución de Yucatán. La Suprema Corte decidió el 26 de febrero de 1874, que se había violado el artículo 16 constitucional en perjuicio de Evaristo Esquivel.¹⁶

G. Amparo Vicente Fernández

Bajo los mismos supuestos que el amparo Esquivel, el caso Fernández se planteó por haber ordenado el presunto gobernador Alcocer la pena de prisión y de cien palos en la persona del quejoso. Además de los argumentos ya señalados, se manifestó que Alcocer había sido removido por decreto del 16 de enero de 1874 de la legislatura, lo cual había motivado la división de la misma a la que se hizo referencia. La Suprema Corte resolvió con base en la incompetencia de origen del presunto gobernador el 25 de marzo de 1874¹⁷.

H. Amparo Cleotilde Baqueiro y coag.

Algunos de los integrantes de la fracción mayoritaria de la legislatura: Cleotilde Baqueiro, Rafael Bolio e Ignacio Gamboa, así como el presunto gobernador reconocido por ellos, José Dionisio González, interpusieron amparo por la responsabilidad que les fincó la fracción minoritaria de la legislatura, arrogándose el carácter del poder legislativo del Estado. Como en los anteriores casos, la Suprema Corte resolvió el 25 de marzo de 1874, conceder también el amparo a los quejosos¹⁸.

¹⁶ *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, primera época, 1874, t. V, p. 634.

¹⁷ *Ibidem*, p. 729.

¹⁸ *Ibidem*, p. 734.

V. La experiencia estadounidense sobre la justiciabilidad de las cuestiones políticas

En Estados Unidos, la garantía de la forma republicana que se argumentó en los precedentes y en el amparo Morelos, constituye una tesis fijada jurisprudencialmente con gran tradición y desarrollo. Está basada en la sección 4^a del artículo IV de la Constitución americana¹⁹. La primera función que se le dio fue la de suprimir insurrecciones en los Estados, así como evitar formas monárquicas o aristocráticas en sus gobiernos²⁰; ahora estos peligros se consideran obsoletos. Hacia la mitad del siglo XIX, la garantía de la forma republicana se interpretó como un arma del gobierno federal para tratar de detener las tendencias esclavistas de los gobiernos de los Estados sureños.

El primer intento por resolver cuestiones de legitimidad en las autoridades de los Estados por parte de la Suprema Corte de Justicia, fue a través del caso *Luther v. Borden* decidido en contra por el presidente de esa corte, Roger Taney, en 1849 y desarrollando su tesis de no justiciabilidad en las cuestiones políticas que Vallarta tomaría en México treinta años después²¹.

En la sentencia del caso *Luther*, Taney expresó que correspondía al congreso decidir cuál de los dos gobernadores que se ostentaban con ese carácter, sería el legítimo. Sin embargo, en el tiempo en que se planteaba el amparo Morelos en México, el Estado norteamericano

¹⁹ El texto es el siguiente: “Los Estados Unidos garantizarán a todo Estado comprendido en esta Unión una forma republicana de gobierno y protegerán a cada uno en contra de invasiones, así como contra los disturbios interrepublicanos, cuando lo soliciten la legislatura o el ejecutivo (en caso de que no fuere posible reunir a la legislatura)”.

²⁰ WIECEK, W. M.: *The guarantee clause...*, cit., p. 4.

²¹ Sería en el conocido amparo de Salvador Dondé, fallado el 6 de agosto de 1881, cuando se rechazó en definitiva la tesis de la incompetencia de origen y por tanto la improcedencia del juicio de amparo en cuestiones políticas.

de Arkansas enfrentaba un problema de legitimidad en su gobierno que derivó en un enfrentamiento armado entre las facciones involucradas. Este hecho de armas motivó que fuera el presidente y no el Congreso quien decidiera sobre la legitimidad de alguno de los dos presuntos gobernadores. En 1872 se verificaron elecciones para el gobierno del Estado y se alegaron fraudes electorales del bando comandado por Joseph Broks, por lo que el presidente Ulysses Grant reconoció a Elisha Baxter.

A fines del siglo XIX, en el caso *In Re Duncan* de 1891, el entonces presidente de la Suprema Corte, Melville Fuller, apuntó una nueva perspectiva para esta garantía:

Constitucionalmente, una forma republicana de gobierno es garantizada a cada estado de la unión, y la característica principal de dicha forma es el derecho del pueblo a escoger sus propias autoridades para la administración de sus gobiernos y aprobar sus propias leyes en virtud del poder legislativo encomendado en cuerpos representativos cuyos actos legítimos pueden ser reputados como del propio pueblo²².

Posteriormente, en el caso de *Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon* (1912) se resolvió, también negativamente, que las formas plebiscitarias de iniciativa legal, por ejemplo, para dictar un nuevo impuesto, no son violatorias de la forma republicana de gobierno; analizándose así la disposición constitucional sin mediar insurrecciones. El paso para que los tribunales analizaran las cuestiones políticas se dio en los casos *Colegrove v. Green* (1946) y *Baker v. Carr* (1962) en donde se revisaron por la Suprema Corte aspectos doctrinales que, aunque no entrañaron revisión de la legitimidad de autoridades, son igualmente cuestiones políticas.

²² WIECEK, W. M.: *op. cit.*, nota 20, p. 263.

La doctrina y la jurisprudencia norteamericanas han sido, tradicionalmente, contrarias al conocimiento por parte del poder judicial sobre la legitimidad de los poderes estatales. Por ejemplo, Thomas Cooley, un influyente autor de fines del siglo pasado, aseveraba:

No es competencia de la autoridad federal interferir en tales casos a menos que sea excitada a brindar protección contra violencia. Estos conflictos deben ser resueltos por los tribunales estatales cuando el caso lo permita, o por el legislativo o por el consenso del pueblo respecto de las exigencias de uno de los partidos y el gobierno federal debe aceptar el arreglo como definitivo.

Sin embargo, en el caso de un gobierno estatal en disputa, puede llegar a ser necesario para los poderes políticos de la federación, por la realización de sus propias atribuciones, en reconocer a uno de ellos como el legítimo; y cuando esto ocurra, el reconocimiento vinculará al gobierno de los Estados Unidos a todos los poderes, incluyendo al pueblo²³.

No obstante, un sector de la doctrina definiría después a la forma republicana de gobierno, como George T. Curtis:

Se puede decir, en consecuencia, en estricto sentido, que en el sistema americano, un gobierno republicano es uno basado en el derecho del pueblo para gobernarse a sí mismo, pero que requiere ese derecho ser ejercido a través de organismos públicos de un carácter representativo, constituyendo estos órganos el gobierno²⁴.

²³ *The General Principles of Constitutional...*, cit., p. 251.

²⁴ *History of the origin...*, cit., p. 472.

A partir de la guerra civil de nuestro norteño país vecino, quedó sentada la tesis de que la protección de la forma republicana de gobierno correría fundamentalmente a cargo del congreso y del presidente cuando había un hecho de armas en algunas de las entidades federativas, quedando excluido el poder judicial del conocimiento de cuestiones de legitimidad en los poderes de un Estado. Esta división de trabajo se ha formulado a pesar del silencio que la Constitución norteamericana observa al respecto, pues nada estipula con relación a los poderes legislativo ni ejecutivo como titulares de la garantía de la forma republicana de gobierno por lo que tampoco excluye expresamente al judicial²⁵.

Este último aspecto es importante para un país como los Estados Unidos, ya que su jurisprudencia se ha configurado con base en la interpretación e integración que la propia Suprema Corte hace de sus atribuciones y de las enmiendas que determinan el catálogo de los derechos del hombre, por lo que no ha requerido de una definición explícita en la constitución de su jurisdicción²⁶.

Sin embargo, en todos los casos sometidos a la Corte, este órgano se ha abstenido de entrar al fondo y resolver sobre la legitimidad de las autoridades, bien porque son cuestiones políticas o porque ha concretado el argumento de que la garantía de la forma republicana de gobierno no es justiciable y compete a los órganos políticos su conocimiento. El cambio se daría cuando este fundamento

²⁵ Cfr. Nota “A Niche for the Guarantee Clause”, *Harvard Law Review*, vol. 94, no. 3, enero 1981, pp. 683 y 685.

²⁶ En 1924, Field sustentó la “teoría cognoscitiva” de la jurisdicción de la Suprema Corte sobre cuestiones políticas, lo cual implica que el poder judicial sólo es competente en aquello que se determina explicitamente en la Constitución. Esta teoría ha recibido el rechazo de la doctrina norteamericana. Cfr. Scharpf, F. W.: “Judicial review and the political question...”, cit., p. 555.

se abandona y se adopta el de igualdad ante la ley para proteger el derecho de sufragio.

Lo anterior, debido a que la idea de república es más una idea de estructura y organización del Estado que de derechos específicos. Si la forma republicana está basada en la voluntad popular, entonces los representantes del pueblo ante el congreso son los que, por principio, debieran dirimir cualquier controversia al respecto, interviniendo igualmente el presidente para garantizar el orden público a través de las fuerzas federales, en caso necesario.

En los Estados Unidos, los integrantes del Poder Judicial Federal nunca han sido considerados como representantes populares puesto que no son elegidos, sino designados por el presidente y ratificados por el senado. Aunque este es nuestro mismo sistema de designación de ministros a la Suprema Corte a partir de 1928, cuando se resolvió el amparo Morelos dichos ministros contaban con la misma representatividad que los congresistas o el presidente puesto que eran igualmente elegidos popularmente, por lo que tal argumento no hubiera operado en México.

No obstante, la Corte norteamericana ha ido avanzando en el conocimiento de algunas cuestiones políticas a partir de los años sesenta con la progresista presidencia de la Suprema Corte a cargo de Earl Warren. De esta manera, en el caso de *Baker v. Carr* (1962) se determinó que la mala distribución de los distritos electorales, realizada a través de leyes locales sobre la materia, cuando afectaban los derechos políticos de ciertas etnias de la población eran inconstitucionales. Asimismo, a través del caso *Powell v. McCormack* (1969), la Suprema Corte corrigió el dictamen sobre las credenciales del diputado *Adam Clayton Powell* que había aprobado la Cámara de Representantes del Congreso. Lo mismo sucedió con el

caso de un presunto senador en *Roudebush v. Hartke* (1972)²⁷, sentando así valiosos precedentes sobre la posibilidad de revisar el procedimiento y requisitos de los representantes populares, aun ante la calificación que de sus credenciales pudieran efectuar las respectivas cámaras.

En México, la jurisprudencia ha sido mucho más discreta y en la actualidad se da un paso atrás, debido a Vallarta, de lo adelantado en el amparo Morelos, negándose sistemáticamente el acceso a la justicia en todos los casos en los que haya un actor político, como los partidos políticos²⁸, los diputados que han sido expulsados²⁹, a toda autoridad con un cargo de elección popular³⁰, puesto que no es un derecho del hombre, problema similar al planteado en *Marbury v. Madison*³¹.

VI. El amparo Morelos

Volviendo al caso Morelos, la Ley de Hacienda del Estado de Morelos, aprobada por la legislatura y promulgada por el gobernador Leyva el 12 de octubre de 1873 era, en consideración de los hacendados que promovieron el amparo, nula, ya que quienes se ostentaban como autoridades no lo eran pues:

A. Uno de los diputados a la legislatura, Vicente Llamas, precisamente quien completaba el quórum de la legislatura, tenía impedimento para

²⁷ HENKINS, L.: “Is there a Political...”, cit., p. 604.

²⁸ Caso del Partido Político Independencia, 18 de marzo de 1919, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, t. IV, p. 622.

²⁹ Caso Manuel Balderas y Coag., 12 de diciembre de 1935, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, t. XLVII, p. 33.

³⁰ Caso Benito Antuna y coag., 25 de septiembre de 1941, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, t. LXIX, p. 4731.

³¹ Cfr. GONZÁLEZ OROPEZA, M.: “Un juez en problemas:...”, cit., pp. 85-116.

desempeñarse como representante pues había sido, supuestamente, electo mientras desempeñaba el cargo de jefe político de Jonacatepec, lo cual estaba prohibido por la Constitución local a través del artículo 33, fracción IV, y las leyes electorales del Estado.

- B. Francisco Leyva se había hecho reelegir contraviniendo el principio de no reelección contenido en la Constitución del Estado y que, aunque había tratado de reformarla para legitimar su reelección, este intento no se había hecho de acuerdo al procedimiento establecido.
- C. Aun con base en el procedimiento fingido de reformar la Constitución y así ocupar la gubernatura por segunda ocasión, requería de una votación calificada de dos terceras partes de votos, proporción que no fue alcanzada en 1871.

Efectivamente, el artículo 66 de la Constitución estatal establecía que el gobernador sólo duraría cuatro años y no podía ser reelegido para el período inmediato. No obstante el intento de reforma en 1871, no se había seguido el procedimiento dificultado del artículo 151 de la propia Constitución estatal y que exigía que las reformas se aprobaran y estudiaran en dos legislaturas consecutivas.

El quórum para aprobar proyectos de ley era de seis diputados y sólo sessionaron cinco diputados propietarios pues el carácter de Vicente Llamas era muy cuestionable³².

El juicio de amparo fue promovido por Julián Montiel y Duarte en representación de los hacendados ante el

³² VELASCO, E.: *El amparo de Morelos*, cit., pp. 3-6.

juez segundo suplente de distrito en el Estado, Ignacio Merelo, con asiento en Cuernavaca. Aunque la causa fue igualmente defendida por su ilustre hermano Isidro Montiel y Duarte según veremos.

El pedimento del promotor fiscal Nicolás Medina fue en el sentido de que una ley expedida por una legislatura sin quórum y promulgada por un gobernador ilegítimo no es válida, por lo que su ejecución importaba una violación al artículo 16 constitucional, ya que el procedimiento económico-coactivo, que se iniciaría por el gobierno en contra de los hacendados, implicaría una gran molestia en el patrimonio de los quejosos. Convencido el juez de distrito de la importancia del asunto planteado, solicitó un segundo pedimento fiscal por el mismo promotor en el que se hace un análisis más escrupuloso. Se desprende de los pedimentos que la categoría de extranjeros por parte de la mayoría de los quejosos fue objeto de dura crítica, por lo que el promotor cuidó de puntualizar que si bien los extranjeros no deberían injerirse en las cuestiones políticas, nuestra Constitución les garantizaba derechos como el de la propiedad. En el segundo pedimento, el promotor fiscal explicó los alcances del artículo 16 constitucional en los siguientes términos:

Sería apartarse del ánimo manifiesto de nuestros legisladores constituyentes y nulificar o restringir esa garantía hasta sus últimos límites, si la incompetencia hubiera de decidirse sólo en atención a las facultades atribuidas al cargo de que se dijera depositaria la autoridad que infriese cualquiera de las molestias a que se refiere el artículo citado. Esa prevención constitucional al expresar autoridad, se refirió a cualquiera que teniendo los recursos o medios de hecho para llevar a cabo el cumplimiento de sus determinaciones, pudiere molestar a los individuos

en su persona, posesiones, familias o intereses; y al exigir que tal autoridad fuere competente, es indudable que quiso comprender no sólo las facultades que compitieran al puesto que ocupara entre los depositarios del poder público en cualquiera de sus ramos, sino también la legitimidad con que ejerciera en el poder, y a los requisitos que son indispensables en el individuo que se dice su depositario³³.

La ilegitimidad, continuaba Medina, es un vicio de mayor alcance que la simple incompetencia, por lo que no puede considerarse competente una autoridad de hecho o un usurpador del poder público; de tal manera, ante la falta de distinción de las formas de incompetencia, es igualmente incompetente la autoridad ilegítima. La soberanía de los Estados no puede ser pretexto para encubrir las ilegitimidades de sus autoridades, pues sería socavar la forma de gobierno republicano representativo, así como los derechos del hombre que son base de las instituciones sociales³⁴.

Este meditado y fundado pedimento rendido el 6 de enero de 1874 tuvo resonancia en la sentencia del juzgado de distrito concediendo validez plena al argumento de que el quórum para la sesión de la legislatura no se había satisfecho con la presencia de Vicente Llamas, pues tenía impedimento constitucional para ejercer el cargo de diputado. Lo mismo asevera, aunque cautelosamente, con relación al gobernador Leyva, de quien determina que su proyectada reforma constitucional para permitir la reelección no fue realizada conforme al artículo 149 de la Constitución estatal. De esta manera, el juez de distrito Merelo concluyó el 13 de marzo de 1874 que el

³³ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, primera época, t. VI, 1875, p. 49.

³⁴ *Ibidem*, p. 56.

artículo 16 constitucional sí amparaba a los hacendados morelenses.

La Suprema Corte de Justicia, después de los precedentes mencionados y ante la brillante argumentación vertida en el juicio sustanciado en el juzgado de distrito, decidió al mes siguiente, el 11 de abril del mismo año, en el histórico sentido que conocemos: el artículo 16 constitucional no distingue entre competencia y legitimidad por lo que, ante su ausencia debe proceder al amparo, ya que una autoridad de hecho importa igualmente una violación a los derechos del hombre. Una usurpación del poder político implica también una transgresión a la forma de gobierno republicana representativa popular.

La decisión de la Corte tuvo que sortear tres criterios:

- A. Una minoría de cuatro ministros, entre los cuales estaba José María Iglesias, sosteniendo la ilegitimidad del gobernador y la ausencia del quórum de la legislatura.
- B. Otra minoría de cinco ministros negando en términos absolutos la procedencia del amparo, y,
- C. Una fracción más pequeña de tres ministros, que sólo concedían el amparo por la reelección del gobernador que se había auspiciado a través de una reforma espuria³⁵.

Esta última fracción fue la que tuvo que ser obedecida por el grupo de ministros encabezados por Iglesias, decidiéndose finalmente otorgar el amparo por la dudosa promulgación de un proyecto de ley que pretendía hacer un ex gobernador como Leyva, cuya reelección estaba prohibida por la Constitución del Estado.

³⁵ Cfr. IGLESIAS, J.M.: *Estudio constitucional sobre...*, cit., p. 56.

El caso ganó notoriedad puesto que fueron publicados tanto los alegatos ante el juzgado de distrito elaborados por Julián e Isidro Montiel y Duarte³⁶, como ante la Suprema Corte de Justicia. En una exposición que se dirige a la Suprema Corte, el persistente defensor de Leyva, Hilarión Frías y Soto, junto con Joaquín M. Alcalde, exponen con detenimiento los precedentes y argumentos a favor de las supuestas autoridades del Estado.

Los defensores de Leyva se basaron en dos precedentes en los que se destaca que los únicos jueces sobre las cuestiones electorales de los Estados son las propias entidades federativas, como un atributo de su soberanía. El amparo Adolfo Mercheyer³⁷ del 2 de diciembre de 1871 y el Próspero Vega³⁸ del 26 de marzo de 1873 consolidaban esa tesis. La exposición afirmaba: *la competencia se entiende sólo respecto a la naturaleza de la autoridad que se ejerce y no de la persona que representa esa autoridad*³⁹.

Precisamente un ex ministro de la Suprema Corte, José María del Castillo Velasco, que había fallado el amparo Vega publicó inmediatamente un ensayo en contra de la sentencia del caso Morelos⁴⁰.

³⁶ *Alegato presentado al juzgado de distrito del estado de Morelos en el juicio de amparo que ante él promovieron algunos propietarios del mismo estado por violación del artículo 16 de la Constitución de 1857*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874, 46 p. Entre las afirmaciones más importantes del alegato están las de que la soberanía de los Estados es limitada por el escrutinio de poderes federales sobre la constitucionalidad de sus actos.

³⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, t. II, pp. 487-488.

³⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, pp. 917-918.

³⁹ *Cfr. Exposición dirigida a la..., cit.*, p. 18.

⁴⁰ *Reflexiones sobre la cuestión de Morelos y las facultades de los tribunales federales*, México, Imprenta del Federalista, 1874, 24 p. Este ensayo fue igualmente publicado por el gobierno del Estado en la Imprenta del Gobierno en el mismo año de 1874, 35 p.

El objetivo del ensayo fue resolver una falsa cuestión, ya que el ilustre publicista se preguntaba sobre si los tribunales federales tendrían facultad para verificar la revisión de los actos electorales, cuando en realidad lo que la Corte había resuelto era sobre la constitucionalidad de una reforma a la Constitución estatal que permitía la reelección del gobernador, así como de la integración del poder legislativo. La Corte no tenía que resolver ninguna cuestión relacionada con el sufragio, sino tan sólo tenía que verificar que los actos de las autoridades estatales se circunscribieran a las prescripciones constitucionales de la federación del propio Estado. Con relación a las violaciones de esta última Constitución, los defensores de las autoridades de Morelos aseveraron en su exposición que el amparo no procedía como instrumento de garantía de la Constitución estatal, sino tan sólo de la federal⁴¹.

Uno de los argumentos de Castillo Velasco fue que la facultad del Poder Judicial Federal para conocer de las cuestiones electorales debería estar expresamente otorgada en la Constitución. Esta idea que también está presente en la jurisprudencia norteamericana, no es congruente ya que en el texto constitucional no está asignado expresamente a ningún otro órgano federal. No obstante, a diferencia de la posición norteamericana que sí ha concedido al congreso federal y al presidente facultades al respecto, la posición mexicana se pronunció porque fuera una facultad enteramente estatal: *...sólo corresponde a la soberanía de los estados juzgar de la validez o nulidad de sus actos electorales*⁴².

Con este ensayo del distinguido publicista mexicano, el debate quedó abierto. El 20 de junio de 1874 le contesta

⁴¹ Cfr. *Exposición..., op. cit.*, nota 39, p. 23.

⁴² Cfr. *Reflexiones..., op. cit.*, nota 40, p. 14.

José S. Arteaga, quien certeramente razonaba que la competencia no le da el ejercicio de la autoridad a una persona, sino es su título de legitimidad por el cual se ejerce autoridad y se es competente⁴³.

Sin embargo, la defensa más efectiva que se hizo de la sentencia del amparo Morelos fue el estudio que hiciera el mismo José María Iglesias. Por principio, reconoce que obviamente la competencia y la legitimidad de una autoridad son dos atributos distintos, pero tan íntimamente ligados entre sí que la primera nunca podría existir sin la segunda. Aunque Iglesias no había sido diputado constituyente en 1856, sí había sido un agudo cronista de los trabajos del congreso desde las páginas de *El siglo XIX*, por lo que uno de sus argumentos de mayor fuerza lógica fue el de considerar como violación de las garantías individuales, por lo que cabe el amparo, una simple extralimitación de facultades como lo es la incompetencia y que no hubieran estimado como violación –infinitamente más grave– la falta absoluta de toda competencia emanada del ejercicio ilegítimo, usurpador, atentatorio, de una falsa autoridad⁴⁴.

Para Iglesias, cualquier acto de una autoridad que viole derechos, tanto políticos como civiles, ya que ambos están consagrados por igual en la Constitución, debe estar sujeto a revisión judicial a través del amparo.

Sabedor el presidente de la Suprema Corte que desde el 14 de abril de 1874, la legislatura de Morelos e Hilarión Frías y Soto habían presentado ante el VI Congreso de la Unión un proyecto de ley en el cual se pretendía establecer que:

⁴³ *Contestación al señor licenciado D. J. M. Castillo Velasco en la cuestión sobre el amparo del estado de Morelos*, México, Imprenta de Vicente García Torres, 1874, p. 12.

⁴⁴ Cfr. *Estudio...*, op. cit., nota 35, p. 8.

La justicia de la Unión no podrá juzgar ni decidir, en ningún caso, sobre la legalidad de las autoridades y funcionarios del orden federal y de los estados electos popularmente y cuya legitimidad haya sido declarada por los respectivos colegios electorales.

Iglesias argumenta que tanto el congreso como el presidente tienen facultades para intervenir en los Estados, por lo que no encuentra razón para eximir a la Suprema Corte de ejercer estas mismas funciones. En una parte de su estudio se puntualiza:

No, jamás incurrirá la Corte en el absurdo de creer que está en su caprichoso arbitrio considerar y declarar la ilegitimidad de las autoridades de los Estados.

La doctrina de la Corte se reduce a consignar el principio de que cabe en sus atribuciones desconocer como legítima la autoridad de un estado, cuando está funcionando sin que haya sido elevada al poder en virtud del voto popular, por no haber habido elecciones válidas se ha infringido la Constitución federal o cuando en ellas no se ha procedido en los términos establecidos por las Constituciones particulares de los Estados en materia electoral⁴⁵.

En el fondo pues, es una defensa de la atribución de la Corte para examinar la constitucionalidad de las leyes y actos de las autoridades estatales. Sin embargo, a pesar del esfuerzo de Iglesias, el Congreso de la Unión aprobó la iniciativa de la legislatura de Morelos el 19 de mayo de 1875 en los siguientes términos:

Sólo a los colegios electorales les corresponde resolver sobre la legitimidad de los nombramientos que por la constitución federal o por la de algún Estado, deben verificarse popularmente.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 50.

Con esta ley, el Congreso de la Unión trataba de acallar la controversia planteada por el amparo Morelos; sin embargo, los días de Lerdo y de sus partidarios estaban contados.

El estudio constitucional de Iglesias tuvo gran repercusión en el medio intelectual mexicano, ya que antes de ser publicado como folleto, fue publicado en un periódico de legislación y jurisprudencia del siglo pasado y que tuvo mucha influencia: *El Foro*⁴⁶.

Asimismo, hubo importantes detractores de la tesis de incompetencia de origen y de las facultades de la Suprema Corte. Agustín Siliceo no tardó en contestar el estudio de Iglesias con un interesante juicio crítico.

Para Siliceo, el origen de la legitimidad es la declaración estrictamente política de un colegio electoral, tal como lo consolidara la ley de 1875. En contraste, la competencia es un atributo que se otorga por medio de la ley. Sin embargo, este autor no se conforma con utilizar contraargumentos formales, sino que con pretexto de utilizarlo como ejemplo, prefiere refutar la propia elección de Iglesias como presidente de la Suprema Corte.

Efectivamente, para Siliceo, si había que examinar la legitimidad de las autoridades, habría que comenzar por el título del propio presidente de la Corte que deseaba arrogarse esta función. Según Siliceo, Iglesias había sido declarado con ese carácter por un colegio electoral sin quórum, puesto que algunos de los integrantes en la Cámara de Diputados no satisfacían el requisito de vecindad a que se refiere la Constitución⁴⁷.

Con esta amenaza, poco velada, el autor del juicio crítico proclama al poder electoral como supremo, fuera

⁴⁶ Cfr. *El Foro. Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, cit., pp. 417 y ss.

⁴⁷ SILICEO, A.: *Juicio crítico del estudio...*, cit., p. 8.

de cualquier control, particularmente del judicial, lo cual constituye, sin duda, un antecedente de este conocido principio sustentado actualmente.

Aunque las autoridades tengan problemas de legitimidad y se les juzgue ilegítimas, el poder electoral posee la suprema facultad de legitimarlas y de convertirlas en autoridades legitimadas: ...a manera de los hijos naturales que aunque ilegítimos antes, son después legitimados por rescripto del principio⁴⁸.

Para Siliceo tanto las sentencias de los tribunales como los acuerdos de los colegios electorales deben ser la verdad legal y política sobre las materias decididas, para que: *así quede todo legitimado y purificado en las aguas saludables de una ficción toda en favor del sistema de gobierno y por intereses de la libertad electoral*⁴⁹.

Por otra parte, Basilio Pérez Gallardo se propuso demostrar que la interpretación del artículo 16 constitucional dada en el amparo Morelos, era contraria a lo discutido y aprobado por el Congreso Constituyente de 1856-57. Según Pérez Gallardo, el artículo 16 constitucional pretende exclusivamente garantizar la vida, libertad y propiedad por medio de jueces competentes y no de cualquier otra autoridad.

Lo que tuvieron en mente los constituyentes fue particularmente los abusos de poder tratándose de las aprehensiones:

La comisión ha querido evitar la manera bárbara y salvaje con que en México se hacen las prisiones, esa especie de furor canino con que toda clase de

⁴⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 41. Un complemento de estos argumentos se puede consultar en otro opúsculo de Siliceo: *Carta dirigida al señor licenciado D. Isidro Montiel y Duarte sobre las garantías individuales, la soberanía de los estados y la justicia federal*, México, Imprenta de Aguilar Ortiz, 1874, 30 p.

autoridades maltratan y atropellan a los ciudadanos, según explicó Ponciano Arriaga en la sesión del 15 de julio de 1856⁵⁰.

En conclusión, según Vicente Riva Palacio, el amparo Morelos anulaba la soberanía de los Estados, pues ponía en las manos de la Suprema Corte y de los jueces de distrito la decisión sobre si las autoridades estatales eran legítimas o no, decisión que sólo compete a las propias autoridades del Estado. Además Riva Palacio asevera otra cuestión de interés, ya que, según su concepción, el poder judicial no puede declarar la incompetencia absoluta o de origen de una autoridad, ya que ello implicaría una declaración general sobre todos los actos pasados y futuros de dicha autoridad y no podría limitarse sólo al acto impugnado, ya que la ilegitimidad es un vicio tan grave que, en caso de declararse afectaría la totalidad de los actos de la presunta autoridad⁵¹.

Este punto no había sido tratado por nadie y planteaba quizá el problema más importante: qué hacer con una sentencia de incompetencia de origen, ya que constituye una declaración general sobre la legitimidad de una autoridad, lo cual resulta incompatible con los efectos relativos, al caso concreto, de las sentencias de amparo. De esta manera, quedaba planteada una de las interrogantes más importantes de nuestro derecho público.

Agregaba Riva Palacio:

Con un juicio de amparo se declara ilegítimo a un gobernador hoy, mañana a otro, luego a una

⁵⁰ Cfr. PÉREZ GALLARDO, B.: *Opiniones de los constituyentes y...*, cit., p. 11. Según el autor de este ensayo, la famosa *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente* escrita por Francisco Zarco, es inexacta con relación a la discusión de estos artículos.

⁵¹ RIVA PALACIO, V.: *La soberanía de los estados...*, cit., pp. 17 y 40.

Legislatura, después de una tribunal, y quizá algún día a un Congreso (de la Unión), o lo que no es muy difícil, al Presidente de la República, y esto es el caos⁵².

Lo anterior fue bien entendido por Vallarta, quien se opuso a la resolución del amparo Morelos, y se encargó de destruir sus efectos en 1882, cuando calificó la sentencia como subversiva y contraria a la Constitución. Aunque Vallarta ganó esa batalla, debido a que su legado se recogió en una tesis de jurisprudencia⁵³, las ideas que inspiran el amparo Morelos han triunfado definitivamente a partir de la reforma constitucional de 1996, al instaurar al Tribunal Electoral dentro del Poder Judicial de la Federación.

VII. Vigencia del amparo Morelos

Debe recalcarse que aunque el amparo Morelos no era la primera resolución, ni la última sobre la incompetencia de origen, fue la más importante de todas y la más discutida; los argumentos en pro y en contra se dieron cita con una gran categoría y erudición. No en balde algunos autores

⁵² *Ibidem*, p. 48. Estos fueron los temores de Vallarta en 1879, en el amparo León Guzmán, donde avanzó por vez primera su rechazo por la tesis de la incompetencia de origen. En ese año, Porfirio Díaz era un presidente *de facto*, pues no ejercía el poder a través de haber resultado ganador en una elección.

⁵³ La tesis de jurisprudencia aludida manifiesta lo siguiente:

La Corte ha sostenido el criterio de que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas que incumben, constitucionalmente, a otros poderes; en el amparo no debe juzgarse sobre la legalidad de la autoridad, sino simplemente sobre su competencia; pues si se declara que una autoridad señalada como responsable, propiamente no era autoridad, el amparo resultaría notoriamente improcedente. Sostener que el artículo 16 de la Constitución prejuzga la cuestión de legitimidad de las autoridades llevaría a atacar la soberanía de los estados, sin fundamento constitucional y por medio de decisiones de un poder que, como el judicial, carece de facultades para ello, convirtiéndose en árbitro de la existencia de poderes que deben ser independientes de él.

no han dudado en calificar al “siglo XIX como el siglo de oro del derecho mexicano”, momento en el cual se definieron y consolidaron algunas de las instituciones hoy vigentes⁵⁴.

No hubo personaje mexicano que no se pronunciara a favor o en contra de la resolución, pues en el fondo están imbricadas interpretaciones diversas de decisiones fundamentales. Nunca antes, el propio presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había visto precisado a escribir una defensa de su resolución, como lo hizo José María Iglesias, en su célebre *Estudio Constitucional sobre facultades de la Suprema Corte*. Algo similar sucedió con John Marshall cuando tuvo que defender su decisión en el caso *McCulloch v. Maryland*, a través de artículos publicados en su Estado natal, Virginia, para defender la tesis de que las facultades federales no requerían estar explícitamente consignadas en la Constitución de ese país, a través de la interpretación que hizo de la “cláusula propia y necesaria”. Pero Marshall escribió con seudónimo, mientras que Iglesias no ocultó su identidad; por lo que el debate fue más abierto y de mayor alcance en México que en Estados Unidos.

La actualidad del amparo Morelos resuena todavía en muchos juicios instaurados ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como aquel en el cual se conoció de la defectuosa integración del Instituto Estatal Electoral de Yucatán. Ante esas circunstancias, todavía los viejos argumentos de más de 135 años se hicieron valer contra la solución judicial federal en el conflicto que atentaba contra el principio de la forma republicana de gobierno, calificando su actuación como una intromisión al régimen interior del Estado.

⁵⁴ Cfr. MOCTEZUMA BARRAGÁN, J.: *José María Iglesias y...*, cit., p. 21.

Quizá por ello, debe enfatizarse la alusión que Emilio Velasco hacía en su ensayo:

*Ha sido costumbre en nuestras prácticas políticas que el candidato derrotado, alegando fraudes y nulidad de la elección, levante revoluciones y provoque trastornos. ¿Cuán conveniente no hubiera sido, cuántos males no se hubieran evitado a la República, si el derrotado hubiera tenido acceso a los tribunales, para que revisaran la elección!*⁵⁵

Finalizo con la reflexión y cuestionamientos que sobre el tema hizo nuestro recordado amigo, el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo:

*La “incompetencia de origen” murió, pero, quizá gracias a ello, el amparo se salvó y pudo sobrevivir al porfiriato, a la Revolución Mexicana y a todos los regímenes posrevolucionarios. La vida política de México ha cambiado. Vivimos realidades nuevas e inéditas. ¿Seguirán vigentes en este tiempo los paradigmas sobre los cuales se estructuró y desarrolló el amparo durante los siglos XIX y XX? ¿Cuáles son los paradigmas que deben cambiarse y en qué deben consistir los nuevos para adaptar el amparo a las necesidades del México actual? Aun lo ignoro. Es necesario discutirlo*⁵⁶.

Es cierto, es necesario seguir la discusión sobre ésta y otras instituciones. Afortunadamente lo haremos teniendo en nuestra mente las agudas reflexiones que nos dejó nuestro homenajeado.

⁵⁵ *El amparo de Morelos*, op. cit., nota 32, p. 71.

⁵⁶ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: “El amparo Morelos y los paradigmas...”, op. cit., nota 1, p. 37.

Bibliografía

- *Alegato presentado al juzgado de distrito del estado de Morelos en el juicio de amparo que ante él promovieron algunos propietarios del mismo estado por violación del artículo 16 de la Constitución de 1857*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874.
- BARANDA, MARTA Y GARCÍA, LIA, comps. (1987): *Estado de México. Textos de su historia*, México, Gobierno del Estado de México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 1987, tomo I.
- *Carta dirigida al señor licenciado D. Isidro Montiel y Duarte sobre las garantías individuales, la soberanía de los estados y la justicia federal*, México, Imprenta de Aguilar Ortiz, 1874.
- *Colección que comprende la Constitución General de la República con sus adiciones, reformas y leyes orgánicas expedidas hasta el 30 de junio de 1884 y las Constituciones especiales de cada uno de los estados de la Federación*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1884.
- *Contestación al señor licenciado D. J. M. Castillo Velasco en la cuestión sobre el amparo del estado de Morelos*, México, Imprenta de Vicente García Torres, 1874.
- *Defensa pronunciada por el C. Hilarión Frías y Soto ante la Legislatura de Morelos erigida en Gran Jurado para conocer de la acusación contra el gobernador constitucional del Estado, C. Francisco Leyva*, México, Imprenta del Comercio, 1873.
- *El Foro. Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, t. II, no. 6, correspondiente al 16 de mayo de 1874.
- *Exposición dirigida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Imprenta del Comercio, 1874.

- FLORES ÁLVAREZ, JUAN ALBERTO ed. (1986): *Expediente sobre división del Estado de México y formación de uno nuevo con el nombre de Hidalgo del que fue segundo distrito militar del expresado Estado*, Pachuca, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
- GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL y ACEVEDO VELÁSQUEZ, ELEAEL, coords. (2002): *El Amparo Morelos*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas del H. Congreso del Estado de Morelos, Editora Laguna.
- GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL (2007): “Un juez en problemas: Marbury vs. Madison”, en David CIENFUEGOS SALGADO, comp., *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, 2^a ed., México, Universidad Autónoma de Coahuila, Poder Judicial del Estado de Coahuila, 2007.
- GUDIÑO PELAYO, JOSÉ DE JESÚS (2002): “El amparo Morelos y los paradigmas de la incompetencia de origen”, MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA y ELEAEL ACEVEDO VELÁSQUEZ, coords., *El Amparo Morelos*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas del H. Congreso del Estado de Morelos, Editora Laguna.
- HENKINS, LOUIS (1976): “Is there a Political Question Doctrine?”, *The Yale Law Journal*, vol. 85, no. 5, abril de 1976.
- *History of the origin, formation and adoption of the Constitution of the United States with notices of its principal framers*, Nueva York, Harper & Brothers, 1861, vol. 2.
- IGLESIAS, JOSÉ MARÍA: *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874.

- MOCTEZUMA BARRAGÁN, JAVIER (1994): *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994.
- PÉREZ GALLARDO, BASILIO: *Opiniones de los constituyentes y del señor licenciado D. José María Iglesias, redactor del Siglo XIX en 1856, sobre los artículos 16 y 101 de la Constitución*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874.
- RIVA PALACIO, VICENTE: *La soberanía de los estados y la Suprema Corte de Justicia*, México, Imprenta de J. M. Aguilar Ortiz, 1874.
- SCHARPF, FRITZ W. (1966): “Judicial review and the political question: a functional analysis”, *The Yale Law Journal*, vol. 75, no. 4, marzo 1966.
- Semanario Judicial de la Federación, primera época, 1872-1875, t. III-VI; quinta época, t. IV, XLVII y LXIX.
- SILICEO, AGUSTÍN (1874): *Juicio crítico del estudio constitucional que sobre facultades de la Suprema Corte de Justicia ha publicado el señor licenciado D. José M. Iglesias, Presidente del mismo Tribunal*, México, Tipografía de Aguilar Ortiz, 1874.
- *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston, Little, Brown and Co., 1880.
- VELASCO, EMILIO: *El amparo de Morelos*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874.
- WIECEK, WILLIAM M. (1972): *The guarantee clause of the US Constitution*, Cornell University Press.
- ZARCO, Francisco (1956): *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente 1856-1857*, México, El Colegio de México.

El control judicial de los servicios de inteligencia en el Estado de derecho. El balance entre los derechos fundamentales y el combate a la delincuencia

Olga Sánchez Cordero de García Villegas¹.

A Don José de Jesús Gudiño Pelayo, con el grato recuerdo de un ejemplo perenne en la construcción de realidades alternativas, incansable en su esfuerzo por transformar lo que solemos llamar simplemente realidad; de enseñar el valor de diferenciar quien observa y cómo se describe esa realidad.

RESUMEN: La exigencia social de justicia derivada de la condición de inseguridad que afecta a amplios sectores de la sociedad, ha escalado hasta ser un problema de interés y prioridad nacional, que implica el accionar del Estado para garantizar condiciones que permitan el óptimo desarrollo económico, político y social del país, a través de la configuración de alternativas que le permitan alcanzar su objetivo; sin embargo, ese esfuerzo debe guardar congruencia con el propio sistema jurídico del que emana; por

¹ Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrita a la Primera Sala.

ello, el equilibrio entre el respeto a los derechos fundamentales y las acciones en materia de seguridad nacional se deben fincar de forma paralela bajo la supremacía constitucional, con la única finalidad de lograr el bienestar de los gobernados.

SUMARIO: Introducción. I. El Estado de Derecho. Respeto de la sociedad y del orden público. II. La seguridad nacional. III. La función jurisdiccional. IV. Los servicios de inteligencia. V. La medida de coexistencia entre la seguridad nacional y los derechos fundamentales. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Ante escenarios de gravedad, todo sistema jurídico debe prever condiciones especiales para afrontar las situaciones de emergencia; sin embargo, éstas no pueden ser ambiguas, sino al contrario, se debe precisar constitucional y legalmente bajo qué condiciones operarán las normas que deben aplicarse, para con ello determinar cuáles son las consecuencias que pueden acontecer, dentro del marco de la seguridad jurídica, así como las garantías que se pueden limitar o suspender en casos excepcionales.

Implementar un régimen especial debe ser esencialmente claro, porque aun cuando su finalidad principal sea salvaguardar el bien común, las acciones de la autoridad deben sujetarse en todo momento al marco del respeto a los principios del Estado de Derecho.

Así, la tarea de velar por la seguridad del Estado cumple un papel fundamental en el desarrollo de la vida nacional. De ahí la importancia de contar con instituciones

independientes, pero coordinadas, tanto en los servicios de inteligencia, como en los campos de procuración y administración de justicia.

I. El Estado de derecho. Respeto de la sociedad y del orden público

No todos los principios fundamentales tienen la misma jerarquía. El principio fundamental es el de la supremacía constitucional, ya que sin él simplemente no habría constitución. Todos los demás principios constitucionales están subordinados a él².

El Estado de derecho, se caracteriza porque en él las autoridades ajustan permanentemente sus actuaciones al derecho vigente, quedando el poder del Estado subordinado al orden jurídico, procurando su eficacia y aplicación a través de los órganos de gobierno que lo integran, lo que al mismo tiempo, genera un ambiente propicio en el que predomina el respeto absoluto de la sociedad y del orden público.

Así, como dijera Rudolf Von Ihering, el Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin y, como toda idea de tendencia, es esencialmente doble, porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio³.

En ese sentido, las instituciones del Estado se encuentran en una incesante labor por contar con el voto de confianza de la ciudadanía y de los actores sociales,

² GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: “Reflexiones en torno a la obligatoriedad de la jurisprudencia”, Conferencia impartida en el Simposio de Derecho Procesal, organizado por el Instituto Mexicano de Derecho Procesal con la colaboración de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa y la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa. Culiacán, Sinaloa, 22 de septiembre de 2000.

³ VON IHERING, R.: *La lucha por el derecho*, cit., p. 2.

lo que solamente se podrá obtener a través del trabajo diario, dentro del margen de las facultades legales y constitucionales, atendiendo a la ética que exige la función para reflejar honestidad en el desempeño del cargo público.

Ganar esa confianza se convierte en nuestra principal divisa y por ello se debe cuidar, conservar, mejorar, actualizar y proyectar a futuro, mediante una actuación impecable.

Las acciones desplegadas como parte de las operaciones de Seguridad Pública deben guardar las justas proporciones con los derechos fundamentales, de modo tal que las personas tengan la certeza de sentirse protegidas y reconozcan en sus autoridades las cualidades apropiadas para el honroso desempeño en el servicio público en lo que hace a la delicada materia de seguridad y la coordinación de funciones entre la administración pública, el poder legislativo y la resolución de los conflictos en que haya que juzgar las conductas que de ella deriven.

En el marco de las importantes funciones del Estado, quienes funjan como operadores para implementar y desarrollar las acciones en las labores de seguridad, dirigidas a la protección de la ciudadanía y del Estado, así como el desempeño jurisdiccional con motivo de aquellas operaciones, deben tener siempre la vocación del servicio público, observando en todo momento los principios y valores que subyacen en la Constitución.

La justicia constituye, hoy más que nunca, la base de un orden social duradero, por ello debe ofrecer algo más que métodos para la resolución de conflictos, o mecanismos para dirimir controversias: debe volverse escucha del pueblo; urge, sin lugar a dudas, que las autoridades administrativas, los legisladores y los tribunales, actuemos en la esfera de nuestras competencias, como auténticos

órganos de atención ciudadana para proteger a ésta de la inseguridad que desgraciadamente la lesioná, escuchemos sus quejas y las defendamos contra las arbitrariedades.

En ese sentido, cuando se debate respecto de las normas que regulan la seguridad pública que se ha expandido hoy al espectro nacional, al contenerse en éstas derechos que representan la esencia misma del Estado moderno, debe buscarse que beneficien a la sociedad.

El beneficio a los actores sociales debe ser armónico; mirándose en el sentido más amplio significa: a favor del respeto de los derechos y libertades del ciudadano, pero también para mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado.

Sólo de esa forma la sociedad disfrutará plenamente de los espacios públicos y privados, sin el temor de ver afectados sus bienes jurídicos; asimismo, tendrá la seguridad de que el sitio en donde vive o transita tiene condiciones de estabilidad política, económica y social, que le permitirán un desarrollo personal pleno. Es decir, la regulación en materia de seguridad debe velar por garantizar que tanto los ciudadanos como las autoridades puedan motivar el despliegue de la fuerza del Estado, bajo procedimientos legales, ya sea para hacer valer la protección y restitución de los bienes jurídicos que se consideran afectados o bien para el restablecimiento y conservación del orden social.

II. La seguridad nacional

Cuando el constituyente diseña una institución de manera consciente y expresa, establece su fisonomía al incorporar a la Constitución los principios fundamentales que la rigen y le impone limitaciones a través del establecimiento de un conjunto de improcedencias, tanto

constitucionales como legales y de prohibiciones expresas, e introduce normas referentes a la relación que debe existir entre los órganos y medios de control.⁴

Aun cuando los conceptos de seguridad nacional y seguridad pública se encuentran estrechamente relacionados, difieren en sus objetivos.

La seguridad pública implica acciones de información, disuasión y actuación para lograr la prevención de conductas delictivas, buscando con ello garantizar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos, forma parte de todo un sistema penal y es una materia concurrente en los tres niveles de gobierno en el afán de combatir el delito y castigar a sus autores.

La seguridad nacional, por su parte, consiste en las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven a proteger al país frente a riesgos y amenazas; preservar la soberanía, independencia, territorio y la unidad de la federación; mantener el orden constitucional y fortalecer las instituciones democráticas de gobierno; defender al país frente a otros Estados o sujetos de derecho internacional; preservar el régimen democrático fundado en el desarrollo social, económico y político. Para sus funciones puede apoyarse de la fuerza armada permanente, que se integra por: el Ejército, la Armada y Fuerza Aérea Mexicanos. Ya sea que se trate de seguridad interior o bien, en el caso de defensa, exterior.

No obstante, la seguridad pública puede convertirse en asunto de seguridad nacional en el grado en que

⁴ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: “Lo confuso del control...”, cit., p. 174.

la manifestación del fenómeno criminal represente un riesgo para la integridad, estabilidad y permanencia del Estado, para el orden constitucional, el desarrollo social, económico y político, en el grado en que constituyan un obstáculo para que las autoridades actúen contra la delincuencia organizada; es decir, cuando bajo ciertas condiciones se puedan ver comprometidos los valores, funciones y estabilidad del país, porque sea rebasada la capacidad de las autoridades civiles ante una crisis de seguridad pública.

Por ello, la coordinación de las fuerzas del Estado para garantizar las condiciones de seguridad, se vuelve del mayor interés político económico y social.

Ahora bien, las acciones que se emprendan para garantizar las condiciones de seguridad nacional, en la modalidad de seguridad interior, aunque se justifiquen en asegurar la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano en los lugares en donde el tejido social se ha fracturado por la delincuencia al grado de hacer necesario el desplazamiento de elementos de las fuerzas armadas para apoyar en esa labor, la observancia al Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales es la base que debe ser atendida por los actos de autoridad, pues, aun cuando se trata de una situación especial, todas las actuaciones que se desplieguen deben observar su acatamiento al orden jurídico.

Es decir, la cooperación para proponer medidas de prevención, disuasión, contención o neutralización de riesgos o amenazas para la seguridad nacional, debe ser subordinada al orden constitucional y a las disposiciones legales del sistema jurídico mexicano.

La participación activa de las fuerzas armadas en las acciones de seguridad nacional interior y su colaboración con las autoridades civiles para enfrentar el problema

de la delincuencia, ha llevado a que los márgenes que distinguen los límites de la seguridad pública con la seguridad nacional se vean disminuidos, pues tanto las corporaciones civiles como militares, al colaborar en el combate contra el crimen organizado, persiguen el mismo fin, que es garantizar el bienestar y la seguridad de la sociedad, así como el respeto y función de los órganos del Estado, haciendo que el interés para resolver el problema haya dejado de tratarse de manera regional y aislada dentro del territorio nacional, sino que, por la magnitud alcanzada, ha escalado a ser un problema de interés y prioridad nacional.

III. La Función Jurisdiccional

La función de abogados y jueces en los tiempos normales, podría decirse ordinarios, consiste en operar conforme a 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 son durante cierto tiempo universalmente admitidas y proporcionan modelos de problemas y solución a determinada comunidad política. Para eso se les entrena y en eso se hace consistir su experiencia y habilidad profesional⁵.

Cuando se considera una actualización a los mecanismos de seguridad nacional, también se debe atender a los propios de administración de justicia, pues se debe velar porque se establezcan criterios claros y bien sustentados, que favorezcan la labor de quienes atendemos la delicada tarea de administrar justicia.

⁵ *Ibidem.* p. 165.

Los juzgadores tenemos la responsabilidad de determinar y decidir en torno a los derechos que se encuentran en juego en las controversias que se elevan a nuestro conocimiento, dentro del marco de atribuciones, como piezas de una maquinaria de relojería, cumplimos una tarea –esencial–, satisfacer las necesidades de justicia que la nación demanda.

Como agentes activos del Estado, debemos evitar desbordamientos que confronten los valores que se ponderan en la búsqueda de satisfacer esa demanda.

Configurar la demanda social de justicia implica que el Estado debe ejercer sus facultades en materia de seguridad nacional, pero también debe proteger a los gobernados y permitir su pleno desarrollo con base en el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la norma suprema despliega su fuerza, tanto horizontal como verticalmente, reconociendo derechos, pero también imponiendo obligaciones y deberes tanto a los entes públicos como a los particulares en sus recíprocas relaciones; los derechos fundamentales no se limitan a actuar en las situaciones del individuo frente a los órganos e instituciones del Estado, sino que, como valores supremos que emergen de las aspiraciones del Constituyente, rigen para todo el sistema jurídico, informando también a los vínculos entre particulares, limitando la autonomía privada, al mismo tiempo que fungen como mandatos de actuación y deberes de tutela efectiva del Estado de Derecho.

De ello derivan dos conceptos imperativos en el Estado Constitucional: por un lado, la *solidaridad* que debe permear en el ánimo de los individuos y su situación frente a sus pares; y, por otro, el del *carácter subsidiario* del Estado, entendido como la función de éste

de reconocer y proteger los derechos fundamentales frente a los ataques del propio Estado o de otros particulares; en esto se basa la coexistencia de las actuaciones en materia de seguridad nacional y de la Protección de Derechos Fundamentales.

Es deber del Estado garantizar la seguridad nacional, –en ello justifica el despliegue de su fuerza–; pero también lo es la observancia de la ley, en atención a la protección de los derechos fundamentales, es decir, el respeto a las garantías de legalidad en aras de la dignidad de la persona como base para el ejercicio de los demás derechos.

La potestad coactiva del Estado debe ser proporcional al caso en que se aplique, observando los principios y garantías consagrados en el texto fundamental.

Existe un límite muy subjetivo que evita caer en la tentación de que en situaciones en que se perciba un riesgo en contra de la integridad, estabilidad y permanencia del Estado, por existir condiciones de profundo deterioro social, se violen los principios y garantías previstas por nuestro ordenamiento jurídico –y destacadamente en nuestra Constitución– pues de la afectación de nuestros derechos depende el anhelo de justicia; el límite al que me refiero es la esperanza de que la exigencia de justicia sea atendida mediante cauces institucionales de forma pronta y expedita, sin que ello implique actos de arbitrariedad de parte del Estado.

Para ello, y con la finalidad de no dejar parámetros de arbitrariedad en perjuicio de los derechos fundamentales, se vuelve conveniente la configuración de mecanismos para determinar con objetividad la existencia de una afectación a la seguridad nacional, es decir, los casos cuando sea necesario que la fuerza armada permanente colabore para solucionar la afectación a la seguridad interior.

IV. Los servicios de inteligencia

Mediante la actuación humana, es posible lograr el cambio de las instituciones y/o sistemas dentro de ciertos límites y en determinadas condiciones para que respondan de mejor manera a las finalidades que se les han asignado. El dilema no consiste en saber si es posible el cambio, o si es necesario someternos a una realidad fatalmente impuesta, sino dar forma a las acciones adecuadas que deben instrumentarse y, en consecuencia, adoptar las decisiones correctas para concretar los cambios a los que aspiramos⁶.

En la labor de garantizar la seguridad nacional, es esencial el servicio de inteligencia que desarrolla el Estado, toda vez que el uso de la inteligencia con fines estratégicos para el desarrollo nacional se convierte en un elemento que resulta clave en el fortalecimiento político y económico del país, por lo que sus propósitos y procedimientos deben permanecer bajo la permanente óptica del derecho.

La seguridad nacional requiere identificar los factores críticos que ponen en riesgo los acuerdos necesarios para la convivencia de los diversos ámbitos, áreas y proyectos que coexisten en el panorama nacional, ahí radica el valor de los servicios de inteligencia.

En ese sentido, Ana Aba Catoira ha señalado que:
Los servicios de inteligencia, si bien son necesarios para el cumplimiento de las funciones estatales, han de regularse de modo tal que sean funcionales y eficaces sin que por ello hayan de implicar una

⁶ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: “La complejidad de la simplificación del amparo. Reflexiones en torno a la estructura, alcance y contenido de la nueva Ley de Amparo” en *Ingeniería judicial y ...*, cit., p. 114.

violación de los derechos fundamentales, pues, aun cuando el secreto es un elemento del funcionamiento político, jamás podrá convertirse en la norma, teniendo asignado un papel relevante pero de excepción⁷.

Las actividades de los servicios de inteligencia, al tratarse de sistemas diseñados para obtener información, consideran su análisis, protección y uso como material efectivo para la toma de decisiones estratégicas del Estado, deben fundamentalmente justificar los casos en que sea necesaria esta labor, pues el respeto a las comunicaciones es una de las conquistas del Estado democrático. Por lo que el Estado, al poder hacer uso de cualquier método de recolección de información, debe ajustar sus acciones a los límites jurídicos determinados en la Constitución, observando las garantías individuales y sujetándose a la legalidad.

V. La medida de coexistencia entre la seguridad nacional y los derechos fundamentales

Es indispensable para la vigencia, permanencia y desarrollo del Estado de derecho, la promoción y difusión de la cultura jurídica al gran público. Cultura que no sólo está constituida por el conocimiento del contenido de las leyes sino, principalmente, por la comprensión de los principios humanistas que inspiran a las instituciones, sobre todo a aquellas encargadas de la protección de la libertad; de los valores individuales y comunitarios que pretenden promover o proteger nuestro orden jurídico concreto⁸.

⁷ ABA CATOIRA, A.: “El secreto del Estado...”, cit., p. 136.

⁸ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *Introducción al...*, cit., p. 12.

El equilibrio de convivencia entre la seguridad nacional y los derechos fundamentales solamente se puede sostener dentro de parámetros de eficacia y eficiencia, a partir de una base jurídica en donde el respeto a las leyes y sobre todo a la Constitución sea el que determine los límites y alcances de cada una.

Se debe atender a la esencia del constitucionalismo moderno que es la defensa de los derechos fundamentales y la limitación del poder a través de la consagración de éstos.

En palabras de Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, la Constitución no es un catálogo cerrado de intereses pasibles de tutela penal, sino que se debe verificar que la figura legal protege un bien jurídico suficientemente definido y en armonía con el sistema de valores constitucionales y controla la conformidad con los principios constitucionales de las técnicas de tutela adoptadas por el legislador para garantizar la salvaguarda de ese mismo bien⁹.

Por lo que, como acertadamente lo sostiene el jurista colombiano, Carlos Bernal Pulido:

En razón de los derechos fundamentales, el individuo se erige dentro de la comunidad y frente a ella como sujeto libre, autónomo, capaz de determinarse en lo público y lo privado y titular de ciertos intereses y necesidades cuya protección y satisfacción fundamenta la propia existencia de la comunidad política y del Estado¹⁰.

Por ello, las constituciones modernas se construyen a través de conceptos abiertos que, por un lado, permiten la posibilidad de actualizar, de modernizar, de evolucionar

⁹ FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Derecho Penal...*, cit., p. 24. Citado por NIÑO, L. F.: *El bien jurídico...*, cit., p. 33.

¹⁰ BERNAL PULIDO, C.: *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 52.

el texto fundamental al dinamismo social, que, de lo contrario, quedarían desfasadas.

En ese sentido, las disposiciones jurídicas, al ser actualizadas, deben ser congruentes con los principios constitucionales que identifican a nuestro país, para no caer en extremos que resulten lesivos para la armonía social como sería un Estado autoritario o su opuesto, una sociedad anárquica; incluso deben evitar generar una condición de incertidumbre o temor que represente un obstáculo a la estabilidad política, económica y social del Estado o, más aún, atenten en contra de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad.

Precisamente por integrarse de conceptos abiertos, los textos fundamentales de vanguardia permiten su interpretación a partir de una cantidad de contenidos, que mientras no alteren los fines, los valores y el texto expreso de la Constitución pueden irse adecuando a la luz de las necesidades políticas y sociales del país.

La adecuación de esos conceptos solamente será válida cuando la evolución constitucional guarde con especial atención la armonía de todo el sistema jurídico.

En el actual Estado de Derecho, se distinguen las disposiciones legales de las constitucionales en atención al particular carácter superior de ellas; la Constitución limita el poder y garantiza los derechos con un carácter constitutivo y regulativo de los valores y fines contemplados en ella, tanto en su parte dogmática como orgánica, y se consolida una práctica jurídica y política que permite afirmar que, en torno a la Constitución formal, se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad a que pertenece y, por consecuencia, desempeña su papel ante los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político y se consolida su esencia democrática.

Por lo que se vuelve medular que las funciones de seguridad pública y nacional contribuyan a la consolidación del Estado de Derecho, desplegando sus conductas dentro de las vías institucionales; es decir, actuando con respeto frente a los mecanismos de control establecidos. Ello se materializa tanto en la procuración como en la administración de justicia, lo que debe repercutir en el afianzamiento de la cultura de la legalidad, pues, además de desarrollar acciones operativas eficaces para la salvaguarda del bienestar social y del Estado, se deben conducir conforme a las previsiones que integran el ordenamiento jurídico y, en el caso de entrar en conflicto, determinarse a través de las vías previstas legal y constitucionalmente para ello; estas últimas son las que ocupan un grado especial, al hacer patentes los valores, principios y aspiraciones del constituyente, plasmados en nuestra norma fundamental, como coordenadas de la dirección que como nación queremos tomar.

En ese orden de ideas, se hace necesaria la defensa de la Constitución, la cual se forma de dos categorías:

1. La protección de la Constitución: que son los factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica incorporados a los textos constitucionales a fin de limitar el poder y equilibrar el funcionamiento de los poderes públicos.
2. Las garantías constitucionales: mediante instrumentos procesales cuya finalidad es reintegrar el orden constitucional cuando ha sido desconocido y violado por los órganos de poder.

De los que nuestro Código Fundamental, prevé los siguientes:

- a) El juicio político de los altos funcionarios (artículo 110),

- b) Las controversias constitucionales (artículo 105, fracción I),
- c) La acción abstracta de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II),
- d) El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97, párrafos segundo y tercero),
- e) El juicio de amparo (artículos 103 y 107),
- f) El juicio para la protección de los derechos político electorales (artículo 99, fracción V),
- g) El juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV); y,
- h) Los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman* (artículo 102, apartado B).

Así, podemos sostener que la supremacía constitucional es un medio de protección a la Constitución, y que los procesos constitucionales son formas de garantías constitucionales.

En ese sentido, son muy relevantes las relaciones que el Estado despliega hacia los particulares, pues a éste acude la sociedad para apelar a vías de pacificación de conflictos a través de los medios que prevén las leyes y la Constitución, por lo que esta última debe interpretarse de manera abierta, privilegiando la tolerancia y el respeto a la vigencia y a la efectividad de los derechos de todos.

Los órganos involucrados en la materia de seguridad nacional deben ser atentos a las exigencias sociales y a las disposiciones legales y constitucionales, desarrollándose a la par de su transformación histórica; por eso, cada reforma y cada cambio ameritan un análisis profundo por parte de los especialistas en la materia para continuar elevando la calidad de la justicia.

Actualmente, procurar y administrar justicia representan una tarea que toma matices particulares en una sociedad como la nuestra, que se encuentra lastimada por la inseguridad, pues hay un sentimiento de afectación de los bienes más importantes del individuo, lo que genera el temor de denunciar, propiciando una situación de desconfianza hacia las autoridades.

Por ello, las acciones de seguridad nacional en el ámbito interior deben atender, por un lado, el respeto y fortalecimiento de los derechos de quienes se encuentran bajo el supuesto de verse afectados en algún bien jurídico; y, paralelamente, que los mecanismos para su desempeño se rijan estrictamente por las facultades que prevén las normas jurídicas, lo que aplicado de manera integral es en beneficio de la sociedad; es decir, todo conforma una misma función: la efectiva protección de la persona humana.

La eficacia de las acciones de seguridad nacional y su respeto a la persona humana dependen también del fortalecimiento que se haga de los mecanismos de control jurisdiccional; en ese sentido, el Poder Judicial toma relevancia en un ámbito que es esencial en el Estado democrático, es decir, que las disposiciones que tiendan a regular los procedimientos y mecanismos normativos de seguridad nacional se mantengan coherentes con el sistema jurídico y no rompan con éste al pretender establecer actividades que lleguen a afectar la esfera de garantías del gobernado, con independencia de los órganos resolutores y de la materia de que conozcan, ya sea que se trate de aplicación legal o de un análisis de constitucionalidad.

Así, la función judicial, aunque autónoma e independiente entre cada una de las instancias que la integran tanto a nivel federal como local, es compartida;

de ahí que, como juzgadores de legalidad en los juicios ordinarios y apelaciones que se someten a nuestro conocimiento, sea trascendental el papel que desempeña el poder judicial tanto a nivel federal, como en el ámbito local.

En ese sentido ha sido establecido por el Máximo Tribunal, en la tesis de jurisprudencia P./J. 73/99, que más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones, pero es una facultad del poder judicial de la federación el ejercicio de las funciones materialmente jurisdiccionales¹¹.

Sin embargo, la alta encomienda de guardar la supremacía constitucional es una misión depositada en la Suprema Corte de Justicia de la Nación –Tribunal Constitucional del Estado Mexicano– y a los tribunales y juzgados federales, que conocen y resuelven los juicios de

¹¹ CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación. Ponente: Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, Jurisprudencia. Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Agosto de 1999 Tesis: P./J. 73/99 Página: 18.

amparo en todo el país. A través de los criterios emitidos por la Suprema Corte, se ha tenido como desafío, marcar las directrices e interpretación de las instituciones de derecho y de los mecanismos que garantizan el orden social.

Aunado a ello, la dirección trazada por el poder constituyente permanente ha sido en el sentido de beneficiar a los gobernados a través del fortalecimiento de los mecanismos de control constitucional; así, con las reformas al texto fundamental, de diciembre de 1994, se reestructuró el funcionamiento de las controversias constitucionales y se instauró de forma novedosa en nuestro país el mecanismo de control abstracto de la constitucionalidad.

Por lo que corresponde a las controversias constitucionales, si bien fue instituido como una vía de defensa entre poderes y órganos de poder, lo cierto es que su sentido final es lograr el bienestar de la persona humana, que se encuentra bajo el imperio de aquéllos, porque, en este mecanismo de control constitucional, se pueden analizar posibles violaciones al contenido de los preceptos constitucionales, independientemente de que se encuentren en su parte dogmática o, bien, en la parte orgánica; lo que significa que el control de la regularidad constitucional, incluye esencialmente el bienestar de la persona humana; asimismo, su finalidad es proteger al pueblo soberano y a sus integrantes, por lo que, en materia de vigilancia y control de las acciones que se emprendan para garantizar la seguridad nacional interior, resulta un mecanismo que aporta solidez el Estado de Derecho, al permitir que, mediante las controversias sometidas a este medio de control, se indique si los actos atienden a las disposiciones constitucionales.

Por otro lado, con las acciones de inconstitucionalidad, lo que se pretende es que la Suprema Corte de Justicia,

considerando el principio de supremacía constitucional, revise y determine si una norma que se impugna como inconstitucional es adecuada a los preceptos constitucionales; en ese sentido, se ha señalado por el Alto Tribunal que este medio de control se acciona con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía constitucional, es decir, debe realizarse un control abstracto de la constitucionalidad de la norma. En este medio de control constitucional, tratándose de la materia de seguridad nacional, es especialmente relevante la legitimación de los organismos defensores de los derechos humanos y de las minorías parlamentarias, pues, al definirse en esta materia sobre el ejercicio de derechos fundamentales, pueden los órganos legitimados solicitar la invalidez de la norma que estimen atenta en contra de orden jurídico cuando, en su criterio, haya alguna disposición contraria a un precepto consagrado en la Constitución Política Federal.

Aunado a lo anterior, destaca la tesis de jurisprudencia 1^a./J. 134/2005, que establece que la inconstitucionalidad de una ley surge de su contradicción con un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo cual no es válido argumentar que una norma es inconstitucional debido a que en una diversa ley existe una determinada omisión, pues en este caso no se confronta la ley impugnada con el texto de la Constitución Federal, sino con el de una diferente¹².

¹² LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR DE LA CONFRONTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y UNA LEY DIVERSA A LA IMPUGNADA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio firme de que la inconstitucionalidad de una ley surge de su contradicción con un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tal razón, no es válido argumentar que una norma es inconstitucional debido a que en una diversa ley existe una determinada omisión, pues en este caso no se

Así, atendiendo a la materia de seguridad nacional, se vuelve necesario que las acciones emprendidas para prevenir, disuadir, contener y desactivar riesgos y amenazas que pretendan vulnerar el territorio, la soberanía, las instituciones nacionales, la gobernabilidad democrática o el Estado de Derecho, se sujeten al estándar de constitucionalidad y a las interpretaciones que ha apuntado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Debemos plantearnos un nuevo escenario nacional donde la cultura de la legalidad prevalezca e impacte en beneficio de la armonía, la paz social y la efectiva función de la seguridad nacional, para que éstas tengan identificación en todos los planos de la sociedad e, individualmente, podamos acoplarlos en cada uno de los ámbitos que como personas y ciudadanos nos corresponde participar.

Así, en el contexto de las necesidades sociales, se debe atender las exigencias que la realidad nos demanda, conforme a los imperativos legales y constitucionales, porque el sano balance entre la seguridad nacional y sus modos de operar, frente a la protección y tutela de los Derechos Fundamentales, solamente nos puede llevar a la mejora de lo social.

Conclusión

La justicia se construye diariamente en cada asunto que la reclama; desde la denuncia y en cada pausa de reflexión que se dé a la resolución de los asuntos, en los pequeños detalles que constituyen la singularidad del caso, en cada pequeña batalla ganada contra la injusticia.

confronta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con el texto de la ley impugnada, sino con el de una diferente. Ponente: Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, Jurisprudencia. Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, Octubre de 2005 Tesis: 1a./J. 134/2005 Página: 406.

Por ello, con absoluto respeto tenemos que ver que la sociedad se encuentra sedienta de justicia, quebrantada por haberse vulnerado su bienestar y la tranquilidad de su entorno social, con el deseo de ver resueltos los problemas de inseguridad que como servidores cada día estamos viendo.

Actualmente pasamos por un momento en que la delincuencia simple y organizada se ha desbordado en diferentes ámbitos sociales y en distintos puntos del país; sin embargo, también veo que los entes públicos y la sociedad estamos buscando integrar una solución que resuelva este problema; el trazo de ese sendero solamente puede llegar a buen fin, si se tiene como guía la supremacía constitucional.

Además, nos corresponde procurar por un régimen en el que la protección de los derechos humanos no se agote en el ámbito interno, sino trabajar también para su desarrollo en el ámbito internacional. Considero que en la interpretación y configuración jurisprudencial de estos derechos se viene dando un fenómeno de acercamiento no sólo de las legislaciones y las definiciones, sino del conocimiento y el entendimiento de lo humano desde la perspectiva del Derecho.

Bibliografía

- ABA. CATOIRA, ANA: “El secreto del Estado y los servicios de inteligencia”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universidad de Valencia, Valencia España, 2002. pp. 235
- BERNAL PULIDO, CARLOS: *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, en Serie Temas Selectos

de Derecho Electoral 8, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México 2009. pp. 69.

- FIANDACA, GIOVANNI Y MUSCO, ENZO: *Derecho Penal. Parte General*, Temis Bogotá, 2007.
- GUDIÑO PELAYO, JOSÉ DE JESÚS: *Ingeniería Judicial y Reforma del Estado*, Editorial Laguna, México 2001.
- _____: *Introducción al Juicio de Amparo*, tercera edición. Noriega Editores, México 2003. pp. 519.
- _____: “Lo confuso del control difuso de la Constitución”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 3 Editorial Porrúa, México 2005. pp. 532
- NIÑO, LUIS FERNANDO: *El bien jurídico como referencia garantista*, Editores del Puerto, Argentina 2008. pp. 67.
- SEMANARIO Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, Agosto de 1999.
- SEMANARIO Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, Octubre de 2005.
- VON IHERING, RUDOLF: *La lucha por el derecho*, versión española, de Adolfo Posada y Biesca, Librerías de Victoriano Suárez, España, 1881. pp. 130.

SECCIÓN SEGUNDA

ARTÍCULOS

DOCTRINALES

Análisis real de la defensa penal pública y privada en la República de Chile y propuesta en perspectiva para México*

*Miguel Ángel Aguilar López
Miguel Ángel Velarde Ramírez
Rafael R. Cruz Ovalle*

RESUMEN: En el trabajo se realiza un estudio de la figura de la defensa penal pública, ya que es uno de los pilares en los que se sustenta la eficacia del sistema acusatorio de Chile, en el cual se instauró la Defensoría Penal Pública, encargada de proporcionar al imputado una defensa, para lo cual se le nombra un letrado, que desarrolla la defensa técnica. En este modelo acusatorio, para cumplir con la garantía constitucional de defensa debida, se cuenta con defensores penales públicos, servidores que pertenecen al Estado, y con defensores privados, que se proporcionan por medio de Corporaciones de Asistencia Judicial, lo que constituye el 70% del gremio, los cuales, obtienen un contrato

* El presente ensayo se realizó por el magistrado de Circuito Miguel Ángel Aguilar López y por los jueces de Distrito Miguel Ángel Velarde Ramírez (ahora Magistrado de Circuito) y Rafael R. Cruz Ovalle, como miembros del grupo uno “Defensa Penal”, en el marco del “Programa Comparativo de Sistemas Penales Acusatorios: Colombia, Chile, Estados Unidos y México”, realizado en Santiago de Chile, efectuado del 1 al 7 de agosto de 2010, auspiciado por la “Fletcher School” de la Universidad de Tufts en Boston, Massachussets, en convenio con el Consejo de la Judicatura Federal, bajo el liderazgo del extinto ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación José de Jesús Gudiño Pelayo, representante de dicho Alto Tribunal ante el Consejo de Coordinación para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en nuestro país.

por medio de licitaciones que realiza el mismo Estado. En la estructura de la defensa penal pública, encontramos un órgano trascendental, que se encarga de las funciones administrativas de la defensa y es denominado Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública, encargado de distribuir los fondos, la autonomía que tiene esta institución, que es lo que le da legitimidad a la figura de la defensa penal pública frente a la ciudadanía.

SUMARIO: I. Introducción. II. La defensa. III. El defensor penal público. IV. La Defensoría Nacional, Regional y Local. V. Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública. VI. Composición y funcionamiento del Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública. VII. Atribuciones del Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública. VIII. Propuesta para la defensa en México. IX. Conclusiones. X. Bibliohemerografía.

I. Introducción

Antecedente. La experiencia vivida en Chile, como parte del programa comparativo de sistemas penales acusatorios de Colombia, Chile, Estados Unidos y México, nos permitió conocer que, durante la vigencia del sistema inquisitivo chileno, una de las patologías del sistema penal era lo relativo a la defensa del imputado, porque mientras que el Estado, con todo el aparato, estructura, recursos y fuerza realizaba funciones de investigador, acusador y juzgador, el presunto responsable de un delito no contaba con medios para procurarse una adecuada defensa, lo que generaba la inexistencia de esa posibilidad en el proceso penal y, por lo tanto, no existía igualdad de armas.

Consciente del contexto en el que se desarrollaba el sistema penal, bajo esas circunstancias, el legislador chileno implementó un nuevo sistema procesal (*el acusatorio*), ante la necesidad de garantizar que el imputado interviera en el proceso iniciado en su contra, con el fin de poner de manifiesto la falta de fundamento de la pretensión punitiva del Estado o la existencia de alguna excluyente o atenuante que denotara el ejercicio de un derecho de defensa constitucionalmente conferido; creó un órgano, la Defensoría Penal Pública, cuyo propósito sería el conceder al imputado la posibilidad de proporcionarle defensa técnica. En la *Defensa pública penal* prevalece un sistema mixto. El 70% son defensores licitados que pertenecen a un corporativo o empresa, a quienes les son adjudicados los concursos, mismos que obtienen prestaciones menores, en relación con los defensores públicos que constituyen el 30% y son funcionarios del Estado.

Derivado de las altas exigencias de respeto a la *garantía de la defensa* que imponen los nuevos procedimientos penales chilenos, con el hecho de incorporar abogados particulares a la prestación del servicio por medio de las *modalidades de licitación y de convenios*, se hizo necesario reconocer la existencia de un nuevo *Sistema de Defensa Penal Pública*.

En la República de Chile, la defensa se proporciona de dos maneras:

- a) a través de la Defensoría Penal Pública, un órgano del Estado integrado por funcionarios públicos que son designados ex profeso para proporcionar defensa legal a los imputados de manera gratuita, siempre que el inculpado no pueda o no tenga recursos económicos.
- b) por instituciones licitadas y abogados particulares

(*defensa licitada*) que se contratan por parte del Estado (*Defensoría Penal Pública*) para brindar el servicio de defensa a quien le sea necesario.

Son varios los componentes de la Defensoría Penal Pública, –abogados particulares, entidades privadas, posibles Corporaciones de Asistencia Judicial–, organizados persiguiendo un único objetivo la prestación de la defensa penal a todos los imputados que lo necesiten, a efecto de brindar una defensa adecuada o debida, lo que garantiza el respeto de los derechos fundamentales, contenidos en la Carta Fundamental y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos. El sistema se compone del nuevo organismo, denominado Defensoría Penal Pública, que, a su vez, está integrado por: Defensoría Nacional, Defensorías regionales y locales, y otros tantos funcionarios, que otorgan el servicio a través de los defensores locales, abogados contratados directamente para su prestación; todos ellos conforman lo que se puede denominar para efectos didácticos el *subsistema público*.

Pero también está integrado por todos aquellos abogados y entidades externas, generalmente privadas, que prestan la defensa de imputados que carecen de abogado propio, con cargo a fondos públicos, constituyendo lo que se denomina el *subsistema privado*.

Por encima de ambos subsistemas, se encuentra el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública, que es el organismo superior que debe distribuir los fondos entre los dos subsistemas e, indirectamente, vigilar el adecuado funcionamiento de todo el sistema.

Una cuestión de estructura práctica es que un sólo defensor adscrito a un juzgado o tribunal debe tener la capacidad de atender a todos los detenidos. Con la nueva imagen del sistema, la sociedad exige y critica al

defensor, aunado a la transparencia de los procesos y la incorruptibilidad¹ de sus funcionarios. Los defensores son evaluados por inspectores. Los públicos obtienen un ingreso aproximado de 3000 a 4000 dólares americanos mensuales, mientras que los licitados obtienen un ingreso de entre 1200 a 1500, por lo cual estos últimos aspiran ser defensores públicos. También existen defensores privados para imputados con capacidad económica, pero no se les exige la obligación de colegiación. La defensa pública es gratuita y, en casos excepcionales, genera un costo, sólo cuando el imputado tiene capacidad económica de pago, según se consigna en el artículo 2º de la Ley sobre Defensoría Penal Pública.

El servicio de defensa generalmente es gratuito; sin embargo, como puede prestarse a personas que cuenten con suficientes recursos económicos, la excepción es, precisamente, que éstos hagan pago de los servicios recibidos, esto se encuentra legalmente reglamentado y para llevar a cabo la remuneración se toma en cuenta, de acuerdo a la ley, el nivel de ingresos del imputado, la capacidad de pago que tenga y el número de dependientes económicos de aquél.

Es importante destacar que, cuando en algún caso procediere hacer cobro por la prestación del servicio de defensa penal, se debe informar de ello al imputado desde que se tenga el primer contacto con él para el inicio de

¹ En la Primera Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual cuenta en la actualidad con 147 signatarios y 93 ratificados. En los resultados del índice de percepción de la corrupción 2009 en América. Transparencia Internacional, en el ranking de país, Chile se encuentra situado en el número veinticinco, con una puntuación del IPC de 6.7, en comparación del número uno, que es Nueva Zelanda, que tiene una puntuación del IPC de 9.4; el último sitio, lugar ciento ochenta, lo ocupa Somalia, con una puntuación de 1.1; las comparaciones nos permiten observar que las notas del sistema penal chileno son aprobatorias, y que tiene uno de los mejores puestos en América Latina. En estos parámetros, México ocupa el lugar número 89, con una puntuación de 3.3.

las gestiones correspondientes, entregándole copia del arancel y modalidades del pago pactado.

La defensa penal pública no tiene por objeto coadyuvar con el juez. Busca plantear la mejor defensa del imputado, para conseguir su absolución; sin embargo, reconoce, cuando la evidencia es contundente en contra de su defendido, que trata de obtener una negociación o el mayor beneficio. No obstante, sigue un Código de Ética, que se cumple a cabalidad, no aporta al juicio pruebas ilegales o falsas.

II. La defensa

La institución de la defensa surge en consecuencia natural de una ofensa, en una acepción común; sin embargo, para el estudio que nos ocupa, la definición que nos proporciona claridad es la de carácter procesal:

Por lo tanto, la defensa en el ámbito del proceso penal, de acuerdo a lo que hemos dicho, sólo puede referirse a la actividad procesal que desarrolla una persona como reacción ante el inicio de la persecución penal que actualmente se encuentra a cargo de agentes estatales. Por eso es que el derecho de defensa en esta clase de juicios, se identifica con el particular perseguido, con el imputado, con sus posibilidades de actuación para evitar la condena².

La defensa, en el ámbito procesal, es la posibilidad de responder al acto de inicio de la persecución penal, la cual es reconocida en la gran mayoría de ordenamientos modernos, algunos con mayor o menor formulación técnica de implementación que otros, lo que como requisito se exige para validar la constitución del proceso, máxime cuando el requerimiento proviene de un sistema de corte adversarial como es el chileno.

² CAROCA PÉREZ, Á.: *La defensa penal pública*, cit., p. 45.

En este orden de ideas el derecho de defensa:

Comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier otra circunstancia que la excluya o atenúe³.

En consecuencia, el derecho de defensa contiene las siguientes potestades:

- Facultad de ser oído (conocer la imputación para contravenirla).
- Facultad de probar los hechos que se invocan para excluir o atenuar la reacción penal.
- Facultad de probar los hechos que se invocan para excluir o atenuar la reacción.
- Valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder estatal.
- Derecho a la asistencia letrada (autodefensa)⁴. Es la que realiza el propio imputado actuando personalmente, caso en el que se da origen a la autodefensa, defensa personal o defensa privada.
- Derecho a guardar silencio.

La figura de la defensa penal posee autonomía e independencia, la cual se observa de la siguiente forma:

Autonomía técnica. En el proceso penal debe haber contrapartes. Una regla es que el imputado puede elegir

³ MAIER, J.B.J. Y VÁZQUEZ ROSSI, J.: *Reforma de justicia penal en la República de Chile 2010*, s/e, p. 61.

⁴ Cfr., VÉLEZ MARICONDE, A. Y HORVITZ LENNON, M.I.: *Reforma de justicia penal en la República de Chile 2010*, s/e, p. 29.

defensor de confianza, si no tiene recursos, no quiere nombrar o desconoce ese derecho, la defensa pública lo asesora. Incluso puede nombrarle un defensor privado.

La defensa se entiende *activa* (no pasiva), por lo que los abogados tienen libertad para contratar periciales para afirmar su *Teoría del Caso*.

Se tendría un gran benéfico jurídico y práctico si existiera un solo Código Penal y Procesal para el Estado Nacional. Al no ser de esa forma, cada defensor regional tiene su infraestructura y autonomía.

Una característica de la autonomía en el sistema de defensa, es que se pondera la confianza entre el defensor y el imputado. *Por ley gozan de autonomía en su ejercicio*. Se tiene prohibición de dar instrucciones (por los superiores) o defensores.

Se entiende el rol de la defensa como auxiliar y colaborador de la justicia dentro de la lógica con el imputado, que es su fin, y no con los demás actores. Se desarrolla un sistema de mejora continua de calidad de defensa, con el conjunto de revisores o auditorias.

1. La defensa material

La integración de la defensa material se compone de los siguientes derechos:

- a) Derechos de información, los cuales se constituyen de la siguiente forma:
 - El derecho a ser imputado sobre los hechos que se le imputan.
 - El motivo de la privación de la libertad.
 - La información de derechos.
 - El contenido de la investigación.
- b) Derechos de intervención en el procedimiento, los cuales se integran así:
 - Solicitar diligencias.

- Declaración como medio de defensa.
 - La activación de la investigación.
 - Solicitar el sobreseimiento.
- c) Derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento compuesto por los siguientes:
- A guardar silencio.
 - No ser sometido a tortura ni a otros malos tratamientos, o métodos prohibidos.
 - A no ser juzgado en ausencia.
 - Prohibición de exceder el contenido de la acusación.
 - Finalmente, la prohibición de reforma en perjuicio.

2. La defensa técnica

Se ha mencionado que el aspecto de la defensa, como garantía de la intervención en el proceso, asegura que ella se puede realizar directamente por la parte –*autodefensa o defensa personal*– o a través de un profesional jurídico, que da lugar a la denominada *defensa técnica*, cuya importancia es creciente en los procedimientos de todo orden, incluyendo los de carácter penal.

En el proceso penal, en realidad la defensa técnica constituye una exigencia indispensable para que el imputado pueda actuar con eficacia, por diversas razones:

- a) La complejidad de los nuevos procedimientos, derivada del nivel técnico jurídico con el que el legislador elabora las leyes, al emplear un metalenguaje, en expresiones, conceptos y

términos, que por el nivel de abstracción cognitivo, deja fuera de la capacidad de comprensión de personas que no son especializadas en la profesión jurídica. Lo que se agrava más cuando las personas que son imputadas provienen de niveles económicos bajos y con poca educación. Por lo tanto, el debate en las audiencias orales se hace prácticamente imposible frente al fiscal y al juez, que son siempre abogados. En consecuencia, se requiere la designación de un letrado para establecer la igualdad de armas en el proceso.

- b) Otra razón más para que la designación de un defensor sea obligatoria es que un imputado, cuando está sujeto a un proceso penal, pierde la calma, la serenidad y la objetividad, ante la perspectiva de sufrir la aplicación de una pena, por lo que, a pesar de que sea un profesional del derecho, es imperativo y necesario que nombre a un letrado que se haga cargo de su defensa⁵.
- c) En el aspecto normativo, se reconoce, desde uno de sus primeros conceptos, que: “*el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra*” (artículo 8º, inciso 1, del Código Penal Chileno), hasta la ejecución completa de la sentencia (artículo 102, inciso 1, del Código de Procedimiento Penal), que se constituyen en los momentos entre los cuales, en general, se extienden las garantías en los procesos penales (artículo 7º, inciso 1, del Código de Procedimiento Penal).

⁵ Cfr., CAROCA PÉREZ, Á.: *op. cit.*, pp. 100-101.

- d) Como elemento de garantía del imputado, está el derecho a “*ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación*” (artículo 93, letra b, del Código de Procedimiento Penal). En cuanto a los efectos del inculpado de este deber, en el Código Procesal Penal se prescribe que: “*la ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exige expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma*” (artículo 103 del Código de Procedimiento Penal), por lo que ésta es la acción que en general trae consigo la infracción a cualquier garantía constitucional.

En consonancia de la premisas vertidas, podríamos establecer que el derecho a disponer de un defensor técnico en los procesos de orden penal, por su amplio contenido, es un derecho complejo, donde se nombra un defensor de confianza como elemento inherente a cualquier proceso penal de corte garantista.

3. El defensor de confianza

El asumir la defensa de un imputado constituye siempre una gran responsabilidad, un encargo profesional que le hace depositario de sus esperanzas de obtener un resultado favorable, razón por la que es denominado defensor de confianza⁶.

La normatividad pone el acento en su completa libertad para seleccionar su defensor o letrado, desde el momento en que el precepto se titula “*Derecho a designar libremente a un defensor*,” lo que se confirma en el precepto (artículo 102, inciso 1, del Código de Procedimiento Penal), en los siguientes términos: “*desde la primera actuación del procedimiento hasta la completa ejecución de la sentencia*

⁶ *Ibidem*, p. 102.

que se dictare". Téngase en cuenta que esta regla se refiere al derecho de los imputados a nominar un defensor del que puede o no hacer uso. En un momento determinado, para asegurar *el debido proceso*, el legislador impone la obligación de designar un letrado, antes de la realización de la primera audiencia a que fuera citado el imputado.

4. La defensa como garantía constitutiva del debido proceso

En tratándose de una facultad o posibilidad de actuación de un sujeto, se ha impuesto naturalmente la consideración de derecho (subjetivo), de modo que generalizadamente así se lo considera y denomina (*derecho de defensa*). Se trata de una primera y esencial perspectiva subjetiva del instituto, que es naturalmente la primera que ha prevalecido en la interpretación constitucional⁷.

En otra óptica y en consonancia con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que se predica en la doctrina constitucional y en la teoría general del derecho, de acuerdo con la doctrina alemana, los derechos fundamentales se configuran desde una doble perspectiva como derechos subjetivos de los ciudadanos y como garantías del derecho objetivo; se ha dicho que, desde esta vertiente objetiva, los derechos fundamentales recogen *un valor asumido en el sistema de una comunidad*, lo que es aplicable a la garantía de defensa.

Debe tenerse presente que este derecho constituye una de las garantías constitucionales del sistema procesal que la Constitución chilena reconoce directamente, en una norma específica, como el derecho de defensa. El problema parece complejo en virtud de que de una primera lectura se reduce a la defensa técnica. No obstante es indudable

⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 47-48.

concluir que constituye una de las garantías específicas reconocidas expresamente en la Constitución, para evitar cualquier duda sobre su vigencia y su amplio contenido⁸.

En este tenor, el reconocimiento aparece efectuado en el artículo 19, No 3, inciso 2, de la Constitución chilena, en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señala y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos⁹.

III. El defensor penal público

Una vez que se establece el deber del imputado de designar a su defensor técnico de confianza, que el Código Procesal Penal sitúa antes de la primera audiencia judicial (artículo 102, inciso 1), el legislador debe disponer los mecanismos necesarios para que, si el imputado no da cumplimiento a esta obligación, sea compelido para hacerlo.

En este tenor, debe tomarse en cuenta que se trata de hacer efectiva la obligación de que el imputado cuente con un letrado que lo asista técnicamente a lo largo de todo el proceso penal, aun contra su propia voluntad, como exigencia objetiva de la garantía de defensa, que persigue establecer la necesidad de igualdad entre las partes frente a la complejidad de los procedimientos penales

⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 51.

⁹ Constitución Política de la República de Chile de 1980.

actuales, siendo, por ende, necesaria para constituir debido proceso. Un principio no tiene nada que ver con las razones por las que el imputado se niega a designar a su defensor de confianza, aunque, generalmente, serán de carácter económico¹⁰.

El defensor que es nombrado ante la negativa del imputado a ejercer ese derecho, en la doctrina española se le denominó *de oficio*, acepción que paulatinamente ha ido perdiendo campo ante la conceptualización de *defensor penal público*, que tiene su origen en la doctrina anglosajona, en la medida que se ha ido imponiendo como un deber del Estado, desde que éste asumió el monopolio del ejercicio de la jurisdicción en materia penal y, sobre todo, la protección de las garantías de orden procesal.

La necesidad del Estado de contar con los mecanismos necesarios para satisfacer estas exigencias se ha vuelto compleja a medida que ha ido aumentando drásticamente la población, el número de procesos penales y consecuentemente de imputados que requieren de un letrado proporcionado por el poder público. En términos reales, el sistema de defensa penal de Chile, en datos cuantitativos, señala que, contando a los defensores públicos y licitados, hay 145 defensores y 360 licitados (los que económicamente permite el presupuesto). Se pretende acercar a la carga ideal.

La figura del defensor penal público es trascendental en el proceso penal, por ello es importante mencionar el momento desde el que procede la designación del funcionario, así como de las facultades del mismo.

En este orden de ideas, el defensor penal público puede nombrarse desde el momento en que inicia la persecución penal, como se hace con el defensor de confianza.

¹⁰ Cfr. CAROCA PÉREZ, Á.: *op. cit.*, p. 107.

En el nuevo régimen penal chileno, será suficiente, para que proceda la nominación del defensor penal público, la constatación de que el imputado no haya hecho uso de su derecho de contar con abogado de su confianza, después del inicio de la persecución penal pública. Así se desprende de los términos que emplea el mismo artículo 102, inciso 1, del Código de Procedimiento Penal, en orden a que es suficiente que el Ministerio Público constate que “*no lo tuviere*”, refiriéndose al defensor de confianza, para que deba solicitar que se le designe un abogado del sistema público, misma obligación que recae sobre el juez correspondiente.

Es suficiente con constatar que el imputado no cuenta con un defensor de confianza en cualquier momento del procedimiento para que cualquier autoridad del sistema de justicia criminal pueda requerir el nombramiento de un defensor penal público, destacando que no es cierto que esta designación se pueda posponer para actuaciones posteriores. En esta lógica, el nombramiento del defensor de confianza o penal público es un requisito para cumplir con el principio del debido proceso, además en congruencia con el sentido se dispone que el imputado sólo puede prestar declaraciones ante policía sobre los hechos investigados, si dispone de un defensor letrado.

Después de la primera audiencia judicial, la verdad es que la asistencia de un abogado, de confianza o público, es una condición para el desarrollo de un proceso válido. Debe estar presente e intervenir en todas las actuaciones del proceso, salvo en aquellas que sean reservadas por la ley al imputado en persona.

El legislador ha previsto que, por la trascendencia de algunos trámites y actuaciones, intervenga directamente el defensor y, cuando el de confianza no pueda por cualquier motivo, se ha subrayado la obligación de designar de inmediato a un defensor penal público. *Vgr.*,

en la audiencia de preparación del juicio oral, que dispone: *si no compareciere el defensor, el tribunal declarará el abandono de la defensa, designará un defensor de oficio al imputado y dispondrá la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de 5 días a objeto de permitir que el defensor se interiorice del caso* (artículo 269, inciso 2, del Código de Procedimiento Penal).

Las atribuciones y facultades de que se encuentra investido el defensor penal público son, en términos de ley, iguales a las concedidas al abogado en general, y que son las mismas que posee el abogado de confianza. Es claro que no existe diferencia entre las facultades del defensor penal público y el defensor de confianza, por lo que la única diferencia que existe es el origen de su nombramiento y su remuneración, ya que esta última será a cargo del Estado, sin perjuicio del copago que se le exigirá al beneficiario que tenga recursos económicos suficientes para pagar el servicio recibido.

1. El defensor gratuito

Es necesario no confundir a la institución de la defensa de oficio con la *defensa gratuita*, ya que la primera opera como un mecanismo supletorio de designación de defensores técnicos cuando por cualquier causa es designado oficiosamente. Muy distinto es el presupuesto para la nominación de *defensor gratuito*, como se comentará en este apartado.

Un aspecto de la defensa técnica, como componente de la garantía de la defensa, se concreta en el derecho de la parte que carece de medios económicos a contar, siempre que lo necesite, con un defensor técnico, lo que se traduce en el *derecho a la asistencia judicial gratuita o al defensor gratuito*¹¹.

¹¹ Cfr. *Ibidem*, p. 111.

La denominada asistencia jurídica gratuita no se limita únicamente al proceso penal, ni tampoco a una sola de sus partes. Entre la defensa penal pública y la asistencia gratuita, existe una distinción en cuanto a la naturaleza jurídica; la primera es un mecanismo para proveer de defensa letrada al inculpado en un proceso penal y su fundamento es evitar que pueda llevarse a efecto sin que esta parte pueda desarrollar debidamente las alegaciones y pruebas en beneficio de sus intereses, condición indispensable para que pueda tener lugar un justo o debido proceso; mientras que la *asistencia jurídica gratuita* es un mecanismo para proporcionar asistencia jurídica –un concepto mucho más amplio, ya que incluye asesoría extrajudicial y toda clase de consejos legales, que puede también comprender, aunque no se agota en ella, defensa letrada–, a la persona que carece de recursos para obtenerla por sí misma y su justificación es el deber de asistencia social que corre a cargo del Estado¹².

El derecho a la *asistencia jurídica gratuita* se encuentra consagrado en la Carta Fundamental, en el precepto que establece: *la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos*¹³.

No obstante, de la transcripción del precepto constitucional aludido, existen varias posturas sobre su interpretación, las cuales consideran que de la letra de la norma no se desprende el reconocimiento del derecho a la defensa gratuita, sino que a la sola defensa penal pública, en el evento que las partes *no puedan procurárselas por sí mismas*, por razones económicas o por cualquier otra causa.

¹² Cfr. *Ibídem*, p. 112.

¹³ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, No. 3, inciso 3.

Sin embargo, las instituciones en estudio suelen confundirse, por la razón de que, cuando se trata de una persona carente de recursos, que es imputada o acusada en el proceso penal, tiene derecho a un defensor penal público y además gratuito, es decir, concurren ambas figuras de forma simultánea, lo que ocurre con mucha frecuencia.

Para cumplir con las exigencias de la defensa gratuita, en términos prácticos, se hacen cargo los consultores gratuitos, a través de la ley número 17.995, de 1985, se crearon las Corporaciones de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana de Santiago de Chile, de la Región de Valparaíso y del Bío-Bío. Posteriormente, la ley número 18.632 creó la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Taparacá y Ataca. De acuerdo con la primera ley que señala en su artículo 2º:

Su finalidad será prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos. Además, proporcionará los medios para efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión a los postulados a obtener el título de abogado.

Estas Corporaciones de Asistencia Judicial hasta ahora siguen teniendo como principal tarea la de permitir la práctica profesional gratuita de los postulantes al título de abogado, quienes se constituyen en la mano de obra con la que cuentan preferentemente tales instituciones. Hasta hace poco tiempo, disponía de escasos abogados, con remuneraciones muy bajas, de modo que el grueso de la labor de asistencia jurídica y defensa judicial descansaba en tales postulantes, bajo la supervisión de los profesionales¹⁴.

Las corporaciones en mención deben atender una gran gama de asuntos y materias, por lo que no destinaban la

¹⁴ Cfr. CAROCA PÉREZ, Á.: *op. cit.*, pp. 130 a 131.

mayor parte de su cobertura a la defensa de las personas que lo precisaran en los diferentes procesos, sino que lo hacen en un 87% a consultas y atenciones extrajudiciales y sólo en un 13% a la tramitación de causas judiciales, en toda clase de materias.¹⁵

En todo caso, la diferencia entre ambas instituciones queda patente porque en el Código Procesal Penal no existe ninguna disposición que se refiera a la asistencia jurídica gratuita, mientras que se contienen algunas respecto a la defensa penal pública.

IV. La Defensoría Nacional, Regional y Local

Entre los organismos trascendentes en la estructura de la Defensoría Penal Pública está la Defensoría Nacional, Defensorías Regionales y Defensorías Locales, así como unidades administrativas, un Consejo de Licitaciones y el Comité de Adjudicación Regional.

La Defensoría Nacional es el órgano encargado del manejo de los recursos necesarios para poder estar en condiciones de prestar el servicio de defensa a todo el país.

El Defensor Nacional es el funcionario de mayor jerarquía en el organigrama de la Defensoría Penal Pública, de la exclusiva confianza del Presidente de la República, que para ser nombrado debe satisfacer los siguientes requisitos:

- a) Ser ciudadano con derecho al voto.
- b) Tener título de abogado por lo menos de diez años previos a su designación.
- c) No tener alguna incapacidad o incompatibilidad para ingresar a la administración pública.

¹⁵ Según estadísticas al año de 1995 (VARGAS VIANCOS, J. E. y CORREA SUTIL, J., *Diagnóstico del sistema judicial chileno*, Corporación de Promoción Universitaria, 1995).

El Defensor Nacional tiene atribuciones establecidas en la ley, esencialmente administrativas, entre las que destacan por su importancia:

1. Fijar los criterios de actuación de la Defensoría en búsqueda del logro de los objetivos de la defensoría.
2. Fijar, con carácter general, los lineamientos técnicos que deben satisfacerse en el proceso penal; es de trascendencia destacar que, en uso de esta atribución, el Defensor Nacional no podrá girar instrucciones u órdenes o realizar actuaciones en casos particulares.
3. Contratar personas individuales o colectivas como consultores externos para el diseño y ejecución de procesos de evolución de la defensoría.
4. Aprobar los programas destinados a la capacitación y perfeccionamiento del personal.

El Consejo de Licitaciones es un cuerpo colegiado al que la ley y el Estado han encomendado llevar a cabo la licitación de asuntos competencia de los defensores para que el servicio lo presten abogados independientes o empresas jurídicas a fin de no hacer nugatorio el derecho de defensa y hacer eficiente el servicio.

Dicho Consejo se estructurará en términos de lo previsto por la ley de Defensoría Pública Penal en su artículo 12; un rasgo distintivo de la actividad del Consejo es que por ningún motivo podrá intervenir o sugerir directa o indirectamente los criterios específicos de prestación del servicio de la defensa penal pública.

Los comités de Adjudicación Regionales son órganos que realizan los procedimientos de licitación a nivel regional.

En entrevista con el Licenciado Alejandro Viada (*Jefe de la Defensoría Pública Regional en Santiago*), nos

manifestó que aproximadamente el setenta por ciento de los abogados que laboran para la defensoría pública penal son privados, sus actividades respectivas las realizan en su oficina particular y funcionan a través de licitaciones, es decir, que la defensoría pública emite una licitación de ciertos asuntos para que aquellos abogados particulares que quieran participar hagan su propuesta y se sometan a los costos que allí se establecen, esto es, al monto que ahí se determina se puede pagar.

Señaló que existen algunas bases para la licitación de los asuntos y que se toman en cuenta para designar a la persona o empresa que deba ser contratada: su antigüedad como abogado, su experiencia profesional, las recomendaciones que tuviese; se hace un examen sobre su conducta ética y se realiza un puntaje para medir sus factores de desempeño atendiendo números de causas; finalmente, se define la licitación considerando todos esos aspectos, de acuerdo con un parámetro del cincuenta por ciento atendiendo a la cuestión económica y el otro cincuenta por ciento a la cuestión técnica.

También expresó que ninguna empresa ha llevado más asuntos que los licitados y que a cada uno de estos asuntos se le adjudica un valor determinado, así que también hay un número tope de causas licitadas; en caso de que exista una demanda mayor, la defensoría pública asume esa labor.

Expuso que no hay un parámetro para precisar el valor de cada causa; por lo regular, se paga por jornada de trabajo y esto siempre depende del presupuesto licitado; existen algunos estándares para medir la calidad del servicio que prestan los abogados particulares que adquieren la licitación; de ninguna manera se valora por la cantidad de absoluciones, sino por el cumplimiento de otros aspectos que tienen que ver con una defensa, como

son: la obligación de estar en constante comunicación con su defenso, de manejarse con dignidad y proporcionarle la información adecuada; visitar a cada imputado cuando menos cada quince días y estar atento a su situación particular; si no cumple con los estándares establecidos, puede ser sancionado con una amonestación, cancelación o suspensión del cargo.

Agregó que otros estándares para medir la calidad del servicio son la conducta del abogado, su entrevista con jueces e imputados, así como su asistencia a las audiencias respectivas, pero predominantemente el rol con el imputado, ya que es la esencia del sistema; también señaló que hay un grupo de inspectores de la Defensoría Pública Penal encargados de estar evaluando a los defensores sobre la actividad que desarrollan los abogados particulares y que, en caso de encontrar alguna irregularidad, informan al defensor regional. Además destacó que, si se encuentra irregularidad en alguna empresa de abogados que haya ganado la licitación, ya no se renueva el contrato.

Asimismo, manifestó que los abogados particulares que laboran en la Defensoría Pública no necesariamente tienen que ser colegiados, por lo regular ganan entre mil y mil quinientos dólares mensuales. También precisó que los defensores institucionales tienen un sistema de contrato por un año; regularmente termina el treinta y uno de diciembre de cada anuario y se renueva cada año de manera automática, pero de ninguna manera hay estabilidad permanente, ya que puede suceder que se decida no renovarlo por existir queja en su contra; los defensores, por lo regular, tienen quince días de vacaciones y seis días administrativos cada seis meses, pudiéndose acumular las vacaciones, pero no los días administrativos.

En relación con la institución de Defensoría Penal Pública, llama la atención que dentro de su estructura orgánica existan los llamados Defensores Regionales y los Locales. Los primeros son los designados por el Defensor Nacional, previo concurso de oposición de antecedentes, duran cinco años en su encargo y podrán ser designados nuevamente a través de un concurso público cada vez que se postulen para un nuevo periodo. Los segundos son abogados contratados que proporcionan la defensa a los imputados que carecen de abogados en la primera actuación del procedimiento o antes de la celebración de la primera audiencia a la que tenga que comparecer aquél; intervienen siempre que al imputado le falte defensor por cualquier causa durante el procedimiento; y permanecerán en la defensa hasta que la acepte el defensor designado por el imputado o el tribunal autorice a éste a defenderse por sí. Los últimos funcionarios a que se ha hecho referencia son nombrados por concurso público, pero pueden ejercer libremente la profesión de abogado salvo en materia penal sólo cuando se trate de causa propia o de su cónyuge.

Los requisitos a satisfacer para ser Defensor Regional o Local, son idénticos a los exigidos para ser Defensor Nacional, a excepción del tiempo de experiencia; cinco años para el Regional y para ejercer el cargo de Defensor Local bastará sólo con poseer título de abogado.

Los Defensores Penales Públicos son sometidos a un estricto control en cuanto a su eficiencia, constantemente están sujetos a evaluaciones e inspecciones que tienen por objeto comprobar que el servicio de defensa se presta de manera eficiente y eficaz; para ello, es de suma importancia la entrevista que pueda tenerse con los imputados y con los jueces que llevan los procedimientos en que los defensores han intervenido e, incluso, el asistir

a las actuaciones en las que los defensores participen y reunir todos los elementos y datos que permitan formarse una impresión clara de las actividades que el defensor realiza; ello con el propósito de rendir un informe al Defensor Regional.

También se practican actividades externas, de manera aleatoria, por empresas independientes, por contrato con la Defensoría Penal Pública, que buscan controlar la actividad del servicio de acuerdo con los estándares fijados por el Defensor Nacional.

En estas actuaciones se requerirá al abogado que participa en la defensa informes, datos, notas personales o de trabajo que se consideren necesarios para efecto de su evaluación, los que por ningún motivo podrá negarse a proporcionar, pues todo ello será elemento indispensable para arribar al conocimiento de si se está prestando o no un eficiente servicio.

Existe otra forma de ejercer el control sobre la prestación del servicio que brindan los defensores: a través de las reclamaciones que pueden realizar los destinatarios de la defensa penal pública; para tal fin se encuentra en la ley establecido el procedimiento correspondiente.

Dicho procedimiento se inicia con la reclamación que puede presentarse ante la Defensoría Nacional, Regional o Local, indistintamente. Ante quien se formulen deberá remitir inmediatamente las reclamaciones que recibieren de la Defensoría Regional respectiva.

Una vez que en la Defensoría Regional se tiene la reclamación, se hará del conocimiento del defensor local o abogado que ejerza o hubiere ejercido la defensa reclamada, quien deberá rendir un informe dentro del plazo de cinco días. Si el abogado perteneciere a una persona jurídica, se enviará a ésta copia de los antecedentes. Si fuere necesario, la Defensoría Regional adoptará de inmediato

medidas para asegurar la debida defensa del afectado (*nombramiento de defensor sustituto*).

Recibido el informe o vencido el plazo para su presentación, el Defensor Regional elevará los antecedentes al Consejo o se pronunciará sobre la reclamación dentro del plazo de diez días, según corresponda. La resolución del Defensor Regional es susceptible de combatirse en apelación ante el Defensor Nacional dentro de cinco días, contados desde que se le notifique al afectado. Sin perjuicio de lo anterior, si el abogado contra quien se reclamare fuere un defensor local, tanto los Defensores Regionales como el Defensor Nacional le podrán imponer directamente las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo con la legislación vigente, si fuera procedente.

Si se formula reclamación contra la actuación imputable a un Defensor Regional, el Defensor Nacional será el encargado del trámite y resolución del recurso.

El Defensor Nacional, para el anterior efecto, requerirá un informe al Defensor Regional, que deberá rendir dentro del plazo de cinco días. Si la reclamación fuere presentada en la misma Defensoría Regional, ésta deberá remitir los antecedentes al Defensor Nacional, junto con el informe respectivo, dentro del plazo de cinco días y el Defensor Nacional resolverá dentro del plazo de diez días.

Los defensores locales están sujetos a responsabilidad administrativa y, eventualmente, a la responsabilidad civil y penal que pueda afectarles. No obstante lo anterior, las personas naturales o jurídicas que presten servicio de defensa penal pública, sea en virtud del contrato a que dio lugar el proceso de licitación o de un convenio directo, en su caso incurrirán en responsabilidad cuando su defensa no haya sido satisfactoria, de acuerdo con los estándares básicos, definidos por el Defensor Nacional o no hicieren entrega oportuna de los informes semestrales

o del informe final, consignaren en ellos datos falsos e incumplan el contrato celebrado.

Las sanciones a imponer en el caso de actualizarse alguna de las causales mencionadas son:

- a) Multas establecidas en los contratos respectivos.
- b) Terminación del contrato.

Las multas se aplicarán en los dos primeros casos por el Defensor Regional. En la resolución que al respecto se dicte, se dispondrá que se añada al valor de la multa la suma que se encontrare retenida en virtud de la boleta bancaria de garantía que se haya constituido y, si no fuere suficiente, se señalará el incremento del porcentaje a retener de las cantidades que se devengaren a favor del prestador del servicio hasta el entero pago de la sanción.

La resolución del Defensor Regional admite el recurso de apelación que se hará valer dentro del plazo de cinco días de notificada, de tal medio de impugnación conocerá el Defensor Nacional, quien resolverá en los diez días siguientes.

La terminación del contrato se dispondrá por el Consejo, a requerimiento del Defensor Regional, en el caso finalmente citado como causa de responsabilidad.

Las resoluciones del Defensor Nacional que impongan multas o que ordenen cumplir la resolución del Consejo cuando se hubiere impuesto como sanción la terminación del contrato, pueden impugnarse ante la Corte de Apelaciones, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su notificación. Conocerá de la reclamación la Corte de Apelaciones que sea competente sobre el territorio jurisdiccional en que se prestaren o se hubieren prestado los servicios de la Defensa Penal Pública. Si hubiere más de una Corte de Apelaciones, conocerá aquella cuyo asiento se encuentre en la capital de la Región.

El procedimiento a seguir será el siguiente:

La Corte de Apelaciones dará traslado al reclamado por cinco días, ordenará traer a la vista el proceso administrativo y resolverá en cuenta sin más trámite, salvo que estime conveniente traer el asunto para oír a los abogados de las partes, en cuyo caso se agregará a la tabla de la misma Sala con preferencia. El fallo que resuelva la reclamación es irrecusable.

Las sanciones aplicadas a los prestadores del servicio de la defensa penal pública deberán ser consignadas en un registro público, que estará a disposición de cualquier interesado en la defensoría regional respectiva y en las dependencias de la Defensoría Nacional.

V. Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública

Una vez convenido por los poderes ejecutivo y legislativo que la defensa sería prestada, de forma mixta, por defensores pertenecientes a la Defensoría Penal Pública, como servicio público, y por los abogados externos, a título individual o pertenecientes a personas jurídicas, con quienes se conviniera la prestación de este servicio, el reto consistió en establecer la estructura que permitiera distribuir adecuadamente el porcentaje de participación que debía corresponder a cada uno de los sectores.

Un equilibrio adecuado en los dos sectores, y en consecuencia una competencia sana para realizar la defensa penal pública, permitiría un mejor servicio para el usuario, que sería el imputado, lo que evitaría el monopolio del servicio, ya sin el acaparamiento de la defensa en un solo sector, se mejoraría la calidad del servicio.

En este contexto, se decidió crear el *Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública*, designado por el Presidente de la República. Para que el Consejo de Licitaciones pudiera cumplir efectivamente las funciones

previstas, debía estar compuesto por autoridades públicas de un nivel más alto que éste o por lo menos por sus representantes directos. Los funcionarios que cumplían estas condiciones eran Ministros de Estado.

VI. Composición y funcionamiento del Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública

El Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública (artículo 12 de la Ley de la Defensoría Pública Penal) quedó compuesto por:

- a) El Ministro de Justicia o, en su defecto, el Subsecretario de Justicia, quien lo presidirá.
- b) El Ministro de Hacienda o su representante.
- c) El Ministro de Planificación y Cooperación o su representante.
- d) Un académico con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas del Derecho Procesal Penal o Penal, designado por el Consejo de Rectores.
- e) Un académico con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas de Derecho Procesal Penal o Penal, designado por el Colegio de Abogados con mayor número de afiliados en el país.

Se puede observar que, en su composición, se integran servidores públicos, del más alto nivel del Estado, así como aquellos científicos del derecho, que también se constituyen en autoridades intelectuales en el conocimiento del derecho penal, lo que le da a la institución un equilibrio adecuado para su debido funcionamiento y legitimidad.

En las funciones, el Consejo celebrará *sesiones ordinarias*, dos veces al año. Una de ellas se debe celebrar a la mitad del año, cuando en la administración pública

se comienza a preparar el presupuesto para el año siguiente, contenido en la Ley de Presupuestos que se aprueba por el Congreso Nacional en octubre de cada año. Esta formulación presupuestaria será la que tendrá que establecer los montos del presupuesto total de la Defensoría Penal Pública que se destinara a licitaciones, la que luego deberá ser aprobada por el Ministerio de Justicia, por la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y, finalmente, lo será por el Congreso Nacional. Otra sesión ordinaria, probablemente debería realizarse para aprobar bases de licitación en algún momento del año, de acuerdo al calendario de vencimientos regionales que se tendrá que establecer.

En cuanto al *quórum de funcionamiento* del Consejo, será de la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, es decir de tres integrantes. Los acuerdos deberán ser adoptados con el voto de la mayoría de los presentes.

VII. Atribuciones del Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública

La estructura del sistema de Defensa Penal Pública estableció, como parte de la reforma procesal penal, que al Consejo de Licitaciones le corresponde un rol esencial, como organismo del más alto nivel encargado de distribuir el presupuesto entre la Defensoría Penal Pública, como servicio público que constituye el subsistema público de prestación de la defensa, y los prestadores externos, que constituyen el subsistema privado.

Las atribuciones principales de esta institución son las siguientes:

- a) Establecer el monto de los fondos a licitar.
- b) Aprobar las bases de las licitaciones a propuesta de la Defensoría Regional.
- c) Convocar a las licitaciones a nivel regional.

- d) Resolver las apelaciones en contra de las decisiones del Comité de Adjudicación Regional presentadas por participantes en las licitaciones.
- e) Disponer la terminación de los contratos de prestación de defensa penal pública celebrados con los licitantes y;
- f) Hacerse oír por el Defensor Nacional para fijar los criterios de actuación de la Defensoría.

La institución del Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública juega un rol importante en el funcionamiento del proceso adversarial de Chile para el principio del debido proceso, como un derecho fundamental del inculpado.

VIII. Propuesta para la defensa en México

En este contexto, cuando se justificó la reforma constitucional del sistema mexicano de seguridad y justicia, se esgrimió que el cambio obedeció al gran atraso e inefficiencia del sistema inquisitivo, a la necesidad de dar vigencia plena a las garantías individuales y a los derechos humanos que consagra la Carta Magna y a brindar la seguridad debida a las personas y propiedades, argumentándose, además, que los procesos y juicios penales eran burocráticos y lentos; no está por demás señalar que, si bien es sabido que en este país los jueces resuelven con base en lo que obre en los expedientes, la inefficiencia aducida por el Ejecutivo y el Legislativo deriva, en gran parte, de las actuaciones tintadas de esa característica, que las instituciones Ministerio Público y Defensoría de Oficio tienen en la prosecución de las causas penales; ello debido a que sus integrantes carecen de una verdadera vocación, de buena fe y de un efectivo deseo de prestar el servicio de procuración de justicia y de defensa, respectivamente, de manera eficiente y

en constante búsqueda de mejorar la calidad en sus actuaciones.

De manera productiva, el trabajo que nos ocupa está focalizado al tema de la defensa, por lo que se hace la siguiente proposición:

Tomando en consideración que, constitucional y legalmente, las condiciones prevalecientes en Chile son sumamente semejantes a las existentes en México, es posible que las fortalezas avizoradas en el sistema chileno, con el matiz y regulaciones pertinentes, puedan ser incluidas para hacer frente a los desafíos que la implementación de la reforma procesal penal implicará; se pretendería, con ello, evitar robustecer las amenazas que sobre el sistema puedan cernirse, por lo que se estima necesario:

1. Reestructurar por completo la institución de la Defensoría Pública, tanto en el ámbito federal como local.
2. Dotar a dicha institución de una completa autonomía, esto es, presupuestal y funcional, en aras de contar con los recursos materiales necesarios para dignificar la institución y evitar que los defensores actúen en estricta obediencia a sus superiores jerárquicos, apartándose por completo de las exigencias que legalmente impone una adecuada y posible defensa legal, en función de tiempos relacionados con los procesos; que los defensores diseñen con libertad estrategias de defensa posibles material y jurídicamente hablando, en el tema relativo a pruebas, donde su eficiencia se pondere por la jerarquización de actividades relacionadas con una defensa efectiva, no inventada, sino realizada con material convictivo obtenido como producto de una verdadera investigación del hecho.

3. Permitir o establecer la defensa licitada de asuntos penales a profesionales individualmente considerados y a entes morales (*despachos de abogados*) bajo una estricta regulación de aranceles y turno, buscando reducir tiempos de tramitación en los procesos y, desde luego, lograr eficiencia a través de profesionales externos.
4. Permitir la consultoría externa tanto por parte de defensores públicos como privados (*licitados*).
5. Regular que las estrategias de defensa obedezcan a un ferviente deseo de generar efectos positivos en relación con el proceso, y no a instrucciones giradas por los superiores relativas a ofrecer pruebas por el simple hecho de ofrecerlas, aun cuando resulte material y jurídicamente imposible su perfeccionamiento e incluso a interponer recursos innecesarios, porque se conocen los criterios jurisprudenciales aplicables al respecto, lo cual sólo dilataría la resolución del asunto; para ello, es menester procurar lograr una gran formación ética del defensor.

Dotar a la institución de la Defensoría de un Departamento de Servicios Periciales con afinidad a la materia, que instruya a los defensores en relación con la posibilidad de aportar pruebas que sea factible perfeccionar y desahogar.

IX. Conclusiones

Primera.- La institución de la Defensa Penal Pública se establece como un pilar del proceso adversarial del sistema penal chileno, con fuerza protagónica en los procesos penales, lo que permite garantizar e igualar las armas de las partes en el sistema adversarial chileno.

Segunda.- En el sistema penal chileno, constitucional

y legalmente, se ha considerado al derecho a la defensa como una garantía imprescindible en la esfera jurídica de los imputados e inclusive de las víctimas. Como consecuencia de ello, se instituyó, para subsanar la ineeficiencia de la figura de la defensa en el antiguo sistema procesal penal, la Defensoría Penal Pública, institución que tiene como objetivo fundamental proporcionar una defensa penal de alta calidad velando por la igualdad ante la ley, que se traduzca en un disfrute completo de las garantías individuales del imputado, esencialmente del debido proceso y defensa adecuada durante la secuela de la causa correspondiente, mediante una asistencia legal ejercida como una defensa ferviente, utilizando para ello a verdaderos profesionales del derecho, tanto públicos como privados, con capacidad probada y evaluada constantemente, a fin de que el servicio prestado se encuentre tintado de eficacia y eficiencia.

Tercera.- La Defensa Pública Penal es una institución que, en su función mixta, desarrollada por defensores públicos y por defensores licitados, permitió incentivar un gran nivel en la formación de los letrados, que desarrollan la función de *la defensa técnica*, lo que se ha constituido en un beneficio general para el sistema penal chileno y, en particular, para los imputados.

Cuarta.- La Defensoría Pública Penal, que a grupa a la Defensoría Nacional y las defensorías regionales y locales, integradas por abogados, prestan los servicios técnicos jurídicos correspondientes a la defensa y forman el subsistema público: por otro lado, los abogados y entidades externas, generalmente privadas, funcionan con fondos públicos, constituyen el subsistema privado; por encima de estos subsistemas, encontramos, como piedra angular, al Consejo de Licitaciones de la Defensa Pública, cuya encomienda principal en distribuir los

fondos en los dos subsistemas y vigilar el funcionamiento adecuado.

Quinta.- Los defensores cumplen con estándares mínimos de calidad, en razón de que las licitaciones se adjudican a las empresas que postulen los mejores candidatos, basándose en su preparación, experiencia y el trato que se le da al imputado; llevan a cabo una función tan trascendental en el sistema adversarial chileno que se hace el esfuerzo de que sus servicios sean bien remunerados, pues los defensores públicos ganan entre 3000 y 4000 dólares americanos mensuales, mientras que los defensores licitados tienen un ingreso mensual de entre 1200 a 1500; por ello, los licitados aspiran a llegar a ser públicos.

Sexta.- La institución de *la Defensa* tiene una función trascendental en el ámbito del proceso penal, en razón de que se constituye como un derecho de defensa del imputado, lo que permite cumplir con el respeto de los *derechos fundamentales de los imputados* y del principio constitucional e internacional del *debido o adecuado proceso*, en sus dos dimensiones, tanto subjetiva como objetiva, del imputado.

Séptima.- La figura de la defensa se analizó en dos aspectos; por un lado, el sentido material que implica: derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento y derechos que imponen un deber de abstención por los órganos que participan en la persecución y el enjuiciamiento. Por otro lado, encontramos el aspecto de la *defensa técnica*: la garantía de la intervención en el proceso, que se puede practicar directamente por medio de la *autodefensa* o *defensa personal*, por conducto de un profesional jurídico, denominada *defensa técnica*, aspecto de tal relevancia que se encuentra contemplado en la Carta Fundamental de Chile.

Octava.- Una gran distinción que realiza la doctrina y la práctica del derecho procesal penal chileno es la de las figuras de la *defensa penal pública* y la *defensa gratuita*, en virtud de que no son instituciones que se deban entender como equivalentes; la defensa penal pública es un derecho del imputado, contenido en el artículo 19, No 3, inciso 2, de la Constitución de Chile, que dice: “Toda persona tiene derecho a una defensa jurídica ...”, lo que es retomado en su ley secundaria, en el artículo 102, inciso 1, del Código de Procedimiento Penal. La figura del *defensor gratuito* tampoco debe confundirse con la institución del *defensor de oficio*, quien es nombrado de forma supletoria cuando se designa defensa técnica, cuando por cualquier causa se nombra de forma oficiosa. Y la *figura de la defensa gratuita*, que es una institución del sistema chileno que no se limita exclusivamente al proceso penal ni a una sola de las partes; la asistencia jurídica gratuita es un mecanismo para proporcionar asistencia jurídica, que incluye asesoría extrajudicial, y de toda clase de consejos legales para las personas que carecen de recursos para obtenerla por sí mismas; su justificación es el deber de asistencia social que corre a cargo del Estado. En términos prácticos, la defensa gratuita se materializa a través de consultores gratuitos.

X. Bibliohemerografía

- CAROCA PÉREZ, ÁLEX: *La defensa penal pública*, Ed. LexisNexis, Chile, 2005. p. 411.
- RIEGO, C.: *The Chilean Criminal Procedure Reform (1997)*. Tesis no publicada para acceder al grado L.L.M. en la Universidad de Wisconsin, Escuela de Derecho.
- VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE Y CORREA SUTIL, JORGE: *Diagnóstico del sistema judicial chileno*, Corporación de Promoción Universitaria, 1995.

Aspectos esenciales de los principios constitucionales del debido proceso penal en México

*Jorge Humberto Álvarez Moreno**

RESUMEN: El trabajo constituye una descripción sintética de los principios del debido proceso penal que la reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día dieciocho de junio de dos mil ocho, ha plasmado básicamente en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha reforma tiene como causas más remotas la ausencia en nuestro país de un modelo acusatorio en el que imperen los principios de contradicción, oralidad, inmediación, concentración, publicidad y economía procesal. La modificación constitucional propone dar sustento a la Reforma Estructural del Sistema de Justicia Penal Mexicano tomando, como uno de sus ejes fundamentales, la transformación del procedimiento penal hacia un sistema acusatorio, regido por principios claros y bien definidos, destacando el reconocimiento internacional de la supremacía de los principios penales en mención, a los que se suman también entre otros: la relevancia de la acusación, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia, el esclarecimiento judicial de los hechos, la economía procesal, así como el respeto a los derechos humanos.

* Defensor Público Federal. Este trabajo es producto de un proyecto de investigación financiado por la Universidad de la Salle Bajío.

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio igualdad. III. Principio de publicidad. IV. Principio de oralidad. V. Principio de contradicción. VI. Principio de inmediación. VII. Principios de concentración y de continuidad. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. Introducción

La tentación de abordar el problema de la reforma penal constitucional del año dos mil siete, por la crítica al sistema de enjuiciamiento penal actual, es difícil de vencer. No obstante, esa crítica no ha discurrido por cauces estrictamente jurídicos, alimentándose en mayor medida con argumentos provenientes de posiciones tanto políticas¹ como sociales², y sobre todo, de muchos prejuicios enquistados en nuestro sistema jurídico en general. Sería prolíjo y apartado del objetivo de este trabajo, ocuparse de cada uno de los argumentos que se han esgrimido en contra del juicio oral y su introducción en nuestro sistema de enjuiciamiento penal. Muchas de las voces antagonistas encuentran su fuente en factores diversos. Algunos atienden a la resistencia

¹ Es prudente recordar, como lo ha señalado la Comisión del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en el proyecto de investigación sobre la implementación del Sistema Penal Acusatorio en México, que la reforma constitucional *no se asume con la finalidad de obtener un rédito político, sino de mejorar las condiciones para la ciudadanía. El Sistema Penal Acusatorio....* cit., p. 103, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008. Sin embargo, MIGUEL CARBONELL Y ENRIQUE OCHOA REZA, convienen en que el tema de los juicios orales abarca un asunto que es a la vez político y ciudadano, ya que ha sido situado en la opinión pública, gracias al empuje de la sociedad civil y a las propuestas y preocupaciones de los partidos políticos mexicanos, con independencia de sus inclinaciones políticas. *¿Qué son y para qué sirven...,* cit., p. 1.

² El CEJA también ha recomendado que en el aspecto de difusión social se evite *el uso de la reforma como ‘remedio’ para problemas estructurales que precisan soluciones más amplias, (seguridad ciudadana, disminución de la criminalidad, control del narcotráfico, etc.). Ibídem.* p. 116.

a modificar la cómoda posición de operador del sistema tradicional (*jueces, ministerios públicos y abogados*), que no encuentra beneplácito alguno en el nuevo paradigma exigido por la reforma penal constitucional, lo que naturalmente implica dar un giro a la tradicional *forma de hacer las cosas*³. También se advierte una especie de lucha de posiciones partidistas que aprovechan la rentabilidad de los temas de seguridad y justicia como oferta de campaña y motivo de posicionamiento político, síntoma auténtico del llamado *populismo penal*⁴.

El conjunto de argumentos en contra del juicio oral, son sintéticamente concretados en forma de mitos por Carbonell y Ochoa Reza⁵. Uno de los mitos que se han construido en torno a la reforma penal constitucional para introducir un sistema penal acusatorio y oral, radica en la idea de que la justicia se decantará en manos del abogado que sea mejor orador y cuente con mayores habilidades retóricas. Al respecto, como han precisado Baytelman y Duce, el hecho de que la idea del juicio

³ Al respecto, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ reconoce que para alcanzar los objetivos de la reforma se necesitan cambios relevantes, sobre todo en la práctica del enjuiciamiento, *modificación de conductas, que requiere alteración de patrones tradicionales, aptitudes y formación diferentes de las acostumbradas, incluso sedes judiciales distintas de las que hemos conocido, que no siempre ofrecen el más digno escenario a la administración de justicia. La Reforma Penal....* cit., p. 124. Por su parte, MOISÉS MORENO HERNANDEZ, reconoce que la reforma a fondo del sistema procesal penal *representa necesariamente un cambio de actitud de los operadores del sistema.* Prólogo al libro de Ottavio Sferlazza, *Proceso acusatorio oral y...,* cit., pp. 46-47. Sobre la resistencia burocrática al cambio de las viejas prácticas, véase CARBONELL, M. y OCHOA REZA, E.: *op. cit.*, p. 44

⁴ Sobre el particular, es especialmente ilustrativo el parecer de PETER-ALEXIS ALBRECHT, quien señala: *En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al Derecho penal.* “El Derecho Penal en la...”, cit., p. 471.

⁵ *Op. cit.*, pp. 153-160. Sobre ello, señala también ALBRECHT: *El programa de la actual Contrailustración penal pasa de nuevo por la construcción de mitos.* *op. cit.*, p. 476.

oral se traduzca en algo “estratégico”, en modo alguno significa subordinar el conocimiento de la verdad material en el juicio, a las “destrezas” oratorias o histriónicas de los abogados, sino a la asunción de dos ideas básicas. Primeramente, el hecho de que la prueba no habla por sí sola, sino que debe ser presentada del modo que más efectivamente contribuya a reconstruir lo que realmente ocurrió⁶; en segundo orden, el entendimiento de que ese objetivo final es algo complejo que sólo puede alcanzarse mediante un modelo que estimule la competencia entre las partes, en un entorno de juego justo garantizado por el tribunal⁷; dicho de otra forma, mediante un proceso penal de corte adversarial⁸.

La reforma penal constitucional tiene como objetivo principal, siguiendo una tendencia muy generalizada en Latinoamérica, sustituir un sistema de enjuiciamiento penal (mixto) inquisitivo por uno acusatorio, del cual Leonardo Frank considera que está ampliamente comprobado ser superior al inquisitivo por donde se lo

⁶ BAYTELMAN, A. y DUCE, M.: *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, cit., pp. 32-33.

⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁸ Aun cuando el texto constitucional reformado del artículo veinte, no habla de un proceso adversarial, el dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores, expresamente identifica tres elementos sobre la modificación al sistema de justicia penal, pasando por uno de corte inquisitivo a “uno de tipo acusatorio, *adversarial y oral*.” No obstante, GARCÍA RAMÍREZ celebra que al régimen acusatorio propuesto por la reforma no se le denomine adversarial. *Op. cit.*, p. 114. Creemos que la cuestión no es intrascendente ni se reduce a un problema de meras denominaciones, sino que la calificación adversarial del proceso habrá de ser el punto de partida para resolver diversos aspectos torales en la legislación secundaria, tales como moderar o posibilitar la iniciativa probatoria del juez y su intervención activa o pasiva (mediante objeción) en el desahogo de la prueba. Véase en nota 16 la percepción de CEJA sobre ello. En Italia, a propósito de la legislación procesal de 1988, SFERLAZZA señala que: “se ha rechazado una concepción meramente ‘belicosa’ del proceso, que es característica del modelo angloamericano: no es admitido el dicho ‘que gane el mejor’”. *Op. cit.*, pp. 70-71.

mire, al ser mucho más humano y consecuente con el Estado democrático vigente⁹.

Se conviene básicamente con Schünemann en que la oralidad es una condición¹⁰, característica o vehículo para lograr la plena vigencia de los principios generales y rectores que disciplinan el proceso penal de corte acusatorio, introducidos por la reforma penal constitucional del año 2008 en el artículo 20 constitucional: *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. El ciudadano común ha fijado su atención, como signo distintivo de la reforma penal constitucional¹¹, en la introducción de la oralidad¹² y el juicio oral¹³, cuestión que debería ser objeto de precisión para los operadores

⁹ LEONARDO FRANK, J.: *Sistema criminal acusatorio...*, cit., p. 21. Señala CLAUS ROXIN, que *hoy como antes, el juicio oral le sigue ofreciendo al acusado (y también al defensor comprometido) grandes oportunidades para luchar por una absolución o por una decisión sancionatoria más leve*. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 358.

¹⁰ SCHÜNEMANN, B.: “*¿Crisis del Procedimiento Penal?...*” cit., pp. 295-296 nota 16. En contra, GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 115. Los dictámenes de las Cámaras de Diputados y Senadores, señalan que *la oralidad propiamente dicha no es un principio procesal, sin embargo, es el instrumento que permite actualizar y dar eficacia al resto de los principios*. Creemos advertir esta idea también, en CARBONELL, Y OCHOA REZA, cuando señalan que *la oralidad permite que las partes verifiquen la autenticidad de las pruebas, que controlen su formación y desahogo, que exista una identificación física del juzgador desde el inicio hasta el final del proceso, que las partes puedan dialogar frente al juez y con el juez, etcétera*. *Op. cit.*, p. 119.

¹¹ Al hacer referencia a la oralidad, LEONARDO FRANK, señala: *elemento este característico y popularmente difusor del sistema, que se identifica con el mismo, por simple asociación directa*. *Op. cit.*, p. 26. GARCÍA RAMÍREZ, señala que el logro de un impacto mediático con el empleo de la “oralidad” como término sencillo queatraiga la atención pública, se aprecia en una de las iniciativas que propiciaron la reforma constitucional. *Op. cit.*, p. 116.

¹² Técnicamente, la oralidad consiste en la utilización del sistema de signos fonéticos (lenguaje oral). GABRIEL TORRES, S., et. al.: *Principios Generales del...*, cit., p. 27.

¹³ Destaca, inclusive, lo equivocado que es identificar genéricamente la reforma penal constitucional por la noción de “juicio oral”, pues como lo

del sistema y para el ciudadano que no está familiarizado con las cuestiones técnicas de la justicia penal.

La introducción del juicio oral penal a nivel constitucional y el cambio en las reglas derivadas de los principios generales que lo configuran, encierra un esfuerzo muy decidido del constituyente permanente para evitar el tropiezo comúnmente advertido en toda reforma procesal penal; en este sentido, se ha expuesto claramente en palabras de García Ramírez, que muchas reformas practicadas en nuestro medio han alzado la bandera de la oralidad, que en general es aceptada en la teoría y desechada en la práctica¹⁴.

Esta realidad de la práctica en la procuración y administración de justicia penal, también se advierte en otros principios elevados a rango constitucional por la reforma, como la contradicción, que no ha sido desconocida al menos en su dimensión teórica proyectada en la jurisprudencia generada bajo el sistema inquisitivo mixto tradicional¹⁵. Sin embargo, la realidad cotidiana de dicha práctica demuestra que el principio sí ha fracasado visiblemente en la etapa de la averiguación previa, sin adquirir tampoco plena vigencia ya en sede del proceso penal. Durante la primera etapa del procedimiento

advierte JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, *esta denominación no es acertada, entre otras razones, porque en sentido también legal, pero más estricto, juicio oral es la subfase de la vista de esta parte del proceso penal, comprendiéndose antes actuaciones que sirven para prepararlo y que son escritas, y porque hay juicios orales que no son penales*. Derecho Jurisdiccional III..., cit., p. 226.

¹⁴ Op. cit., p. 116.

¹⁵ Así puede verse la jurisprudencia 13/2005, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde a propósito de la prueba pericial señaló: *el principio de contradicción de la prueba, conforme al cual se permite a la contraria del oferente enterarse del contenido de la prueba, refutarla o ampliarla en cuanto a los hechos objeto del dictamen y designar un perito propio*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, Abril de 2005, Tesis: 1a./J. 13/2005, Página: 597.

penal, prácticamente no existe contradicción, porque en nuestro país se exige al Ministerio Público presentar pruebas formales que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, pero dicho órgano las obtiene actuando siempre como autoridad y no como parte, desligado en absoluto de cualquier control judicial, disminuyendo significativamente la intervención de la defensa en la formación de la prueba y anulando prácticamente los ejercicios dialécticos contradictorios.

Por otro lado, la contradicción ha fracasado en el proceso por múltiples factores, destacando la excesiva intervención de los jueces en la dinámica de formación de la prueba entre las partes. Ello obedece básicamente a que el sistema mixto inquisitivo que conservamos no reconoce ningún carácter adversarial al juicio, aunado a las desmedidas facultades probatorias jurisdiccionales¹⁶, pasando por la falta de intervención oportuna de los defensores en el contraexamen de personas que declaran con cualquier carácter sobre los hechos, derivado de la ausencia de habilidades de litigación oral y de las enormes trabas jurisprudenciales para refutar las pruebas unilateralmente obtenidas por el Ministerio Público, que constituyen el fundamento tanto de autos de plazo constitucional como de sentencias definitivas.

La reforma penal constitucional ha considerado necesario entonces plasmar en la norma fundamental los principios que disciplinan el enjuiciamiento penal¹⁷

¹⁶ Bajo el nuevo sistema acusatorio, el CEJA señala: *parece ser que, por el diseño contenido en la Constitución, la tendencia va en sentido de restringir al máximo posible la posibilidad de los Jueces de producir oficiosamente prueba. Op. cit., p. 64.* TERESA ARMENTA DEU, destaca como se compromete la imparcialidad del juzgador según que ejerzte su poder para resolver a tenor de la calificación jurídica más ajustada a los hechos probados o cuando contribuye con las partes a la prueba del hecho justiciable. *Principio Acusatorio y ...*, cit., p. 63.

¹⁷ Véase, GARCÍA RAMÍREZ, S.: *op. cit.*, p. 109.

de corte acusatorio y oral, proveyendo el dictamen de los senadores el contenido específico de cada uno de los principios que se reconocen, en los siguientes términos:

- a) *Principio de publicidad*: Todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público.
- b) *Principio de contradicción*: Las partes podrán rebatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio.
- c) *Principio de concentración*: El desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal.
- d) *Principio de continuidad*: la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en la ley.
- e) *Principio de inmediación*: Los jueces tomarán conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escucharán directamente los argumentos de las partes con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella, salvo los casos previstos en la ley.

Cierto es, no obstante esta enunciación, que en estricta dogmática procesal penal se trata de principios que tienen distinta naturaleza. Así, siguiendo la clasificación de Roxin sobre los principios del derecho procesal penal, el principio de concentración corresponde a los principios de la realización del procedimiento. En cambio,

la inmediación es un principio probatorio, mientras que la oralidad y la publicidad son principios referidos a la forma¹⁸. También es cierto que algunos de estos principios son o deberían ser comunes a todo proceso entendido como institución, por ser naturales o inherentes a ella, tales como la contradicción y la igualdad.

II. Principio de igualdad

La reforma penal constitucional no especifica este principio en el artículo veinte de la Constitución Federal, más no por ello debe perderse de vista que la igualdad es sustento de otros principios taxativamente señalados, muy particularmente del de contradicción, que sería impensable si no se reconoce a las partes del proceso penal una situación de igualdad. Sin embargo, el hecho de que el principio de igualdad no figure entre los que expresamente disciplinan el sistema acusatorio, no es obstáculo para su pleno reconocimiento derivado de otras previsiones constitucionales, como el artículo cuarto que otorga al varón y la mujer la igualdad ante la ley, de lo que puede extraerse que existe igualdad ante la ley procesal¹⁹.

Una consecuencia visible de la igualdad ante la ley procesal en la reforma penal constitucional de 2008 es el contenido de la parte final de la fracción V, Apartado A, del nuevo artículo 20 constitucional, donde se establece la igualdad procesal de las partes para sostener acusación y defensa²⁰; asimismo, la fracción VI establece la llamada prohibición de comunicación unilateral entre juez y parte,

¹⁸ *Op. cit.* p. 77.

¹⁹ Sobre este principio, condensado en la llamada “igualdad de armas”, LEONARDO FRANK, opina que: *alcanza su máximo nivel en el sistema acusatorio, op. cit.,* p. 38.

²⁰ GARCÍA RAMÍREZ es del parecer que en ésta hipótesis conviene más bien hablar de equilibrio procesal que de igualdad en sentido estricto, *op. cit.*, p. 132.

vedando a los jueces la conducta –*muy enraizada en la procuración y administración de justicia nacional*– de tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes, sin que esté presente la contraria, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece la propia Constitución, como es el caso de las medidas cautelares y providencias precautorias que deban observar sigilo tanto en su solicitud como en su otorgamiento, a fin de no obstaculizar su eficacia, especialmente en casos de delincuencia organizada.

III. Principio de publicidad

Este principio –*el más político de todos*²¹, no es ajeno a nuestra tradición jurídica²², aun durante la vigencia de un sistema mixto-inquisitivo de enjuiciamiento; sin embargo, la publicidad no ha desplegado el alcance y plenitud que la reforma penal constitucional pretende otorgarle para disciplinar el proceso penal de corte acusatorio al que caracteriza. Las razones para el estado actual de la práctica en torno a las posibilidades de publicidad de las audiencias parten de datos de orden tan simple, como el relativo a la forma en que están diseñados los espacios físicos y estructurales de los juzgados penales, que no permiten la realización material²³ del principio, o bien, permitiéndolo en ciertos casos, lo limitan naturalmente.

²¹ Así, GÓMEZ COLOMER, J. L.: *op.cit.*, p. 230.

²² El artículo 86 del Código Federal de Procedimientos Penales establece textualmente: *Las audiencias serán públicas y en ellas el imputado podrá defenderse por sí mismo o por su defensor.*

²³ El CEJA señala que: *es necesario organizar los Tribunales en forma tal que quien desee participar en una audiencia, observando la forma en la que se está llevando a cabo, pueda hacerlo sin sentirse intimidado o expulsado, reconociendo además que los espacios donde en la actualidad se realizan las diligencias durante el proceso penal no cubren los requerimientos necesarios para el desarrollo de una audiencia oral.* *Op. cit.*, pp. 53 y 111.

El significado esencial de la publicidad en el proceso penal atiende, como señala Roxin²⁴, a la consolidación de la confianza pública en la administración de justicia, fomentando la responsabilidad de los órganos de esa administración, para evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y con ello en la sentencia²⁵.

La publicidad del proceso penal constituye no sólo un reclamo social permanente, sino también una garantía individual derivada del derecho a la información; no en vano, en la última década, han visto la luz iniciativas y leyes que fortalecen la vigencia de la información pública y la transparencia gubernamental. También es imposible ignorar que la sociedad se encuentra interesada en el desarrollo de los procesos penales y en el escrutinio puntual de la función específica de todos los operadores del sistema de justicia penal, especialmente en nuestro medio, donde la desconfianza generalizada y la incredulidad sobre la administración de esa justicia, permean profundamente en la percepción social y la opinión pública.

La reforma penal constitucional ha querido, quizás por esas razones y otras más, insistir en la publicidad tanto directa como indirecta de los juicios penales, conservando la previsión de que el imputado sea siempre juzgado en una audiencia pública. Habrá que facilitar los medios humanos y materiales para llevar la publicidad a buen puerto, garantizando, salvo casos de excepción, la publicidad indirecta mediante la difusión

²⁴ *Op. cit.*, p. 407.

²⁵ El CEJA señala que: *es necesario considerar la publicidad como un principio ligado a la transparencia de la actuación judicial, que a su vez se convierte en elemento esencial para legitimar sus decisiones.* *Op. cit.*, p. 30.

de los juicios orales y sus contenidos²⁶, así como aquellos de las audiencias preliminares, pues en estas últimas, a diferencia de lo que ocurre en países como Alemania²⁷, el texto constitucional reconoce la vigencia y rectoría de los principios procesales que disciplinan el sistema acusatorio. Una buena muestra de ese espíritu legislativo de reforma ha ocurrido ya en la legislación secundaria en fecha reciente, aunque no estrictamente en la materia penal. Nos referimos a la última reforma a la Ley de Amparo²⁸, que ordena en el artículo 184, fracción III, la videograbación de las sesiones de los tribunales colegiados de Circuito, donde

²⁶ Ello claro está disponiendo de las medidas legislativas pertinentes para evitar la formación de los “juicios paralelos”, que tanto daño han causado en nuestro medio a inocentes y culpables. A los primeros al recibir una condena social anticipada, exacerbada por la difusión editada y sobredimensionada de los hechos a través de los medios, fomentando la desconfianza en la labor de los jueces; a los segundos, al verse afectados en su eventual proceso de resocialización por el proceso de estigmatización irreversible que produce la difusión incontrolada y exaltada de su acto antijurídico, aun antes del pronunciamiento que establezca legalmente su culpabilidad, vulnerando la presunción de inocencia. La práctica muy desarrollada en la última década por la autoridad investigadora de exponer al imputado a las cámaras de los medios de información colectiva confesando los hechos que motivaron su detención afecta además el derecho a la propia imagen. Sobre los efectos y consecuencias de los “juicios paralelos”, MANUEL JAÉN VALLEJO señala: *Con no poca frecuencia, y con una clara tendencia in crescendo, los mass media realizan publicaciones durante los procedimientos penales, evidentemente en el legítimo ejercicio de su derecho a la información, que ponen muchas veces en duda la imprescindible imparcialidad del juez o tribunal que ha de dictar una resolución. Son los llamados juicios paralelos, que tanto daño y tantas graves consecuencias pueden suponer para el derecho al debido proceso. Pero no sólo eso. Los juicios paralelos también persiguen en ocasiones crear un clima social de condena de una persona, o de inocencia, de manera que también por esta vía se puede afectar el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, porque tal clima de culpabilidad o de inocencia, en un asunto sub judice, puede influir en el juez o tribunal encargado de dictar sentencia. Principios Constitucionales y..., cit., pp. 130-131.*

²⁷ BAUMANN, J.: *Derecho Procesal Penal...*, cit., p. 108.

²⁸ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el jueves quince de enero de 2009.

resuelvan los asuntos en revisión o en amparo directo, a fin de integrar un archivo digital objeto de posterior difusión bajo los criterios normativos que se expidan, protegiendo en todo momento los datos personales.

No quedan de lado la existencia de limitaciones a la vigencia del principio de publicidad, que van desde el marco de las posibilidades de espacio en los tribunales²⁹, hasta situaciones previstas en tratados internacionales, ancladas en razones de la más diversa índole como la moralidad, el orden público, la seguridad nacional, los intereses de menores o la protección de la vida privada de la partes³⁰. Claro está que, como señala Gómez Colomer, al ser la publicidad de las actuaciones un derecho

²⁹ ROXIN menciona para casos caóticos la solución *pool*, consistente en el acceso de un grupo de camarógrafos que posteriormente se compromete a poner a disposición de las estaciones interesadas el material filmográfico obtenido. *Op. cit.*, p. 406. El artículo 322 del Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua subordina esta posibilidad al consentimiento del imputado y de la víctima y ofendido si estuviere presente. En contra, LUIS PAULINO MORA MORA, para quien: *la publicidad no autoriza la retransmisión por radio o televisión de la audiencia. “La importancia del juicio oral en el proceso penal...”*, cit.

³⁰ Recogiendo estas previsiones, la fracción V, del Apartado B, del nuevo artículo 20 constitucional, señala que la publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. La estimación por el tribunal de otras “razones fundadas” para limitar la publicidad trae como consecuencia, como muy atinadamente lo señala GARCÍA RAMÍREZ, que finalmente se deposite en el arbitrio del tribunal todas las situaciones imaginables. *Op. cit.*, p. 151. Para el caso del estado de Oaxaca, CASANUEVA REGUART, menciona como casos de excepción aquellos que puedan afectar el pudor, la integridad física o la intimidad de alguna de las partes o alguna persona citada para participar; el orden público o la seguridad del Estado puedan verse gravemente afectados, peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial cuya revelación indebida sea punible; o esté previsto específicamente en ese Código u otra ley. *Juicio Oral. Teoría y Práctica...* cit., p. 253.

fundamental, su limitación o restricción exige motivarse para que sus razones se conozcan por los afectados³¹, tratándose en todo caso de una situación de excepción a la regla³².

Como han señalado Baytelman y Duce, la publicidad de los procedimientos judiciales instala la vida de los tribunales dentro de la convivencia social³³.

IV. Principio de oralidad

Con las reservas expresadas sobre el carácter de principio que suele otorgarse a la oralidad, se conviene en forma general que su esencia radica en el *predominio* de la palabra hablada sobre la escrita³⁴. Por ello se considera preferible matizar la expresión para caracterizar el juicio como “predominantemente oral”³⁵, ya que las formas

³¹ *Op. cit.*, p. 322. En esta línea, MANUEL J. GOROSTIAGA es del parecer, en referencia a la etapa del sumario, que *la clásica frase que suele utilizarse ‘a fin de asegurar el éxito de la investigación’, en realidad no funda ninguna decisión de este tipo*. “El secreto y la publicidad...”, *cit.*, p. 242.

³² Para ROXIN, existen situaciones de exclusión general de la publicidad, entre las que distingue además las que son *admisibles* y las que son *obligadas*, agregando casos de exclusión de personas determinadas. *Op. cit.*, pp. 409-410. Sobre la exclusión de personas, los códigos de Procedimientos Penales de los Estados de Chihuahua (artículo 323) y Nuevo León (artículo 568) determinan la exclusión de personas que se presenten en forma incompatible con la seriedad y los propósitos de la audiencia.

³³ *Op. cit.*, p. 27. Señala BAUMANN que: *la publicidad del proceso penal concierne al control de la justicia penal por la colectividad*. *Op. cit.*, p. 107.

³⁴ Así, CASANUEVA REGUART, S.E.: *op. cit.*, p. 78; GABRIEL TORRES, S., *et. alt.*: *op. cit.*, p. 27; GARCÍA RAMÍREZ, S.: *op. cit.*, p. 117; LEONARDO FRANK, J.: *op. cit.*, p. 26. Para SFERLAZZA, a la oralidad se le puede atribuir el significado de *comunicación del pensamiento mediante la pronunciación de palabras destinadas a ser oídas*. *Op. cit.*, p. 73.

³⁵ Así por ejemplo CARLOS MACEDO AGUILAR, al intitular su trabajo *Derecho Procesal Penal con juicio predominantemente oral penal*, Flores Editor y Distribuidor, Segunda edición, México, 2007. Destacan la imposibilidad de que la escritura o la oralidad priven en la estructura del proceso, sino de la existencia de formas predominantes, GABRIEL TORRES, S. *et. alt.*, *op. cit.*, p. 28.

de expresión escritas no desaparecen del todo y mucho menos se prescinde de los registros necesarios que apoyen la conservación de los acontecimientos que dan forma y contenido a las audiencias orales.

Con independencia de esa precisión, la relevancia de la oralidad radica en que la sentencia dictada por el juez se base en la información obtenida oralmente mediante la actividad probatoria de las partes, extraída de su fuente directa.

Son muchas las ventajas que se atribuyen a la oralidad sobre la escritura, tales como la oferta de que el acto procesal se produzca con economía, seguridad, rapidez, dinamismo, lenguaje gestual y coherencia³⁶. La calidad de la información que el juez obtiene en el proceso con el vehículo de la oralidad es también infinitamente superior, no sólo porque ocurre y se adquiere directamente por el juez como vivencia actual y no diferida, sino porque depura el proceso cognoscitivo con el que el resolutor puede verificar los hechos en que habrá de basar su decisión.

Tomando como base la práctica común en la procuración y la administración de justicia nacional, donde es evidente que el eje del procedimiento penal constituye primordialmente una fuerte tarea de acopio de documentación agregada a pesados y tortuosos legajos³⁷,

³⁶ Véase la cita de CASANUEVA REGUART, S. E.: *op. cit.*, p. 79.

³⁷ El CEJA destaca la necesidad de: *transformar el método de trabajo basado en la construcción de un expediente que guarda registro formal de todo, hacia un sistema que genere un entorno de condiciones que permita que esta función (la del juez) se cumpla*, agregando que *la metodología de trabajo del sistema mexicano, consiste en la producción de gruesos expedientes, en los que se generan innumerable cantidad de trámites y que son sometidos una y otra vez a revisiones, que generan resoluciones que se escriben largamente y se suman al propio expediente*, reconociendo que *la cultura de trabajo a través de la metodología escrita esta muy arraigada*. *Op. cit.*, pp. 50, 84 y 120, en nota 58.

el resultado natural es que la información proporcionada por el sistema escritural es sumamente defectuosa y carente de confiabilidad³⁸.

Sin abundar en detalles, basta el simple análisis de criterios jurisprudenciales que han hecho apología, a efectos de valoración de prueba, sobre la forma en que se reciben y se asientan en actas las declaraciones de testigos y del propio imputado, sin oralidad de ninguna índole y mucho menos con la inmediación del juez, situación cuyo reconocimiento revela las deficiencias del sistema actual y la tolerancia de verdaderas *falsificaciones ideológicas de instrumentos públicos*³⁹.

En este sentido, una jurisprudencia definida de un tribunal colegiado de circuito, no ha tenido dificultad para justificar indirectamente la ausencia de la oralidad en las testimoniales, tras reconocer que: *no deben declararse ineficaces los testimonios de cargo por el hecho de estar redactados en términos similares, dado que ello no necesariamente implica la sospecha de que los deponentes hubieran sido aleccionados, sino únicamente, que tal circunstancia puede obedecer al estilo de redacción del funcionario que tomó las declaraciones*⁴⁰. Un criterio como el anterior, sólo justifica la ausencia absoluta de

³⁸ MACEDO AGUILAR, advierte la diferencia que existe entre ser juzgado en un proceso abierto a la vista de la sociedad, que en *un proceso cuyos ejes fundamentales están perdidos entre cientos o miles de hojas de papel que nadie lee (porque humanamente es imposible hacerlo)[...]* Op. cit., p. 212.

³⁹ ZAFFARONI, E. Y VEGA, P., GUSIS, G.: *Los Derechos Fundamentales...*, cit., p. 30.

⁴⁰ TESTIGOS DE CARGO. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LOS TESTIMONIOS ESTÉN REDACTADOS EN TÉRMINOS SIMILARES, ES INSUFICIENTE PARA DECLARARLOS NULOS DE PLENO DERECHO. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, Tesis III.1o.P. J/8, página 455.

inmediación y permite conceder que se presuponga una *oralidad actuada*⁴¹ o ficticia⁴².

Con la oralidad se espera la desaparición de principios verdaderamente antidemocráticos que han cubierto de infamia e injusticia la búsqueda de la verdad en el proceso penal, convalidando actuaciones irregulares y hasta constitutivas de delito contra la recta administración de justicia. Tal es el caso de la llamada “inmediatez” que en la *sui géneris* comprensión jurisprudencial⁴³, ilustra la expresión más nítida del sistema inquisitivo, dando valor preponderante y prácticamente irreversible a las primeras declaraciones de testigos e imputados⁴⁴, muy

⁴¹ Sobre ello, véase GABRIEL TORRES, S. *et. alt.*: *op. cit.*, pp. 27 y 28.

⁴² Así la denomina SFERLAZZA, O.: *op. cit.*, p. 73.

⁴³ Comprensión jurisprudencial que no se corresponde con la doctrinal, pues el principio de inmediatez reclama precisamente que exista, como señala SFERLAZZA, *una relación sin intermediación entre la recepción de la prueba y la decisión final sobre la imputación*, *op. cit.*, p. 73. Por lo que se excluye una relación de mayor proximidad con los hechos de la primera declaración ante sucesivas narraciones, aun cuando aquella se realice en la etapa de investigación, como equivocadamente lo han comprendido nuestros tribunales.

⁴⁴ Entre otras tesis jurisprudenciales recientes, sin perjuicio de una jurisprudencia ya histórica, se señala que *de acuerdo con el principio de inmediatez procesal, ante dos declaraciones de la misma persona, las primeras generalmente deben prevalecer sobre las posteriores, con independencia del momento en que aquéllas se hayan producido*. . . (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, octubre de 2007, Tesis Vi.2o.P.92 P, Tesis Aislada, Materia Penal, página 3199.); O bien, . . . *el derecho reconoce el principio de inmediatez como factor importante, que deberá tomar en cuenta el juzgador al valorar lo declarado por los testigos*. (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, XIII, Mayo de 2001, Tesis: I.6o.P.17 P, página 1211.) *En el procedimiento penal debe darse preferencia a las primeras declaraciones que los testigos producen recién verificados los hechos y no a las modificaciones o rectificaciones posteriores, tanto porque lógico es suponer espontaneidad y mayor veracidad en aquéllas y preparación o aleccionamiento hacia predeterminada finalidad en las segundas, como porque éstas sólo pueden surtir efecto cuando están debidamente fundadas y comprobadas*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, II, Agosto

especialmente cuando son de cargo, aun cuando éstas no se pronuncien ante el juez sino ante el Ministerio Público, haciendo de la retractación un auténtico fantasma legal, no obstante que regularmente las “primeras declaraciones” van acompañadas del sello autoritario del órgano investigador donde se articulan, arrastrando vicios derivados de la ausencia de inmediación y contradicción efectivas.

Asimismo, con la oralidad unida a la inmediación⁴⁵ y a la contradicción⁴⁶, dentro del marco de un sistema de apreciación libre de la prueba⁴⁷, se abre una esperanza firme para eliminar abusos del razonamiento inferencial de los jueces, al apreciar declaraciones en forma indirecta, mediante la lectura de un acta escrita⁴⁸, acudiendo al apoyo que proporciona el recurso a suposiciones generalizadas

de 1995, Tesis VI.2o.19 P, página 657. Destaca este problema, GARCÍA ROJAS, R. G.: “Cuando el juicio se convierte...”, cit., p. 212. Se concluye en el estudio elaborado por el CEJA en nuestro país, que *debe considerarse que el criterio jurisprudencial de la ‘inmediatez’ impide la existencia de una auténtica inmediación en el proceso penal mexicano*. Op. cit., p. 29. Véase también CARBONELL, M. Y OCHOA REZA, E.: op. cit., p. 32.

⁴⁵ Así lo advierte, LEONARDO FRANK, J.: “La oralidad logra definitivamente la inmediación entre el justiciable, el juzgador, el fiscal y su defensor.” Op. cit., p. 27.

⁴⁶ El dictamen de la Cámara de Senadores, señala que: *Sin la oralidad, tampoco cabe la existencia de interrogatorios ágiles que hagan posible la contradicción*. Señala Leonardo Frank, que *la oralidad permite, por sobre todas las cosas, garantizar la solvencia, fluidez y operatividad del debate contradictorio entre las partes intervenientes*. Ibídem, p. 26.

⁴⁷ El dictamen de la Cámara de Diputados sobre la reforma penal constitucional señala que *los sistemas basados en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más fiable el conocimiento obtenido por medio del proceso penal*.

⁴⁸ El diagnóstico del CEJA destaca la imposibilidad del juez al dictar su resolución para percibir directamente el elemento probatorio, (por lo que) debe basar su decisión en la constancia elaborada por un funcionario distinto a él, que más allá de la responsabilidad y buena fe con la que desempeñe su labor, no puede transmitir todos los elementos para la valoración de la prueba que pueden percibirse cuando la prueba se presenta en forma directa, agregando que en la mayoría de los casos lo que el juez recibe son transcripciones de las declaraciones de los testigos en fase anterior al procedimiento. Op. cit., p. 46.

de diseño jurisprudencial, que no se corresponden con la obligada inmediación de los jueces ante la prueba expresada en forma oral y contradictoria. La sospecha sustituye a la inmediación.

Lo anterior ocurre, con ilimitada frecuencia, en los casos de presunciones de aleccionamiento y testigos sospechosos⁴⁹, por empleo en sus declaraciones de términos similares o incluso idénticos, que en la mayoría de los casos no provienen de la expresión oral del declarante, sino de la apreciación, interpretación, redacción o estilo del escribiente⁵⁰; igual conclusión

⁴⁹ Si los testigos se produjeron en los mismos términos y con mucha similitud su declaración engendra sospecha sobre su sinceridad y hace presumir válidamente que fueron aleccionados."Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, 64, Abril de 1993, Tesis VI. 2o. J/256, Jurisprudencia, Materia Común, página 49; Si en sus declaraciones los testigos usan casi los mismos términos, engendran sospecha fundada de que han sido preparados, y si bien es verdad que los testimonios deben ser uniformes, esto se refiere a lo sustancial de los hechos sobre que declaran, mas no a los mismos términos en las declaraciones. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, VII, Enero de 1991, Tesis Aislada, Materia Penal, página 505. Si en sus declaraciones los testigos usan casi los mismos términos, engendran sospecha fundada de que han sido testigos preparados; y si bien es verdad que los testimonios deben ser uniformes, esto se refiere a la sustancia y a los accidentes de los hechos sobre que declaran, mas no a los términos empleados en las declaraciones. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, VI, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1990, Tesis Aislada, Materia Penal, página 681; Si en sus declaraciones los testigos usan casi los mismos términos, engendran sospecha fundada de que han sido testigos preparados; y si bien es verdad que los testimonios deben ser uniformes, esto se refiere a la sustancia y a los accidentes de los hechos sobre que declaran, mas no a los términos empleados en las declaraciones. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, IV, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1989, Tesis VI. 1o. J/26., Jurisprudencia, Materia Común, página 668; La similitud de sus declaraciones puede indicar preparación previa en defensa del acusado, haciéndolos sospechosos de veracidad. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, LXXXIII, Tesis Aislada, Materia Penal, página 2066.

⁵⁰ Las declaraciones escritas siempre presentan un contenido propio del funcionario que tuvo a su cargo la recepción de la declaración, sea el estilo, la forma, el lenguaje o el vocabulario. GABRIEL TORRES, S., et. alt., op. cit., p. 32.

debe alcanzarse sobre consideraciones relativas a extemporaneidad de los testigos⁵¹, por mencionar sólo algunos casos, en que se opera con el cómodo recurso a la sospecha de aleccionamiento, como sustitutivo de la inmediación legal que debiera existir en la producción de la prueba y que sólo ocurre cuando es el juez quien presencia el interrogatorio, sin tener el prejuicio de la prueba formalmente obtenida por el Ministerio Público consignada en un acta, donde regularmente no existe respeto a los principios que hoy son norma constitucional y garantía del debido proceso.

Conforme a la mecánica de la escritura, las audiencias frecuentemente se reducen a *ratificaciones de escritos* en torno a computadoras y capturistas, por lo que es de esperar que la oralidad y el carácter adversarial del juicio, permitan la eliminación de formalismos⁵² odiosos e inútiles en la recepción de las declaraciones, que transcurren en comparecencias plagadas de pausas solemnes que reclama el sistema escritural, para convertir la voz en texto. Tal proceder propicia la intermediación entre emisor y receptor de la información, dando entrada a una práctica habitual y consecuente con la deformación

⁵¹ *Aunque la ley no menciona como invalidez de un testigo ‘la extemporaneidad’, de cualquier manera esta circunstancia se presta a suponer que hubo un aleccionamiento de la defensa sobre los testigos; máxime cuando no existe alguna causa que justifique la razón por la que esos testimonios se desahogan tiempo después de ocurrido el hecho delictivo que se investiga.* Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, XII, Diciembre de 2000, Tesis VI.1o.P. J/9, Jurisprudencia, Materia Penal, página 1348; *Aunque la ley no menciona como invalidez de un testigo, ‘la extemporaneidad’, de cualquier manera esta circunstancia se presta a suponer que hubo un aleccionamiento de la defensa sobre los testigos.* Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, tesis 749, página 481.

⁵² Al respecto, véase las debilidades captadas por el CEJA en las audiencias efectuadas como formalismos en los juzgados federales, *op. cit.*, pp. 96 y siguientes.

y entorpecimiento del flujo natural de la comunicación intersubjetiva entre los partícipes en la audiencia, perjudicando la agilidad de los procesos y la formación de convicción en el juez. Frecuentemente, el juez, o quien conduce la audiencia, va fraccionando en pausas el desarrollo y flujo natural de la información que aporta el testigo, ante la imprescindible *calificación de legalidad* de cada pregunta que se formule –*siempre en forma indirecta*–, por conducto de un secretario judicial, aun sin la existencia de objeción fundada de parte⁵³. Con ese proceder, se fija el acento, las más de las veces, no tanto en la calidad del dato que el declarante habrá de proporcionar para esclarecer los hechos, sino en la pertinencia formal del cuestionamiento formulado.

No sin razón han denunciado Baytelman y Duce, que el sistema inquisitivo (donde predomina la escritura) es *sobrecededoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces*⁵⁴.

⁵³ El artículo 586, párrafo quinto, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León determina que el Juez o Tribunal, *solamente por objeción fundada de parte*, manifestada oralmente, podrá desechar las preguntas impertinentes o inconducentes para los fines del proceso, así como las no claras o que ofusquen la razón, las que encierran diferentes significados, capciosas, las sugestivas planteadas en el interrogatorio por el oferente de la prueba salvo lo dispuesto en el párrafo tercero de este artículo, las que contienen más de un hecho y las ya contestadas. Antes de resolver sobre la objeción planteada, el Juez escuchará a la parte que formula la pregunta y determinará en ese momento si es fundada o infundada.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 26. El CEJA recomienda, por tanto, instalar *la idea de que un sistema acusatorio exige de los abogados, tanto de la acusación a través del Ministerio Público o de los querellantes particulares en cuanto de la defensa, preparación, estrategia y seguridad en los casos que concurrirán a defender a los estrados judiciales ya que las partes tienen incentivos para mostrar la mejor versión de su rol frente a la posibilidad de quedar evidenciados por la otra en su incompetencia o falta de preparación” por lo que no debe relevarse de su responsabilidad a las partes suprimiendo esos incentivos y estimulando comportamientos burocráticos y poco innovadores. Op. cit., pp. 70-71.*

La insoslayable presencia de las partes y el juez en la audiencia, reclama la mayor atención de los primeros para objetar el interrogatorio y ejercer la contradicción en el contraexamen, empeñando sus esfuerzos en sostener y demostrar la teoría del caso mediante la prueba que introduzcan al debate, armando el rompecabezas final con las piezas que integran las proposiciones fácticas en su alegato de clausura, donde se comprobará si efectivamente se cumplió la *promesa probatoria* condensada en su alegato inicial⁵⁵.

Ni qué decir del nivel de preparación que el nuevo sistema oral exige a los jueces, particularmente ante la prohibición constitucional expresa de delegar en persona alguna el desahogo y la valoración de las pruebas; de ahí que sea una decisión trascendente, el carácter unipersonal o colegiado⁵⁶ del Tribunal, ante la complejidad de sus tareas en la aprehensión de información que aporte la prueba introducida oralmente, para fallar exclusivamente sobre la base de lo visto y oído en la audiencia, combinadas con el rol de dirigir el debate y mantener el orden en la sala, así como la obligación de tomar la decisión inmediatamente después de clausurar el debate⁵⁷.

⁵⁵ Sobre el particular, CEJA señala en su diagnóstico que *el sistema acusatorio. . . obliga a las partes a producir información de calidad que permita al Juez tomar una buena decisión.* *Ibidem*, p. 68.

⁵⁶ Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, “Reglas de Mallorca”, establecen entre los principios del proceso, la regla A.4., que señala: *El juzgamiento, en caso de delitos graves, deberá ser competencia de Tribunales colegiados. Los delitos leves o faltas, podrán ser juzgados por Tribunales unipersonales.* El CEJA destaca que lo importante en esta decisión, *es lograr un diseño donde las personas que cumplan la función de control sean diferentes a las que vean el desarrollo del juicio,* *Ibidem*, p. 126.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 64 y 65. Precisa el CEJA que la diferencia de rol del juzgador, *consiste en que abandona su función habitual de guardián del trámite y la formalidad, para asumir la función de garante de los derechos de ambas partes.* *Ibidem*, p. 58.

V. Principio de contradicción

A pesar de los esfuerzos legislativos que han dotado a la defensa técnica de un mayor protagonismo en la etapa de la averiguación previa, la posibilidad de contradecir la prueba que el Ministerio Público está obligado a producir, para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se encuentra severamente dañada en esta fase del procedimiento⁵⁸. En el sistema mixto anterior a la reforma penal constitucional, se da la paradoja consistente en que el órgano de la acusación actúa de manera inquisitiva, al ser autoridad que investiga y prejuzga sobre presupuestos altamente estandarizados en su base probatoria para abrir la puerta del proceso penal.

Aun cuando Alberto Binder señaló en una de sus visitas a nuestro país que en México existen buenas bases para instaurar el sistema acusatorio⁵⁹, porque la división de las funciones de acusar y juzgar recaen en órganos distintos, con lo que encuentra un excelente punto de partida en la figura del Ministerio Público en su ya centenaria existencia, lo cierto es que el Ministerio Público, en el sistema aún vigente, debe traducir sus investigaciones en pruebas formales, en idénticas condiciones que el juez⁶⁰.

⁵⁸ El Dictamen de la Cámara de Diputados considera inclusive que *la idea de que el imputado puede defenderse en averiguación previa ha generado demagogia, injusticia e impunidad.*

⁵⁹ ARMENTA DEU destaca las diferencias entre los principios acusatorio y de contradicción al señalar que: *en tanto el principio acusatorio nos coloca en la perspectiva del órgano jurisdiccional frente a las partes y el objeto del proceso; el de contradicción se encamina a procurar que efectivamente las partes sean oídas y conozcan y puedan defenderse de y sobre todos los materiales de hecho y derecho que afectan a la resolución.* Op. cit., p. 84.

⁶⁰ Y es por ello que las mismas reglas sobre admisión y desahogo de prueba rigen en la averiguación previa como en la etapa del proceso penal

Por tanto, al hablar del contradictorio es necesario hacer referencia a la averiguación previa en el sistema de procedimiento penal aún vigente. Tanto los diagnósticos sobre el diseño y operatividad de esta etapa del procedimiento penal en nuestro medio, como las razones expuestas en los dictámenes de ambas Cámaras legislativas sobre la reforma penal constitucional, reconocen que el ejercicio probatorio sobre el delito y su autor discurre casi en su totalidad durante la fase indagatoria de la averiguación. En consecuencia, la actuación de los jueces se limita a una práctica de supervisión y validación del material probatorio que el Ministerio Público le hace llegar, el cual, por lo regular, ha sido obtenido sin respetar el principio de contradicción⁶¹.

(artículo 132 del Código Federal de Procedimientos Penales). MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ señala sobre el particular, que una creciente participación del Representante Social en funciones judiciales permite que las diligencias que aquél practique de acuerdo con la ley tengan valor probatorio pleno, lo que trae como consecuencia que el Ministerio Público determine la inocencia o culpabilidad de una persona con base en la fuerza legal y la costumbre judicial, sobre todo de acuerdo al principio de inmediatez. “Debido proceso penal...”, cit., p. 31.

⁶¹ Paradigma de esta realidad es la decisión asumida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación justificando la inercia del Ministerio Público para recabar prueba aun ante la ausencia del imputado y su defensor, haciendo impensable por ello, cualquier ejercicio contradictorio, ya que [...] si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcusco que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del imputado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio [...] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, XIX, Mayo de 2004, Tesis 1a./J. 31/2004, página 325. Sin embargo, GARCÍA RAMÍREZ es del parecer que la reunión de pruebas antes del juicio no contraviene, en sí

La situación actual se muestra aún más grave cuando, entre las razones que el constituyente permanente esgrimió para reducir la relevancia de la actividad probatoria que tiene el órgano de la acusación en la etapa de investigación, expuso la necesidad de un descenso en el estándar probatorio para que los jueces otorguen órdenes de aprehensión y dicten autos de vinculación a proceso⁶², siendo clara la intención de desformalizar la investigación⁶³, a fin de que la prueba en sentido estricto que sea la base para la condena o la absolución, se verifique en la audiencia del juicio oral. Y es que, por más que se busque otra salida, lo cierto es que el acopio de material probatorio formal y de cargo que realiza el Ministerio Público en definitiva no se adquiere con un ejercicio contradictorio⁶⁴, con independencia de no encontrarse vinculado a ningún control judicial en su función probatoria, pues persiste una vieja tradición jurisprudencial que, salvo ciertas concesiones en el rígido

misma de ninguna manera, el principio de contradicción, op. cit., p. 122, con lo cual convenimos, siempre que tales “pruebas” se entiendan más bien como datos que arroje la carpeta de investigación, pues como acontecerá en el nuevo sistema de acuerdo con la fracción III, Apartado A del artículo 20 constitucional, para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba, aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio oral.

⁶² CARBONELL Y OCHOA REZA, siguiendo a Alberto Bovino y Christian Hurtado, destacan como objetivo general de la reforma penal, que en la averiguación previa debe disminuirse el cúmulo de requisitos para que una persona pueda ser citada a juicio. *Op. cit.*, p. 15.

⁶³ *Ídem*. En contra, GARCÍA RAMÍREZ, S.: *op. cit.*, p. 119.

⁶⁴ Enseña CAFFERATA NORES, J. I., que *los pactos internacionales incorporados a la Constitución ...impiden que haya prueba de ‘cargo’ sin contradictorio, es decir, sin la posibilidad del imputado o su defensor de interrogar a los testigos u otras personas presentes en el tribunal, de obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y de que éstos puedan ser interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo, atribuciones que también extienden a otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos: no habrá ‘luz’ si ellas están en las sombras. La prueba en el proceso penal*, cit., p. 227.

criterio⁶⁵, no permiten el control judicial y/o constitucional de los actos que se producen en la averiguación previa, muchos menos de la falta de contradicción⁶⁶.

Una nociva realidad del sistema actual combina en una peligrosa mezcla que socava las posibilidades de la defensa técnica, por un lado, la ausencia del contradictorio en la etapa de la averiguación previa donde el Ministerio Público tiene amplias facultades de investigación y de prueba, aun a espaldas del imputado; por el otro, la regla de la *immediatez*, ya que todo ejercicio probatorio de testigos y peritos diverso al realizado por el Ministerio Público sin garantía del contradictorio para la defensa es fácilmente desestimado por los jueces al repetir la prueba en el proceso con la presencia de ambas partes, bajo el argumento del mayor valor probatorio de las *primeras declaraciones* y del fácil recurso a presunciones de aleccionamiento⁶⁷.

⁶⁵ Sobre las tradicionales razones expresadas en precedentes jurisprudenciales para impedir el control de la constitucionalidad de los actos del Ministerio Público en la averiguación previa, así como un caso excepcional cuando se involucra el análisis de la prescripción de la acción penal en esa etapa del procedimiento penal, véase ÁLVAREZ MORENO, J. H.: “Derribando el Monopolio de...”, cit., pp. 75 y siguientes.

⁶⁶ Señala el CEJA en su informe que *el establecimiento de un estándar muy alto para dar inicio al procedimiento penal sin ningún tipo de control jurisdiccional en la actuación efectuada durante esa etapa previa, ha generado como correlato la existencia de sentencias que en su contenido asumen lo actuado durante la averiguación previa, por lo que el Ministerio Público no necesita procurar una investigación que luego deba resistir un efectivo debate en juicio, ya que tal debate no se dará y la defensa ve muy acotada su posibilidad efectiva de ejercicio de ese derecho, puesto que la etapa en que se reúne mayor parte de la evidencia que se considerará en la sentencia, no cuenta con control judicial.* Op. cit., p. 38.

⁶⁷ Sobre la facilidad con que los jueces atribuyen valor probatorio a las diligencias de prueba que reciben del Ministerio Público sin contradicción alguna, baste reproducir el pensamiento de BAYTELMAN Y DUCE, cuando señalan que *es imposible confiar en ninguna información que no haya pasado por la prueba de la contradictoriedad.* Op. cit., p. 164.

Buenas perspectivas se dibujan en el horizonte mediato de la reforma penal constitucional derivado de su *vacatio legis*, con el establecimiento de la contradicción en ese rango, para alcanzar el objetivo de cumplir sus dos funciones esenciales. Por un lado, la tutela de los derechos de cada parte⁶⁸ que, como subraya Gómez Colomer, se traducen en la necesidad de que sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial⁶⁹. Por otro lado, su plena asunción como una técnica de verificación de los hechos⁷⁰.

VI. Principio de inmediación

El principio de inmediación⁷¹ va indisolublemente ligado a la contradicción y a la oralidad.

⁶⁸ Así, SFERLAZZA, O.: *op. cit.*, p. 61.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 27. Sobre los derechos que conlleva la vigencia del principio de contradicción y las facultades para la defensa, véase, CASANUEVA REGUART, S.: *op. cit.*, p. 87.

⁷⁰ *Cfr.*, SFERLAZZA, O.: *Ibidem*.

⁷¹ GARCÍA RAMÍREZ considera la inmediación como *el principio central de este régimen*, *op. cit.*, p. 119. Por su parte, CASANUEVA REGUART, enseña que la inmediación es *el principio básico que le da validez al juicio y el más importante para el juzgador*. *Op. cit.*, p. 85. El Dictamen de la Cámara de Senadores expresa que el principio de inmediación presupone que todos los elementos de prueba que son vertidos en un proceso y que servirán para la toma de decisiones preliminares en el proceso y la determinación de la responsabilidad penal de una persona, sean presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia, de modo tal que éste esté en aptitud de determinar, previa una valoración libre de la prueba ofrecida, la decisión en cuestión. Ya en sede de la legislación secundaria, el artículo 19 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal, define la inmediación como la obligación para el Juez de presenciar y dirigir de manera personal cada una de las diligencias y actuaciones que se practiquen en el proceso y no podrá delegar dicha obligación en persona alguna. El incumplimiento de dicha obligación será causa de nulidad y de responsabilidad para dicho funcionario.

A la oralidad, porque no puede exigirse la presencia física del juez en la audiencia, como no sea para verificar por sí y ante sí lo que en ella se exprese mediante la palabra hablada, ya que de otro modo bastaría remitirse al acta escrita que caracteriza al sistema actual, para apreciar indirectamente lo que quedó asentado, no lo que realmente se expresó por los testigos, peritos y el imputado⁷². A la contradicción, porque siendo el papel del juez, en el sistema acusatorio, constituirse en garante de los derechos de las partes y no el de vigilar el trámite y la formalidad⁷³, convenimos con Mora Mora en que el principio de la inmediación, que debe existir al desahogar la prueba, se logra mejor porque, en el procedimiento oral, se exige que el juez tenga un contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio; así, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente, llega la prueba al ánimo y percepción directa del juzgador⁷⁴.

En realidad, la reforma constitucional ha considerado tanto la inmediación formal⁷⁵ como la material⁷⁶, si bien se plantean tres excepciones, una de ellas consignada

⁷² Para MORA MORA, la inmediación es una consecuencia de la oralidad, *op. cit.*

⁷³ Así se puntualiza en el informe de CEJA, *op. cit.*, p. 58.

⁷⁴ *Ídem*.

⁷⁵ ROXIN señala que la inmediación formal consiste en que el Tribunal que dicta la sentencia debe observar por sí mismo la prueba sin dejar la recepción de la prueba a cargo de otras personas. *Op. cit.*, p. 394. El artículo 20 constitucional reformado señala en la fracción II, del apartado A, que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, que deberá realizarse de manera libre y lógica.

⁷⁶ Al respecto señala ROXIN, que *el Tribunal debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo, es decir que no puede utilizar equivalente probatorio alguno*. *Idem*. El artículo 20 constitucional reformado señala en la fracción III, del apartado A, que para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

expresamente en el texto constitucional (prueba anticipada) y las restantes se delinean en los dictámenes de ambas Cámaras legislativas, consistentes en la renuncia expresa del imputado a ser juzgado en un juicio oral a cambio de algún beneficio legal, así como los casos de delincuencia organizada en donde no sea posible reproducir la prueba en juicio⁷⁷.

La plena vigencia de la inmediación judicial, acarrearía sin duda cambios sensibles en la forma de resolver los conflictos penales y arrojará por la borda la tristemente célebre *justicia de secretarios*⁷⁸. Otras consecuencias serán la exclusión de la posibilidad de dictar sentencias –*salvo el procedimiento abreviado*– sobre la base del valor probatorio de las actas escritas levantadas en fases preliminares al juicio oral, excluyendo también otras pruebas o fuentes de conocimiento ajenas al juicio oral, como lo señala la fracción III, apartado A, del nuevo artículo 20 constitucional.

⁷⁷ Por su parte, BAYTELMAN Y DUCE, en referencia a la legislación chilena, señalan como excepciones importantes al principio de inmediación la anticipación de prueba, las lecturas acordadas por todas las partes, las ausencias imputables al acusado, los casos de coimputados rebeldes y las declaraciones previas inconsistentes, estas últimas, para “apoyo de memoria” y “contradicción con declaraciones previas”. *Op. cit.*, pp. 58-59. Sobre esto último, ROXIN precisa que: *en el caso de testigos o peritos (que) estén presentes, la lectura de actas sólo está permitida para ayudarlos a recordar y para verificar o eliminar contradicciones*. *Op. cit.*, p. 397.

⁷⁸ Existe una preocupación sensible en el medio judicial sobre el destino que habrán de tener los secretarios de los jueces, cuando los primeros abandonen por mandato constitucional el “refugio de su privado”. Al respecto, el análisis de CEJA sobre las debilidades y fortalezas del Poder Judicial de la Federación para la implementación de la reforma constitucional, reconoce que la figura actual del abogado que coadyuva en la toma de decisiones por parte del Juez pierde su fundamento (p. 96), por lo que al estar prohibida la delegación de facultades, surge la necesidad de creación de nuevos jueces, debiendo evaluarse la posibilidad de que bajo ciertos procedimientos previos de capacitación y evaluación, parte de ese personal que posee un excelente nivel, asuma los roles para cubrir los jueces necesarios (p. 146). *op. cit.*, pp. 96 y 146.

VII. Principios de concentración y de continuidad

La metodología de audiencias⁷⁹, que sustituye a la metodología de la escritura y actas, también implica que todos los actos necesarios para concluir el juicio se realicen en la misma audiencia, esto es, que se desarrolle en conjunto, de preferencia en una sola audiencia o en varias, pero en la menor cantidad posible⁸⁰, siempre que en este último caso sean ininterrumpidas, que entre ellas no se verifiquen lapsos de tiempo demasiado prolongados favorecedores del olvido y la imprecisión. Bien podría decirse que la audiencia es una sola, pero puede llevarse a cabo mediante varias sesiones.

El principio de la concentración, a nuestro juicio, pretende procurar y garantizar la unidad esencial del debate y prescindir de demoras injustificadas, dilaciones innecesarias⁸¹ y actos que faciliten la suspensión del procedimiento, vulnerando así el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva, completa, pronta y expedita que establece el artículo 17 constitucional.

En realidad, ambos principios (contradicción y continuidad) nos parece que van indisolublemente unidos y presentan elementos comunes⁸², provenientes

⁷⁹ Sobre los tipos de audiencias ante los jueces de control o garantía y el Tribunal del juicio oral en Chile, véase, CARBONELL, M., Y OCHOA REZA, E.: *op. cit.*, p.69, nota 23.

⁸⁰ Véase CASANUEVA REGUART, S.: *op. cit.*, p. 82.

⁸¹ Al decir de LEONARDO FRANK: *impone este principio la obligatoriedad de que los actos constitutivos de las sesiones del debate se cumplan en el tiempo y número estrictamente necesarios, sin dilaciones de ninguna especie.* *op. cit.*, p. 35.

⁸² Así lo señala atinadamente, GARCÍA RAMÍREZ, S.: *op. cit.*, p. 125. El autor critica también en forma acertada, que el Dictamen de la Cámara de Senadores haga referencia, al definir la concentración, a la necesidad de que el desahogo de pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deban ocurrir en un mismo *acto procesal*. Quizá hubiese sido más correcto señalar que estos “actos procesales”, deben ocurrir en una misma audiencia, como señala el propio dictamen en ocasión de precisar el principio de continuidad.

de la celeridad procesal, pues, como dice Roxin, en las disposiciones sobre el juicio oral se puede reconocer el principio de concentración: todo el juicio oral debe ser realizado, en lo posible, de forma continua⁸³.

No obstante, el CEJA considera que la audiencia debe comenzar y terminar con continuidad, sin extenderse más allá de la jornada laboral y, para los casos excepcionales, la suspensión se dará hasta el día siguiente, retomándose inmediatamente, de forma tal que posibilite a las partes una coherencia en sus argumentaciones y al juzgador un real conocimiento de los hechos, las pruebas y las peticiones⁸⁴.

La exigencia de que el juicio sea concentrado y continuo deriva en una serie de prohibiciones que, de vulnerarse, acarrean la nulidad de lo actuado y fundamentan la reposición de la audiencia del juicio oral desde su comienzo y ante diverso juez. Así, en principio, no parece plausible, para dar cumplimiento a la continuidad del debate –*como comúnmente ocurre en la práctica actual*–, permitir que el tribunal se ocupe de otras audiencias de manera simultánea o sin haber concluido mediante resolución una anterior, pues ello: *atenta contra la concentración y bien podría llevar confusión al juzgador, con hechos de diversos asuntos*⁸⁵.

⁸³ *Op. cit.*, p. 116.

⁸⁴ *Ibídем*, pp. 54-55.

⁸⁵ MORA MORA, L. P.: *op. cit.* Por su parte, GABRIEL TORRES, EDGARDO BARRITA Y DAZA GÓMEZ, son de opinión que *no debe intercalarse entre las audiencias de un Juicio Oral la realización de un debate en el marco de otro proceso penal*, *op. cit.*, p. 45. En el mismo sentido, CASANUEVA REGUART, S.: *op. cit.*, p. 83. El CEJA por su parte, señala que *los jueces deben estar dedicados a la realización de audiencias y, a diferencia de la posibilidad actual de llevar a cabo diligencias en paralelo por el trabajo de los secretarios de juzgado, la prohibición de delegación de funciones claramente indica que el Juez sólo podrá sostener una audiencia por vez, y el principio de continuidad manda que esa audiencia deba concluir antes de iniciar otra*. *Op. cit.*, p. 63.

Otro problema derivado de la continuidad y la concentración que despierta preocupación en la doctrina nacional, es la necesidad de que el juez tome una decisión de calidad, justo después de que se cierre el debate⁸⁶ y no como ocurre en la práctica cotidiana actual, cuando *lo permitan las labores del juzgado*. Al respecto, es menester matizar el entendimiento de esta obligación, ya que no conlleva el imperativo de efectuar un pronunciamiento simultáneo que se produzca automáticamente al finalizar la audiencia. La exigencia derivada de los principios analizados, ligados a la inmediación del juez en la audiencia, *no quiere decir que no deba(n) tomarse el tiempo de deliberación que requiera(n) hasta alcanzar una decisión*⁸⁷, ya que puede existir cierto espacio de tiempo desde la finalización del debate hasta la emisión del pronunciamiento.

VIII. Conclusiones

La reforma penal constitucional dispone que el proceso sea acusatorio y oral, esta última característica común a todas las actuaciones en las que deban intervenir los sujetos procesales. La metodología de audiencias sustituye al sistema escritural, lo que implica que las decisiones judiciales, sobre todo si afectan derechos, se

⁸⁶ Señala SERGIO GARCÍA RAMÍREZ que, en su parecer: *esta celeridad no sirve a la justicia*, agregando que *pudiera convenir en casos de extrema sencillez, a la manera de una justicia de paz o un procedimiento de ‘barandilla’, pero de ningún modo en los supuestos de mayor complejidad*. *Op. cit.*, p. 125.

⁸⁷ BAYTELMAN, A., Y DUCE, M.: *op. cit.*, p. 72. Consideran la deliberación previa a la emisión del fallo, los códigos de Procedimientos Penales de Chihuahua (artículo 371) y de Oaxaca (artículo 384), éste último, fijando un máximo de veinticuatro horas de duración. Por su parte, el informe de CEJA considera que la decisión debe tomarse inmediatamente terminado el debate o clausurada la audiencia, salvo el caso de la deliberación que debe darse en asuntos del conocimiento de los tribunales colegiados. *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

adopten siempre frente a las partes, una vez que se les ha dado la oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchadas, salvo los casos que, por su naturaleza, requieren sigilo judicial.

La idea que gira en torno al proceso de corte acusatorio es la nítida y clara división de las funciones de acusar y juzgar, depositadas en órganos distintos e independientes, instituyendo la oralidad como vehículo para posibilitar la mejor realización de los principios que rigen el debido proceso penal en México, a partir de la entrada en vigor de la reforma.

El PRINCIPIO DE IGUALDAD, si bien no se menciona expresamente al lado de los subsiguientes, lo cierto es que ya encontraba asidero en el texto constitucional vigente y hoy es refrendado al mencionar los principios específicos del proceso, al establecer: *la plena vigencia de igualdad de armas que proporciona el contradictorio y la prohibición de comunicaciones relativas a cuestiones procesales con el juez, sin la presencia de ambas partes.* (artículo 20, Apartado “A”, fracciones V, última parte, y VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

El PRINCIPIO DE PUBLICIDAD exige que todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas, testigos o del interés público.

El PRINCIPIO DE ORALIDAD, a pesar de que en los dictámenes de ambas colegisladoras no se considera como un principio, sí constituye un vehículo para posibilitar el resto de los principios, consistiendo en el predominio de la palabra hablada sobre la escrita para la celebración de las audiencias, mismas que podrán ser registradas por cualquier medio que aporte la ciencia y la tecnología. La pretensión de sustituir el expediente escrito es evidente en esta metodología de trabajo.

El PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN, por virtud del cual las partes podrán rebatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio.

El PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN, cuyo significado exige que el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución, ocurran en un mismo acto procesal.

El PRINCIPIO DE CONTINUIDAD, que entraña la necesidad de que la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrolle ante el juez y las partes, en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en la ley.

IX. Bibliografía

- AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ÁNGEL: “Debido proceso penal. Sistema acusatorio y oral y derecho de excepción”, en *Revista del Instituto Federal de la Defensoría Pública*. Año 3, Número 6, México.
- ALBRECH, PETER-ALEXIS: “El Derecho Penal en la intervención de la Política Populista”, en *La Insostenible situación del Derecho Penal*. Comares, Granada, 2000.
- ÁLVAREZ MORENO, JORGE H.: “Derribando el Monopolio de la Acción Penal” en *Revista del Instituto Federal de la Defensoría Pública*. Año 3, Número 6, México.
- ARMENTA DEU, TERESA: *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- BAYTELMAN, ANDRÉS Y DUCE, MAURICIO: *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- BAUMANN, JÜRGEN: *Derecho Procesal Penal (conceptos)*

fundamentales y principios procesales). Depalma, Buenos Aires, 1986.

- CAFFERATA NORES, JOSÉ I.: *La prueba en el proceso penal.* Depalma, Buenos Aires, 1998.
- CARBONELL, MIGUEL Y OCHOA REZA, ENRIQUE: *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*. Segunda edición, Porrúa, México, 2008
- CASANUEVA REGUART, SERGIO E.: *Juicio Oral. Teoría y Práctica.* Porrúa, México, 2008.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA): *El Sistema Penal Acusatorio en México: Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.
- GABRIEL TORRES, SERGIO, et al.: *Principios Generales del Juicio Oral Penal,* Flores Editor y Distribuidor, México, 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO: *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008).* Porrúa, México, 2008.
- GARCÍA ROJAS, ROGELIO G.: “Cuando el juicio se convierte en una farsa”, en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, Año 3, Número 6, México.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal.* 11^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GOROSTIAGA, MANUEL J.: “El secreto y la publicidad del sumario en el Código Procesal de la Nación”, en *Garantías Constitucionales e investigación penal.* Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan (comps.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- JAÉN VALLEJO, MANUEL: *Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno. Estudios sobre cuestiones*

de especial relevancia constitucional. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

- LEONARDO FRANK, JORGE: *Sistema criminal acusatorio y Juicio oral.* Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1986.
- MACEDO AGUILAR, CARLOS: *Derecho Procesal Penal con juicio predominantemente oral penal.* Flores Editor y Distribuidor, Segunda edición, México, 2007.
- MORA MORA, LUIS PAULINO: “La importancia del juicio oral en el proceso penal”. Resumen de la ponencia presentada en el Congreso Regional sobre reforma de la Justicia Penal. Guatemala, Ciudad de Guatemala 5-8 de marzo de 1991.
- SFERLAZZA, OCTAVIO: *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada.* Fontamara, México, Reimpresión, 2006.
- ROXIN, CLAUS: *Derecho Procesal Penal.* Traducción de la 25^a. Edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SCHÜNEMANN, BERND: “¿Crisis del Procedimiento Penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*, Tecnos. Madrid, 2002.
- ZAFFARONI, E., VEGA, P, GUSIS, G., *Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los Países de América Latina. Situación Regional.* Primera Edición, Porrúa, México, 2007.

Inconstitucionalidad de la limitante prevista en el artículo 478 de la Ley General de Salud, por violación a los principios de igualdad, no discriminación, derecho a la salud y a la readaptación de los internos

*José Baños Labastida**

RESUMEN: Se considera que es inconstitucional la limitante prevista en el artículo 478 de la Ley General de Salud, que permite que el ministerio público ejerza acción penal en contra de los farmacodependientes o consumidores que sean hallados en posesión ciertos narcóticos dentro de los lugares de reclusión, no así respecto a aquellos que se encuentran en libertad. Lo anterior porque el constituyente incumplió con los principios de igualdad, no discriminación, derecho a la salud y a la readaptación de los internos, establecidos tanto en nuestro marco constitucional como en diversos instrumentos internacionales suscritos por México. Se inobservó la obligación de garantizar un trato idéntico entre personas ubicadas en las mismas condiciones y circunstancias, ya que en razón de que una persona se encuentra privada de la libertad, ya no se le da el trato de enfermo como aquellos que se encuentran en libertad, sino en trasgresión al derecho a la salud y a ser rehabilitado; en ese sentido, se impone al Poder

* Defensor Público Federal.

Judicial la exigencia de sancionarlo con pena privativa y pecuniaria, sin que la pena de prisión que ahora se establece a los drogadictos sea la ruta jurídica para combatir la industria ilegal de narcótico que se planteó en dicha reforma.

SUMARIO: Introducción. I.- Consideraciones previas. II.- Principios de igualdad y no discriminación. III.- Derecho a la salud y a la readaptación social de los internos. IV.- Instrumentos internacionales incumplidos. V. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

La disyuntiva que será objeto del presente análisis es la surgida del decreto de reformas y adiciones en materia de narcomenudeo, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el veinte de agosto de dos mil nueve; este decreto, entre otras modificaciones, trasladó la excluyente del delito, que se encontraba prevista en el anterior artículo 199 del Código Penal Federal al diverso numeral 478 de la Ley General de Salud, estableciéndose las circunstancias bajo las cuales el Ministerio Público no ejercerá acción penal en contra de los farmacodependientes o consumidores que sean hallados en posesión de alguno de los narcóticos referidos en la tabla a que hace alusión el numeral 479 de ese ordenamiento. Sin embargo, de acuerdo con la fracción II del artículo 475 de la citada ley de salud, se dispuso una limitante respecto a un sector de la población, que son los farmacodependientes que se encuentran en los *centros de reclusión*, de lo que resulta la interrogante: ¿la diferencia de trato hecha por el legislativo respecto a determinado grupo de personas es o no contraria a los principios de igualdad, no discriminación, derecho

a la salud y a la readaptación social de los internos que establece nuestro ordenamiento supremo?

I. Consideraciones previas

Como primer punto, conviene precisar quiénes son los sujetos que exceptuó el legislador de responder penalmente por la posesión de narcóticos en cantidades igual o inferiores a las que se especifican en el artículo 479 de la Ley General de Salud. Al respecto, el numeral 478 de este ordenamiento establece la procedencia de este beneficio respecto a quienes tengan la calidad de *farmacodependiente* o *consumidor*, los que, acorde con el diverso numeral 192 Bis, son:

I. Farmacodependiente: Toda persona que presenta algún signo o síntoma de dependencia a estupefacientes o psicotrópicos;

II. Consumidor: Toda persona que consume o utilice estupefacientes o psicotrópicos y que no presente signos ni síntomas de dependencia.

En ese sentido la Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-1999, para la prevención, tratamiento y control de las adicciones, señala:

Adicción o dependencia, al conjunto de fenómenos del comportamiento, cognoscitivos y fisiológicos, que se desarrollan luego del consumo repetido de una sustancia psicoactiva.

Adicto o farmacodependiente, a la persona con dependencia a una o más sustancias psicoactivas.

Si bien el término *toxicómano* fue suprimido de la legislación penal desde la reforma de 31 de diciembre de 1974, para ser sustituido por las expresiones que actualmente conocemos, cabe mencionar que, de acuerdo con la interpretación de la Suprema Corte, se

entendía por tal no a los sujetos que consumían droga por lapsos cortos o largos, sino a quienes no podían prescindir del consumo de estupefacientes¹; esto último se corresponde con lo que actualmente la ley consagra como farmacodependientes.

Hechas las precisiones anteriores, es de puntualizarse que, para efectos de exceptuar de la punibilidad, la ley da un mismo trato tanto a los farmacodependientes como a los consumidores, respecto de quienes, por razón de política criminal o criminológica, se ha considerado la conveniencia de no aplicarles pena alguna, cuando se encuentren en posesión de cierto tipo de drogas, en cantidades estrictamente necesarias para su consumo personal; esto último, según algunos autores, constituyen excluyentes de responsabilidad, causas de exclusión del delito, causas de impunidad o excusas absolutorias; las excusas son definidas por el maestro Castellanos Tena como: *aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena*², lo cual, como él mismo nos precisa, obedece a que el Estado, por razones de justicia y equidad, no sanciona determinadas conductas de acuerdo con una prudente política criminal.

Sin embargo, más allá de esta aclaración, interesa referirnos a la figura prevista en el numeral 478 de la Ley General de Salud, como excluyente del delito, conforme a lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 1492/2007, en el que, entre otros puntos, estableció:

¹ Tesis sustentada por la Primera Sala, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, página: 56, Séptima Época, con el rubro SALUD, DELITO CONTRA LA EXCUSA ABSOLUTORIA. CONCEPTO DE TOXICOMANÍA.

² CASTELLANOS TENA, F.: *Lineamientos Elementales...*, cit., p. 278.

[...] resulta inconstitucional considerar a la farmacodependencia como una excusa absolvatoria, cuando en realidad, por lo expuesto en esta resolución, no debería de procesarse y declararse responsable a quien comete una conducta como consecuencia de una enfermedad así reconocida por la propia legislación mexicana, tomando en cuenta que en la propia ley penal se establece, para los mismos casos pero en diferentes circunstancias, la no farmacodependencia y el consumo personal como excluyente del delito.

II. Principios de igualdad y no discriminación

El principio aristotélico se refiere a la igualdad como: *tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales.*

El maestro Ignacio Burgoa señaló que: *jurídicamente, la igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentran en determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emana de dicho estado*³. Este autor ubicó las garantías específicas de igualdad en los artículos 1, 2, 4, 12 y 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La idea jurídica de igualdad implica, en términos generales, que frente a una situación jurídica determinada todos los individuos tengan los mismos deberes, derechos y obligaciones. Este principio constituye una garantía constitucional que obliga a que, en ningún caso, la autoridad pueda establecer un trato diferente frente a los gobernados que se ubiquen en las mismas situaciones jurídicas⁴.

³ BURGOA ORIHUELA, I.: *Las Garantías Individuales*, cit., p. 251.

⁴ Cfr. ROJAS CABALLERO, A. D.: *Las Garantías Individuales en México*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 93.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al emitir la opinión consultiva OC-4/84, se pronunció sobre ese derecho y expuso que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza⁵.

Es de puntualizar que la limitante para que las autoridades establezcan un trato discriminatorio respecto al goce de las prerrogativas constitucionales, incluye al creador de la norma y no únicamente a las autoridades encargadas de su aplicación, por lo que el Poder Legislativo, al emitir leyes, no puede establecer que determinados individuos tengan ciertas garantías y otros no.

El principio de igualdad como tal no se encuentra previsto en un único precepto constitucional, sino que se desprende de diversos artículos constitucionales, los que establecen un límite a la actividad del legislador, a quien se le exige razonabilidad en la diferencia de trato, como se detalla en la tesis 2a. LXXXII/2008, sustentada por la Segunda Sala, consultable a foja 448, del tomo

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia opiniones consultivas, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serieA_04_esp.pdf.

XXVII, Junio de 2008, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, con el rubro y texto siguiente:

PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. El principio de igualdad tiene un carácter complejo en tanto subyace a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1o., primer y tercer párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los preceptos constitucionales referidos constituyen normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, tales poderes, en particular el legislador, están vinculados al principio general de igualdad, establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por el otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las

imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Ahora bien, por lo que concierne al principio de no discriminación, por tal podemos entender toda aquella distinción sin causa justificada racionalmente que causa un daño y perjuicio a una persona en la esfera de su dignidad.

Como un aspecto negativo, podemos entender la discriminación como el trato desigual dado a una persona por motivo de sus creencias, raza, sexo, condición social, origen étnico, preferencias sexuales o cualquier otra circunstancia que, sin justificación, le dé un trato diferente a la de determinado grupo. Pero para que funcione una sociedad no puede darse un mismo trato a todos, sino que es necesario establecer ciertas limitantes, las cuales, para que se ajusten a un sistema que respete la dignidad del hombre, debe existir una razón lo suficientemente fuerte que permita sustentar la diferencia entre determinado miembro del grupo.

De la Torre Martínez señala que la discriminación implica que se reduzca a una persona por una condición o característica, con lo que se genera un acto discriminatorio el cual: *consiste esencialmente en el menosprecio del otro, en la infravaloración que una persona hace de otra*⁶.

⁶ DE LA TORRE MARTINEZ, C.: *El Derecho a la...,* cit., p. 51.

Por último, conviene citar la interpretación efectuada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la opinión consultiva OC-4/84 señalada anteriormente, en la que estableció:

En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.⁷

Violación al principio de igualdad y no discriminación

De un examen comparativo del numeral 478 de la Ley General de Salud con las garantías de igualdad y no discriminación ya referidas, se puede observar que la medida restrictiva prevista en tal precepto vulnera el derecho subjetivo público de los farmacodependientes y consumidores de ser tratados en la misma forma en que lo son aquellas personas que también tienen esas calidades, pero que se encuentran en un lugar de reclusión.

El Constituyente Permanente incumplió con la obligación y el deber del Estado Mexicano de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas condiciones y circunstancias, ya que a los enfermos de adicción que se encuentran recluidos se les niega la posible exclusión del castigo penal, por una circunstancia creada el propio legislador, dejando a un

⁷ *Idem.*

lado las razones de justicia y equidad, por las cuales no resulta punible la conducta de los adictos.

El precepto a cuya inconstitucionalidad nos referimos afecta los derechos fundamentales de los adictos en reclusión por el trato desigual que se implementó, ya que la Constitución Federal no hace una división de trato entre las personas que se encuentran privadas de la libertad y aquellas que sí se encuentran. Por lo que es claro que, si tal diferenciación no se establece en la Constitución, una norma secundaria no puede hacerlo y menos cuando prevé una sanción penal para determinado grupo y el derecho a una rehabilitación para otro.

En una situación como la descrita está en juego el respeto a la dignidad humana de personas privadas de la libertad que no puede ser delimitado por el órgano legislativo de manera injustificada. De ahí que el hecho de establecerse que a una persona, por el sólo hecho de no gozar de su libertad, se le dé un trato de manera diferente a las que se encuentran en libertad se considere una división injusta y segregacionista, que se aparta del espíritu garantista de nuestro ordenamiento supremo. De modo que las personas libres sí pueden disponer de su cuerpo y, en caso, de que su salud corra un riesgo sí tienen derecho a una rehabilitación, pero, en contraposición, si una persona es sometida a algún tipo de reclusión, ya no dispone de su persona y, por consecuencia, además del daño que genera el consumo de sustancias tóxicas, se obliga a que juzgador le imponga una sanción, ya no por el delito que cometieron sino por el lugar en el que se encuentran.

En lo que se refiere a este principio de igualdad, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la garantía consagrada en el artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos prohíbe al legislador que, al emitir normas, incurra en actos de discriminación, se atente contra la dignidad humana y se anulen o menoscaben los derechos y libertades de las personas. El Poder Legislativo está obligado a asegurar, en los más amplios términos, el goce de los derechos fundamentales y, atendiendo a nuestro sistema actual de protección, las garantías deben ser interpretadas siempre en sentido amplio, en tanto las restricciones deben serlo de manera limitativa.

Lo anterior se confirma con el contenido de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2008, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable a foja 175, del tomo XXVII, Abril de 2008, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, con el rubro y texto siguientes:

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni

suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa,

sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

Contrario a tal criterio, el Constituyente Permanente, al emitir la restricción para la procedencia de la citada excluyente del delito, conculcó la garantía de igualdad a que nos referimos, pues el que una persona se encuentre privada de la libertad impide que se le dé el trato de enfermo, como ocurre con aquellos que se encuentran en libertad y, así, se trasgrede el derecho a ser rehabilitado; hay que recordar que se impone al Poder Judicial la exigencia de sancionarlo con pena privativa y pecuniaria, que puede ir de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días de multa, de conformidad con el numeral 476 de ordenamiento en cita. Por tal motivo, el legislador se apartó de la prohibición de introducir tratos desiguales de manera arbitraria, además de que no existe racionalidad en la imposición de una pena de prisión a un adicto, pues lo que buscaba la reforma era combatir el narcomenudeo sin criminalizar a las personas que consumen narcóticos.

Como se observa en la iniciativa presentada a los congresistas, para su estudio y discusión, se señaló que no se debía tratar como delincuentes a los adictos a las drogas, sino que se debía procurar su tratamiento y rehabilitación, por lo que la marginación de un determinado grupo de adictos no es compatible con los fines pretendidos por la reforma; en este sentido, la referida iniciativa plasmó:

Sin embargo, no compartimos que criminalizar a los jóvenes que consumen narcóticos sea una medida que permita combatir realmente al flagelo del

narcomenudeo. Es necesario priorizar la prevención del consumo y el tratamiento de los farmacodependientes, más que reprimirlos y hacerlos víctimas de las extorsiones por parte de policías, agentes del ministerio público y juzgadores, como actualmente ocurre.

El combate al narcomenudeo es un buen pretexto para criminalizar el consumo y, por ende, a los adictos, quienes no deben ser sujetos de persecución policiaca sino de tratamiento médico, psicológico y social. La línea que divide al consumidor o adicto del narcomenudista es ambigua y, por tanto, al ser aplicada con discrecionalidad por autoridades policiacas y judiciales se abre la puerta para todo tipo de arbitrariedades, injusticias y violaciones a los derechos civiles de consumidores y adictos⁸.

Las autoridades que intervinieron en el proceso legislativo que culminó con la entrada en vigor de la restricción prevista en el artículo 478 de la Ley General de Salud vulneraron la garantía de igualdad consagrada en nuestro marco constitucional y en diversos tratados internacionales suscritos por México. Esto porque, como lo ha establecido nuestro más alto tribunal, *el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria*, sino que tal facultad está limitada al cumplimiento y respeto de las garantías de los gobernados. A mayor abundamiento, la limitación tiene que ser con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los márgenes marcados por las previsiones constitucionales, debiendo existir racionalidad y adecuación con la medida

⁸ Gaceta del Senado, no. 269, 9 de octubre de 2008. Iniciativa con Proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales. INICIATIVA DE SENADOR (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRD).

y que ésta sea apta para conducir al fin u objetivo que el legislador pretende alcanzar. Lo que desde luego no acató el Poder Legislativo, pues, como se ha señalado, la restricción es contraria a la supuesta rehabilitación que se pretende otorgar a las personas farmacodependientes. En ese sentido, es aplicable la tesis de jurisprudencia 1a./J. 55/2006, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable a foja 75, del tomo XXIV, Septiembre de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, con el rubro y texto siguientes:

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino

que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

Tampoco el trato desigual hecho por el legislador puede justificarse por los fines de la norma, ya que, conforme a lo expuesto en la iniciativa de reforma, con ésta se pretendía combatir el narcotráfico y procurar la rehabilitación de los adictos, derivado de que nuestro país había dejado de ser un país de tránsito de la droga que se dirigía a Estados Unidos de América, para convertirse en un país consumidor. Por el contrario, la pena de prisión que ahora se establece a los drogadictos no es la ruta jurídica para combatir la industria ilegal de narcóticos que se persigue con dicha reforma, sino que ahora son objeto de castigo también los destinatarios de la droga. Al respecto, en la iniciativa enviada por el Ejecutivo Federal, se expuso:

De igual forma, se precisa el no ejercicio de la acción penal cuando: a) la persona posea medicamentos que contengan narcóticos de los mencionados en la tabla, y por la naturaleza y cantidad de los mismos, se concluya que es el necesario para su tratamiento; b) la persona se encuentre en posesión de peyote u hongos alucinógenos cuando por la cantidad y circunstancias se presuma que serán utilizados en ceremonias, usos y costumbre indígenas; c) quien posea alguno de los narcóticos señalados dentro de los límites de la tabla, es decir para su consumo personal e inmediato, se somete y cumple voluntariamente el tratamiento médico respectivo para atender su farmacodependencia o en el caso de los no farmacodependientes, a los programas de prevención correspondientes que al efecto señale la autoridad sanitaria⁹.

⁹ Gaceta del Senado, no. 264, 2 de octubre de 2008. Iniciativa con Proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales. Iniciativa del Presidente de la República y en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 71, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se observa de la nueva distribución de competencia surgida con la modificación legislativa, en el artículo 13, apartado C, de la Ley General de Salud, no se pretendía endurecer las penas contra los adictos sino contra quienes lucran con la droga, ya que a la Federación y a las entidades federativas les corresponde emprender diversas acciones en materia de drogas, que son:

- 1.- La prevención del consumo de narcóticos,
- 2.- La atención a las adicciones y,
- 3.- La persecución de los delitos contra la salud, en los términos del artículo 474 de esta Ley.

Por consiguiente, al ser tres las actividades que las autoridades deben priorizar en materia de narcóticos, resulta incompatible con nuestro sistema normativo el que a los drogadictos que se encuentren en un centro de reclusión se les pretenda ubicar dentro del tercer supuesto, en vez de colocarlos en los dos primeros. Por esta razón, carece de justificación el trato desigual implementado por el legislador, en razón de que la pena de prisión no es la vía para logar la prevención del consumo de narcóticos, sino que se debe impulsar la prevención y atención a las adicciones.

Como se destacó, lo que se pretendía con la modificación legislativa era el combate al narcomenudeo, la implementación de programas de prevención y la recuperación de los toxicómanos; empero lo que genera el impedimento de esta pretensión es que se margine a las personas que padecen alguna adicción por la circunstancia de no gozar de libertad. Al decir la iniciativa que pretendía atacar el fenómeno del narcotráfico al que se enfrenta el Estado mexicano, no guarda congruencia con buscar ahora castigar a las personas que se encuentran en los centros carcelarios, soslayando que, ante las condiciones de hacinamiento en que viven los reclusos y la inadecuada

atención de las adicciones, es frecuente que recurran a las drogas.

Así pues, se advierte que la aludida distinción se aleja del orden constitucional porque la diferencia de trato no es congruente con el respeto a la dignidad de todos los seres humanos, debido a que tanto los adictos en reclusión como los que se encuentran en libertad se ubican en supuestos sustancialmente idénticos (posesión de droga para consumo personal) y, a pesar de ello, son tratados de distinta manera por el legislador. Antes bien, la diferenciación carece de justificación objetiva y razonable, ya que muestra una política pública de trato desigual por simples razones de circunstancia.

Por tanto, no es posible sustentar constitucionalmente el referido trato desigual, toda vez que la mencionada distinción es inválida porque la diferencia de trato no es congruente con el respeto a la dignidad de todos los seres humanos; existen supuestos de hecho sustancialmente idénticos (posesión de droga para consumo personal) que son tratados de distinta manera y la diferenciación carece de justificación objetiva y razonable: muestra una política pública deliberada de trato desigual. A esta situación se suma que someter a proceso penal a un farmacodependiente, que sólo posee narcóticos para su consumo personal, no es el medio idóneo para solucionar el problema de la dependencia a las drogas; por el contrario, se afecta gravemente su derecho a ser rehabilitado.

III. Derecho a la salud y a la readaptación de los internos

Lo establecido en el numeral 478 de la Ley General de Salud, conforme al sistema tutelar de derechos humanos, se considera una medida discriminatoria que atenta contra la salud y la rehabilitación de las personas internas

en un centro de readaptación. Esto es, porque anula el derecho de este grupo de adictos para recuperarse de las adicciones y de estar en condiciones de ser reintegrados a la sociedad una vez cumplida la pena, sustituyendo las medidas sanitarias establecidas en la Ley General de Salud, por la máxima represión del Estado, que es la privación de la libertad.

Soslaya el legislador que, no obstante que se encuentren privados de su libertad, los dependientes a las drogas son enfermos (como lo ha establecido la Organización Mundial de la Salud) y no criminales. Y contrario a la reincorporación social que debería buscarse en los centros carcelarios, se introduce una punibilidad draconiana en contra de los adictos, quienes, en caso de ser sorprendidos en posesión de alguna droga, verán castigada su conducta con un mayor periodo de reclusión.

Se deduce la inconstitucionalidad de tal precepto, puesto que, antes de establecer una pena a los drogadictos, se debió priorizar en medidas encaminadas a buscar la readaptación social de los internos por medio de asistencia médica, así como con programas de prevención y orientación. Se tuvo que tomar en cuenta que la pena de prisión no sólo es un castigo impuesto por la sociedad, sino que también cumple con el fin de buscar la preparación de los reos para que, una vez que cumplan con la sanción, puedan reintegrarse a la sociedad, lo que se logra, en el caso de los toxicómanos, con las providencias correspondientes y con la capacitación y educación que se les brinde para que puedan desempeñar una actividad lícita. Al respecto, el maestro Sergio García Ramírez indica que: *la readaptación social pretende que el infractor vuelva a observar el comportamiento que regularmente se sigue –y aprueban– los integrantes de la sociedad a*

*la que pertenece*¹⁰. Por ello, la reclusión no se debe usar como medio disuasorio para que los farmacodependientes y consumidores se abstengan de allegarse de droga.

La referida discriminación infringe el nuevo sistema de reinserción penal, previsto en el párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: *El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir...*¹¹

Por ende, en vez de buscar la rehabilitación de los farmacodependientes y consumidores que se localizan en los centros carcelarios, ellos son discriminados y tratados de manera diferente por el legislador, ya no porque hayan realizado alguna actividad relacionada con el narcomenudeo, sino por la sola circunstancia de estar en reclusión. Aunado a que someter a un proceso penal a un farmacodependiente, que sólo posee narcóticos para su estricto consumo personal, no es el medio idóneo para solucionar el problema de narcotráfico en que se sustentó dicha reforma y, por el contrario, afecta gravemente el derecho a ser rehabilitado a que hace referencia el citado precepto constitucional.

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo I y II, comentada por el Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 203. Citado por: LARA ESPINOZA, S.: *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 238.

¹¹ La entrada en vigor de este precepto constitucional está supeditada a las reglas señaladas en el artículo quinto transitorio del decreto de reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, que establece: *El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.*

Ahora bien, el artículo 478, párrafo primero, parte inicial, de la Ley General de Salud señala que no se ejercerá acción penal *en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor*, lo que no debe ser valorado de manera aislada, sino exige efectuar una interpretación sistemática con lo establecido en el numeral 481 del mismo ordenamiento, que prevé:

El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto identifique que una persona relacionada con un procedimiento es farmacodependiente, deberá informar de inmediato y, en su caso, dar intervención a las autoridades sanitarias competentes, para los efectos del tratamiento que corresponda. En todo centro de reclusión se prestarán servicios de rehabilitación al farmacodependiente[...].

Lo anterior trae como consecuencia que, al haber establecido el legislador, por un lado, que las personas que se encuentren en un centro de reclusión reciban un tratamiento para su rehabilitación y, por otro, que se les imponga una pena privativa de libertad a aquellas que sean sorprendidas en posesión de un narcótico, se presente una contradicción en la que debe prevalecer los derechos a la salud y a la readaptación.

Así pues, tal limitante resulta inconstitucional, ya que la recuperación de una persona que presenta adicción hacia determinada substancia tóxica no puede lograrse a través de la imposición una pena de prisión, sino por medio de un tratamiento médico, cuya prestación es una exigencia para las instancias sanitarias, como lo dispone el numeral 481 del ordenamiento en materia de salud.

Es evidente que la reforma pretendía combatir el narcomenudeo, mediante la persecución y castigo de cualquier forma de comercio y distribución de droga, así como el procurar la recuperación y cura de los

toxicómanos; de ahí que no está justificado el impedimento a que a los adictos que se encuentran fuera de los centros de reclusión se les exima de una pena y se les procure un tratamiento mientras el ministerio público debe proceder en contra de aquellos que se encuentren en un centro de reclusión.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el proceso penal no es la vía correcta para el tratamiento de un farmacodependiente, ya que deben ser remitidos a las autoridades sanitarias para los efectos del tratamiento que corresponda, sin que se justifique que grave la situación de un adicto recluido utilizando el máximo sistema represor con que cuenta el Estado. Este punto de vista se aprecia en la tesis P. VII/2010, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable a foja 19, del tomo XXXI, Febrero de 2010, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, con el rubro y texto:

EXCUSA ABSOLUTORIA. EL ARTÍCULO 199, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL DERECHO A LA SALUD (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009). El citado precepto, al establecer que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal no se le aplicará pena alguna, viola el derecho a la salud contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues permite someterlo a un proceso penal y, posiblemente, declararlo culpable del delito de posesión de narcóticos, ya que al tratarse de un enfermo en nada contribuye a su rehabilitación determinar su responsabilidad en ese delito. El

derecho a la salud está integrado por diversas acciones positivas y negativas por parte del Estado, entre las que destacan: 1) la obligación de prevenir la existencia de enfermedades, y 2) cuando no se ha podido prevenir la enfermedad, debe garantizar el tratamiento y, en caso de que el padecimiento lo permita, la rehabilitación del enfermo, para lo cual no puede obstaculizarla. Esto implicaría que como parte del derecho a la salud debe entenderse que un enfermo tiene el derecho a ser tratado con dignidad, pues de lo contrario no se lograría su rehabilitación, violando así el contenido básico del propio derecho. Cabe destacar, que el derecho a tratamiento (rehabilitación) comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de auxilio en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra enfermedades infecciosas, pero en ningún caso, la prevención, tratamiento y lucha de enfermedades puede utilizar como vía para lograr otros fines del derecho penal, por compleja o estigmatizada que sea la enfermedad relacionada con el comportamiento del individuo. Así, cuando a un farmacodependiente –enfermo– se le instaura un proceso penal en su contra y se le llega a declarar culpable de un delito con motivo de la posesión de droga para su propio consumo, se

le estigmatiza y etiqueta, con lo cual no se colabora para su rehabilitación. En otras palabras, no puede considerarse que el proceso penal sea la vía correcta para el tratamiento de un farmacodependiente, pues puede ser remitido a las autoridades sanitarias para los efectos del tratamiento que corresponda, sin utilizar el máximo sistema represor con que cuenta el Estado, como lo es el derecho penal. Por ello, en nada ayuda a la rehabilitación de una persona el hecho de que una vez consignada una causa penal por posesión de drogas para consumo personal, se tenga que seguir un proceso penal a pesar de que se demuestre que es un farmacodependiente y, eventualmente, pueda llegarse a dictar una sentencia en la que se establezca que el culpado es penalmente responsable, aunque no se le aplique pena alguna, pues el solo hecho de considerarlo responsable del delito de posesión de droga para el consumo personal, a pesar de que se demuestre pericialmente que se trata de un enfermo, constituye una violación al derecho a la salud, dado que dicha resolución no ayuda a su rehabilitación.

Conviene resaltar que, en la resolución que dio origen a la anterior tesis, la Corte sostuvo que someter a un farmacodependiente a un proceso penal y declararlo culpable de un delito, cuando sólo posee droga para su estricto uso personal, por el simple hecho de ser un adicto, un enfermo farmacodependiente, atenta contra su derecho a la salud, ya que en nada contribuye a su rehabilitación determinar que es un delincuente. En este aspecto, a un farmacodependiente no puede exigírsele otra conducta, pues, en realidad, es un enfermo que no puede controlar su adicción.

Así pues, si en un primer momento la limitante establecida el artículo 478, párrafo primero, de la Ley

General de Salud pudiera justificarse con el argumento de que a una persona localizada en un centro de reclusión se le diera un trato desigual de aquellas que se encuentran en libertad, como anteriormente se sostuvo en la tesis IV.2o.P.12 P¹², bajo la consideración de que los centros penitenciarios tienen por objeto la readaptación sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación, no era factible estimar que dentro de un centro de reclusión se estuviera en posesión de algún narcótico.

Sin embargo, como quedó expuesto anteriormente, contrario a la anterior postura, se puede considerar que los principios igualdad, no discriminación, derecho a la salud y a la readaptación, deben ser valorados de manera conjunta a fin de salvaguardar su unidad jurídica y dar observancia a los fines protectores perseguidos por nuestro marco constitucional. De ahí que, de la confrontación de la limitante establecida el artículo 478, párrafo primero, de la Ley General de Salud, con nuestro marco constitucional, se obtiene que la restricción, para que les sea aplicada la excluyente del delito prevista en tal disposición a los farmacodependientes o consumidores que se encuentran privados de su libertad, constituye sin duda una medida discriminatoria y violatoria del principio de igualdad. No se justifica un trato desigual tanto a los adictos como a

¹² La tesis sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, número IV.2o.P.12 P, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVIII, agosto de 2003, página: 1748, Novena Época, con el rubro: *EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. CASO EN QUE NO SE SURTE.*”, fue superada por la tesis por contradicción 1a./J. 103/2004, sustentada por la Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, marzo de 2005, página 132, Novena Época, con el rubro: “*EXCUSA ABSOLUTORIA. LA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, TAMBIÉN SE ACTUALIZA CUANDO EL FARMACODEPENDIENTE A QUIEN SE LE ENCUENTRA EN POSESIÓN DEL NARCÓTICO ESTÁ RECLUIDO EN UN CENTRO DE READAPTACIÓN SOCIAL*”.

los toxicómanos, por la sola circunstancia de encontrarse en un centro de reclusión, pues con ello se transgrede no sólo la garantía de igualdad, sino también el derecho a la salud y rehabilitación que sí se les permite a aquellas personas que no se encuentran privadas de su libertad.

IV. Instrumentos internacionales incumplidos

Dentro del marco internacional, el principio de igualdad incumplido se encuentra establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, que establece:

Artículo 7.

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

La protección a la igualdad y a la no discriminación también se encuentra establecida en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, adoptada en la Ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, en los artículos 2 y 24, que señala:

Artículo 2.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 24.- Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

El derecho a la salud está previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 25, que señala:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en su artículo 12, se señala:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Finalmente cabe destacar que el Estado Mexicano, al imponer la restricción que sufren los farmacodependientes y adictos que se encuentran en reclusión y esa limitante ser contraria a los principios a que nos hemos referido, puede ser sujeto a una responsabilidad internacional conforme lo ha establecido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-14/94, en ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 64.1 de la Convención de Derechos Humanos. La CIDH determinó:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

V. Conclusiones

PRIMERA.- No es posible sustentar constitucionalmente la limitante prevista en el artículo 478 de la Ley General de Salud, que introdujo un trato desigual y discriminatorio en contra de un determinado sector de la población, toda vez que no existe una justificación objetiva y razonable para introducir en la norma una diferencia de trato, en supuestos de hecho sustancialmente idénticos (posesión de droga para consumo personal) respecto a gobernados que se encuentran en un mismo plano de desigualdad (dependencia a las drogas).

SEGUNDA.- Obligar al juzgador a imponer una pena de prisión a los farmacodependientes que sólo posean narcóticos en mínimas cantidades para satisfacer su adicción, por la sola circunstancia de encontrarse privados de su libertad, no es el medio idóneo para solucionar el problema de narcotráfico que enfrenta nuestro país; no se justifica el trato excepcional establecido en el aludido precepto, al no existir congruencia entre el trato distinto planteado por la norma y los fines que el legislador pretendió alcanzar con la exclusión de cierto sector de la población de un beneficio legal.

TERCERA.- De la confrontación de los principios de igualdad, no discriminación, derecho a la salud y a

la readaptación con la limitante establecida el artículo 478, párrafo primero, de la Ley General de Salud, se desprende que este último precepto es contrario a nuestro marco constitucional y a los diversos instrumentos internacionales suscritos por México en estas materias.

Bibliografía

- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO: *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, 28^a edición, México, 1996.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, CARLOS: *El Derecho a la No Discriminación*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO: *Curso de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 2005.
- OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO: *Delitos Contra la Salud*, Editorial Porrúa, Mexico, 2000.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO: *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

Análisis del artículo 23 del Código Fiscal de la Federación en materia de cumplimiento de sentencias en el juicio de amparo

*Nadia Ibeth Belman Fuentes**

RESUMEN: La Ley de Amparo, en su artículo 80, establece que la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación. Sin embargo, en materia fiscal, cuando el juez de Distrito ordena la devolución de las cantidades que pagó el quejoso, la autoridad fiscal, al cumplir con el fallo protector, compensa una parte del total, ante la existencia de algún crédito fiscal a nombre del contribuyente. En esta tesitura, el juzgador considera que no se ha dado el cumplimiento exacto a la ejecutoria, no obstante, la autoridad aduce que, de conformidad con la legislación tributaria, no puede abstenerse de realizar compensaciones de oficio aun cuando al hacerlo no se ajusten a las pretensiones de los gobernados. Derivado de lo anterior, se plantea una reforma al numeral 23 del Código Fiscal de la Federación, que establece la facultad de la autoridad para realizar compensaciones de oficio, en virtud de que vulnera la esfera jurídica del quejoso que obtiene el amparo y protección de la Justicia Federal.

* Abogada postulante.

SUMARIO: Introducción. I. Los problemas en la ejecución de sentencias ejecutorias en materia fiscal: exposición de un caso práctico. II. Breve análisis del artículo 23 del Código Fiscal de la Federación. III. El fundamento de la compensación de oficio. IV. Nuestra propuesta. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Introducción

El juicio de amparo es una institución cuyo objetivo es asegurar la supremacía efectiva de la Carta Magna y la forma de gobierno republicana, representativa, democrática y federal; se creó con la finalidad de proteger o tutelar los derechos de las personas y el orden jurídico nacional, contra las violaciones realizadas por parte de las autoridades públicas. Es el medio del que dispone el particular cuando ve vulneradas sus garantías individuales por un acto de la autoridad; en el ámbito de los instrumentos jurisdiccionales, el amparo es un juicio que se inicia por la acción ejercitada por cualquier gobernado ante los órganos federales, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlos de su eficiencia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine.

Pues bien, tras señalar algunas características del juicio de amparo, hago notar que el presente artículo tiene por objeto analizar el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación y presentar una propuesta para agilizar el cumplimiento de las sentencias de amparo en materia fiscal en beneficio de la administración de justicia ante las constantes violaciones a las garantías individuales que cometan las autoridades fiscales. Hay que advertir que, en la actualidad, no hay norma jurídica que prevea cómo debe cumplirse una sentencia de amparo en el supuesto

que ésta ordene devolver un pago efectuado por concepto de la aplicación de un impuesto impugnado.

I. Los problemas en la ejecución de sentencias ejecutorias en materia fiscal: exposición de un caso práctico

Para ilustrar algunos obstáculos a que se enfrentan los quejoso que obtuvieron sentencias de amparo favorables, iniciaré mi exposición explicando, brevemente, el proceso de ejecución de sentencias dictadas en el juicio de amparo en materia fiscal que determinan que procede la devolución del pago de lo indebido.

Cabe destacar que este caso es anterior a la publicación del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria del 22 de octubre de 2007; en este cuerpo normativo, la Administración General de Auditoría Fiscal Federal cuenta con diversas facultades, antes reservadas a otras administraciones, como la de Recaudación: en esas facultades se incluye la función que desempeña el Departamento de Devoluciones y Compensaciones de la Subadministración de Devoluciones y Compensaciones.

Cuando una sentencia ha causado ejecutoria, el juez de Distrito procede a requerir el cumplimiento a las autoridades responsables, en este caso la Administración Local de Recaudación y la Administración General de Grandes Contribuyentes, si se trata de un gobernado que tribute como gran contribuyente. En consecuencia, una vez que la Unidad Administrativa correspondiente recibe el requerimiento formulado por el juez de Distrito, esta unidad solicita al juzgador la siguiente documentación:

- Copia certificada de la sentencia dictada en el juicio de amparo y del acuerdo por el que causó ejecutoria.
- El último domicilio fiscal y Registro Federal de Contribuyentes del quejoso que fue amparado en la sentencia.

Con base en esa documentación, se determina a qué unidad administrativa del Servicio de Administración Tributaria le corresponde cumplir con la sentencia de amparo, en función de su circunscripción territorial.

En ocasiones, cuando se solicita esa documentación, se le informa al juez que sin la documentación antes mencionada, se carece de los elementos necesarios para cumplimentar el fallo protector y se invocan los numerales 17-A, 21, y 22 del Código Fiscal de la Federación, que textualmente señalan:

Artículo 17-A. El monto de las contribuciones, aprovechamientos, así como de las devoluciones a cargo del fisco federal, se actualizará por el transcurso del tiempo y con motivo de los cambios de precios en el país, para lo cual se aplicará el factor de actualización a las cantidades que se deban actualizar. Dicho factor se obtendrá dividiendo el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes anterior al más reciente del periodo entre el citado índice correspondiente al mes anterior al más antiguo de dicho periodo. Las contribuciones, los aprovechamientos, así como las devoluciones a cargo del fisco federal, no se actualizarán por fracciones de mes.

En los casos en que el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes anterior al más reciente del periodo, no haya sido publicado por el Banco de México, la actualización de que se trate se realizará aplicando el último índice mensual publicado.

Los valores de bienes u operaciones se actualizarán de acuerdo con lo dispuesto por este Artículo, cuando las leyes fiscales así lo establezcan. Las disposiciones señalarán en cada caso el periodo de que se trate.

Las cantidades actualizadas conservan la naturaleza jurídica que tenían antes de la actualización. El monto

de ésta, determinado en los pagos provisionales y del ejercicio, no será deducible ni acreditable.

Cuando el resultado de la operación a que se refiere el primer párrafo de este artículo sea menor a 1, el factor de actualización que se aplicará al monto de las contribuciones, aprovechamientos y devoluciones a cargo del fisco federal, así como a los valores de bienes u operaciones de que se traten, será 1.

Las cantidades en moneda nacional que se establezcan en este Código, se actualizarán cuando el incremento porcentual acumulado del Índice Nacional de Precios al Consumidor desde el mes en que se actualizaron por última vez, exceda del 10%. Dicha actualización entrará en vigor a partir del 1 de enero del siguiente ejercicio a aquél en el que se haya dado dicho incremento. Para la actualización mencionada se considerará el período comprendido desde el último mes que se utilizó en el cálculo de la última actualización y hasta el último mes del ejercicio en el que se exceda el porcentaje citado. Para estos efectos, el factor de actualización se obtendrá dividiendo el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes inmediato anterior al más reciente del período entre el Índice Nacional de Precios al Consumidor correspondiente al último mes que se utilizó en el cálculo de la última actualización.

Tratándose de cantidades que se establezcan en este Código que no hayan estado sujetas a una actualización en los términos del párrafo anterior, para llevar a cabo su actualización, cuando así proceda en los términos de dicho párrafo, se utilizará el Índice Nacional de Precios al Consumidor correspondiente al mes de noviembre del ejercicio inmediato anterior a aquél en el que hayan entrado en vigor.

Para determinar el monto de las cantidades a que se

refieren los párrafos sexto y séptimo de este artículo, se considerarán, inclusive, las fracciones de peso; no obstante lo anterior, dicho monto se ajustará para que las cantidades de 0.01 a 5.00 pesos en exceso de una decena, se ajusten a la decena inmediata anterior y de 5.01 a 9.99 pesos en exceso de una decena, se ajusten a la decena inmediata superior.

El Servicio de Administración Tributaria realizará las operaciones aritméticas previstas en este artículo y publicará el factor de actualización así como las cantidades actualizadas en el Diario Oficial de la Federación.

Cuando de conformidad con las disposiciones fiscales se deban realizar operaciones aritméticas, con el fin de determinar factores o proporciones, las mismas deberán calcularse hasta el diezmilésimo.

Artículo 21. Cuando no se cubran las contribuciones o los aprovechamientos en la fecha o dentro del plazo fijado por las disposiciones fiscales, su monto se actualizará desde el mes en que debió hacerse el pago y hasta que el mismo se efectúe, además deberán pagarse recargos en concepto de indemnización al fisco federal por la falta de pago oportuno. Dichos recargos se calcularán aplicando al monto de las contribuciones o de los aprovechamientos actualizados por el período a que se refiere este párrafo, la tasa que resulte de sumar las aplicables en cada año para cada uno de los meses transcurridos en el período de actualización de la contribución o aprovechamiento de que se trate. La tasa de recargos para cada uno de los meses de mora será la que resulte de incrementar en 50% a la que mediante Ley fije anualmente el Congreso de la Unión.

Los recargos se causarán hasta por cinco años, salvo en los casos a que se refiere el artículo 67 de

este Código, supuestos en los cuales los recargos se causarán hasta en tanto no se extingan las facultades de las autoridades fiscales para determinar las contribuciones o aprovechamientos omitidos y sus accesorios, y se calcularán sobre el total del crédito fiscal, excluyendo los propios recargos, la indemnización a que se refiere el párrafo séptimo de este artículo, los gastos de ejecución y las multas por infracción a disposiciones fiscales.

- I. (Se deroga).
- II. (Se deroga).
- III. (Se deroga).
- IV. (Se deroga).
- V. (Se deroga).

Los recargos se causarán hasta por diez años y se calcularán sobre el total del crédito fiscal, excluyendo los propios recargos, la indemnización a que se refiere el párrafo séptimo de este Artículo, los gastos de ejecución y las multas por infracción a disposiciones fiscales.

En los casos de garantía de obligaciones fiscales a cargo de terceros, los recargos se causarán sobre el monto de lo requerido y hasta el límite de lo garantizado, cuando no se pague dentro del plazo legal.

Cuando el pago hubiera sido menor al que corresponda, los recargos se computarán sobre la diferencia.

Los recargos se causarán por cada mes o fracción que transcurra a partir del día en que debió hacerse el pago y hasta que el mismo se efectúe.

Cuando los recargos determinados por el contribuyente sean inferiores a los que calcule la oficina recaudadora, ésta deberá aceptar al pago y procederá a exigir el remanente.

El cheque recibido por las autoridades fiscales que sea presentado en tiempo y no sea pagado, dará lugar al cobro del monto del cheque y a una indemnización que será siempre del 20% del valor de éste, y se exigirá independientemente de los demás conceptos a que se refiere este artículo. Para tal efecto, la autoridad requerirá al librador del cheque para que, dentro de un plazo de tres días, efectúe el pago junto con la mencionada indemnización del 20%, o bien, acredice fehacientemente, con las pruebas documentales procedentes, que se realizó el pago o que dicho pago no se realizó por causas exclusivamente imputables a la institución de crédito. Transcurrido el plazo señalado sin que se obtenga el pago o se demuestre cualquiera de los extremos antes señalados, la autoridad fiscal requerirá y cobrará el monto del cheque, la indemnización mencionada y los demás accesorios que correspondan, mediante el procedimiento administrativo de ejecución, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso procediere.

Cuando el contribuyente pague en una sola exhibición el total de las contribuciones omitidas, en forma espontánea, en los términos del Artículo 73 de este Código, el importe de los recargos no excederá de los causados durante un año.

Si se obtiene autorización para pagar a plazos, ya sea en forma diferida o en parcialidades, se causarán además los recargos que establece el Artículo 66 de este Código, por la parte diferida.

En el caso de aprovechamientos, los recargos se calcularán de conformidad con lo dispuesto en este Artículo sobre el total del crédito fiscal, excluyendo los propios recargos, los gastos de ejecución y la

indemnización a que se refiere este Artículo. No causarán recargos las multas no fiscales.

Las autoridades fiscales podrán condonar total o parcialmente los recargos derivados de un ajuste a los precios o montos de contraprestaciones en operaciones entre partes relacionadas, siempre que dicha condonación derive de un acuerdo de autoridad competente sobre las bases de reciprocidad, con las autoridades de un país con el que se tenga celebrado un tratado para evitar la doble tributación, y dichas autoridades hayan devuelto el impuesto correspondiente sin el pago de cantidades a título de intereses.

En ningún caso las autoridades fiscales podrán liberar a los contribuyentes de la actualización de las contribuciones o condonar total o parcialmente los recargos correspondientes.

Artículo 22. Las autoridades fiscales devolverán las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan conforme a las leyes fiscales. En el caso de contribuciones que se hubieran retenido, la devolución se efectuará a los contribuyentes a quienes se les hubiera retenido la contribución de que se trate. Tratándose de los impuestos indirectos, la devolución por pago de lo indebido se efectuará a las personas que hubieran pagado el impuesto trasladado a quien lo causó, siempre que no lo hayan acreditado; por lo tanto, quien trasladó el impuesto, ya sea en forma expresa y por separado o incluido en el precio, no tendrá derecho a solicitar su devolución. Tratándose de los impuestos indirectos pagados en la importación, procederá la devolución al contribuyente siempre y cuando la cantidad pagada no se hubiere acreditado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, se aplicará

sin perjuicio del acreditamiento de los impuestos indirectos a que tengan derecho los contribuyentes, de conformidad con lo dispuesto en las leyes que los establezcan.

Cuando la contribución se calcule por ejercicios, únicamente se podrá solicitar la devolución del saldo a favor cuando se haya presentado la declaración del ejercicio, salvo que se trate del cumplimiento de una resolución o sentencia firmes, de autoridad competente, en cuyo caso, podrá solicitarse la devolución independientemente de la presentación de la declaración.

Si el pago de lo indebido se hubiera efectuado en cumplimiento de acto de autoridad, el derecho a la devolución en los términos de este artículo, nace cuando dicho acto se anule. Lo dispuesto en este párrafo no es aplicable a la determinación de diferencias por errores aritméticos, las que darán lugar a la devolución siempre que no haya prescrito la obligación en los términos del penúltimo párrafo de este artículo.

Cuando en una solicitud de devolución existan errores en los datos contenidos en la misma, la autoridad requerirá al contribuyente para que mediante escrito y en un plazo de 10 días aclare dichos datos, apercibiéndolo que de no hacerlo dentro de dicho plazo, se le tendrá por desistido de la solicitud de devolución correspondiente. En este supuesto no será necesario presentar una nueva solicitud cuando los datos erróneos sólo se hayan consignado en la solicitud o en los anexos. Dicho requerimiento suspenderá el plazo previsto para efectuar la devolución, durante el período que transcurra entre el día hábil siguiente en que surta efectos la notificación del requerimiento y la fecha en que se atienda el requerimiento.

Cuando se solicite la devolución, ésta deberá efectuarse dentro del plazo de cuarenta días siguientes a la fecha en que se presentó la solicitud ante la autoridad fiscal competente con todos los datos, incluyendo para el caso de depósito en cuenta, los datos de la institución integrante del sistema financiero y el número de cuenta para transferencias electrónicas del contribuyente en dicha institución financiera debidamente integrado de conformidad con las disposiciones del Banco de México, así como los demás informes y documentos que señale el Reglamento de este Código; tratándose de contribuyentes que dictaminen sus estados financieros por contador público autorizado en los términos del artículo 32-A de este Código, el plazo para que las autoridades fiscales efectúen la devolución será de veinticinco días; cuando el contribuyente emita sus comprobantes fiscales digitales a través de la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, el plazo para que las autoridades fiscales realicen la devolución será de veinte días. Las autoridades fiscales, para verificar la procedencia de la devolución, podrán requerir al contribuyente, en un plazo no mayor de veinte días posteriores a la presentación de la solicitud de devolución, los datos, informes o documentos adicionales que considere necesarios y que estén relacionados con la misma. Para tal efecto, las autoridades fiscales requerirán al promovente a fin de que en un plazo máximo de veinte días cumpla con lo solicitado, apercibido que de no hacerlo dentro de dicho plazo, se le tendrá por desistido de la solicitud de devolución correspondiente. Las autoridades fiscales sólo podrán efectuar un nuevo requerimiento, dentro de los diez días siguientes a la fecha en la que se haya cumplido el primer requerimiento, cuando se refiera a

datos, informes o documentos que hayan sido aportados por el contribuyente al atender dicho requerimiento. Para el cumplimiento del segundo requerimiento, el contribuyente contará con un plazo de diez días y le será aplicable el apercibimiento a que se refiere este párrafo. Cuando la autoridad requiera al contribuyente los datos, informes o documentos, antes señalados, el período transcurrido entre la fecha en que se hubiera notificado el requerimiento de los mismos y la fecha en que éstos sean proporcionados en su totalidad por el contribuyente, no se computará en la determinación de los plazos para la devolución antes mencionados.

Cuando en la solicitud de devolución únicamente existan errores aritméticos en la determinación de la cantidad solicitada, las autoridades fiscales devolverán las cantidades que correspondan, sin que sea necesario presentar una declaración complementaria. Las autoridades fiscales podrán devolver una cantidad menor a la solicitada por los contribuyentes con motivo de la revisión efectuada a la documentación aportada. En este caso, la solicitud se considerará negada por la parte que no sea devuelta, salvo que se trate de errores aritméticos o de forma. En el caso de que las autoridades fiscales devuelvan la solicitud de devolución a los contribuyentes, se considerará que ésta fue negada en su totalidad. Para tales efectos, las autoridades fiscales deberán fundar y motivar las causas que sustentan la negativa parcial o total de la devolución respectiva.

No se considerará que las autoridades fiscales inicien el ejercicio de sus facultades de comprobación, cuando soliciten los datos, informes, y documentos, a que se refiere el sexto párrafo anterior, pudiendo ejercerlas en cualquier momento.

Cuando con motivo de la solicitud de devolución la autoridad inicie facultades de comprobación con el objeto de comprobar la procedencia de la misma, los plazos a que hace referencia el párrafo sexto del presente artículo se suspenderán hasta que se emita la resolución en la que se resuelva la procedencia o no de la solicitud de devolución. El citado ejercicio de las facultades de comprobación concluirá dentro de un plazo máximo de noventa días contados a partir de la fecha en la que se notifique a los contribuyentes el inicio de dichas facultades. En el caso en el que la autoridad, para verificar la procedencia de la devolución, deba requerir información a terceros relacionados con el contribuyente, así como en el de los contribuyentes a que se refiere el apartado B del artículo 46-A de este Código, el plazo para concluir el ejercicio de facultades de comprobación será de ciento ochenta días contados a partir de la fecha en la que se notifique a los contribuyentes el inicio de dichas facultades. Estos plazos se suspenderán en los mismos supuestos establecidos en el artículo 46-A de este Código.

El ejercicio de las facultades de comprobación para verificar la procedencia de la devolución, será independiente del ejercicio de otras facultades que ejerza la autoridad con el fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales del contribuyente. La autoridad fiscal podrá ejercer las facultades de comprobación con el objeto de verificar la procedencia de cada solicitud de devolución presentada por el contribuyente, aun cuando se encuentre referida a las mismas contribuciones, aprovechamientos y períodos.

Si concluida la revisión efectuada en el ejercicio

de facultades de comprobación para verificar la procedencia de la devolución, se autoriza ésta, la autoridad efectuará la devolución correspondiente dentro de los 10 días siguientes a aquél en el que se notifique la resolución respectiva. Cuando la devolución se efectúe fuera del plazo mencionado se pagarán intereses que se calcularán conforme a lo dispuesto en el artículo 22-A de este Código.

El fisco federal deberá pagar la devolución que proceda actualizada conforme a lo previsto en el artículo 17-A de este Código, desde el mes en que se realizó el pago de lo indebido o se presentó la declaración que contenga el saldo a favor y hasta aquél en el que la devolución esté a disposición del contribuyente. Para el caso de depósito en cuenta, se entenderá que la devolución está a disposición del contribuyente a partir de la fecha en que la autoridad efectúe el depósito en la institución financiera señalada en la solicitud de devolución.

Cuando en el acto administrativo que autorice la devolución se determinen correctamente la actualización y los intereses que en su caso procedan, calculados a la fecha en la que se emita dicho acto sobre la cantidad que legalmente proceda, se entenderá que dicha devolución está debidamente efectuada siempre que entre la fecha de emisión de la autorización y la fecha en la que la devolución esté a disposición del contribuyente no haya transcurrido más de un mes. En el supuesto de que durante el mes citado se dé a conocer un nuevo índice nacional de precios al consumidor, el contribuyente tendrá derecho a solicitar la devolución de la actualización correspondiente que se determinará aplicando a la cantidad total cuya devolución se autorizó, el

factor que se obtenga conforme a lo previsto en el artículo 17-A de este Código, restando la unidad a dicho factor. El factor se calculará considerando el periodo comprendido desde el mes en que se emitió la autorización y el mes en que se puso a disposición del contribuyente la devolución.

El monto de la devolución de la actualización a que se refiere el párrafo anterior, deberá ponerse, en su caso, a disposición del contribuyente dentro de un plazo de cuarenta días siguientes a la fecha en la que se presente la solicitud de devolución correspondiente; cuando la entrega se efectúe fuera del plazo mencionado, las autoridades fiscales pagarán intereses que se calcularán conforme a lo dispuesto en el artículo 22-A de este Código. Dichos intereses se calcularán sobre el monto de la devolución actualizado por el periodo comprendido entre el mes en que se puso a disposición del contribuyente la devolución correspondiente y el mes en que se ponga a disposición del contribuyente la devolución de la actualización.

Cuando las autoridades fiscales procedan a la devolución sin ejercer las facultades de comprobación a que se hace referencia en el párrafo noveno del presente artículo, la orden de devolución no implicará resolución favorable al contribuyente, quedando a salvo las facultades de comprobación de la autoridad. Si la devolución se hubiera efectuado y no procediera, se causarán recargos en los términos del artículo 21 de este Código, sobre las cantidades actualizadas, tanto por las devueltas indebidamente como por las de los posibles intereses pagados por las autoridades fiscales, a partir de la fecha de la devolución.

La obligación de devolver prescribe en los mismos términos y condiciones que el crédito fiscal. Para

estos efectos, la solicitud de devolución que presente el particular, se considera como gestión de cobro que interrumpe la prescripción, excepto cuando el particular se desista de la solicitud.

La devolución podrá hacerse de oficio o a petición del interesado.

Cuando las autoridades fiscales procedan a la devolución sin ejercer las facultades de comprobación a que se hace referencia en el párrafo noveno del presente artículo, la orden de devolución no implicará resolución favorable al contribuyente, quedando a salvo las facultades de comprobación de la autoridad. Si la devolución se hubiera efectuado y no procediera, se causarán recargos en los términos del artículo 21 de este Código, sobre las cantidades actualizadas, tanto por las devueltas indebidamente como por las de los posibles intereses pagados por las autoridades fiscales, a partir de la fecha de la devolución.[...]

Finalmente, la autoridad suele solicitar un plazo razonable a efecto de que, una vez que cuente con los documentos señalados, pueda satisfacerse lo ordenado por el fallo protector y se acredeite ante el juzgado en forma inmediata.

Una vez que la autoridad recaudadora recibe el último domicilio fiscal con el Registro Federal de Contribuyentes, procede a analizar los documentos de la siguiente forma:

Primero: indaga si, conforme a sus registros, la contribuyente le corresponde su circunscripción territorial; en el supuesto en que verifique que el contribuyente pertenece a otra circunscripción territorial, la autoridad remite los documentos a la unidad administrativa del Servicio de Administración Tributaria respectivo, a fin de que esta dependencia cumpla con la sentencia; segundo:

la autoridad destinataria debe aceptar su competencia y examina la ejecutoria, con el objeto de reconocer los efectos respecto de los cuales se otorgó la protección constitucional al quejoso.

Del análisis efectuado a la ejecutoria de amparo, se desprenden dos efectos:

- a) Con la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma jurídica, el efecto del amparo consiste en no aplicar el precepto legal al contribuyente en el futuro, hasta en tanto no sea reformado.
- b) La devolución de las cantidades que haya enterado por concepto de la aplicación del impuesto impugnado.

En este sentido, la unidad administrativa, en estricto cumplimiento a la ejecutoria, le comunica al quejoso que, en adelante, no aplicará la disposición legal mencionada en la sentencia ejecutoria.

Por otra parte, para que se pueda dar un total cumplimiento a la resolución de amparo, el contribuyente deberá acreditar, fehacientemente, ante la autoridad fiscal, el monto de las devoluciones.

Así las cosas, la autoridad requiere al contribuyente que, dentro de un plazo de X contado a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación del requerimiento, proporcione, ante la Administración Local de Recaudación correspondiente, la documentación que acredite el importe objeto de la devolución; la autoridad también hace del conocimiento que se encuentra imposibilitada material y jurídicamente para acatar el fallo protector, toda vez que carece de la información necesaria; además, la autoridad apercibe al juez de Distrito de que, si no cumple con lo solicitado en el plazo fijado, se le tendrá por desistido de la solicitud de devolución correspondiente; asimismo, se le informa al juez que

deberá solicitar la devolución, ingresando el formato 32 debidamente requisitado, por el ejercicio fiscal que esté amparando, verificando se encuentre manifestada la cuenta bancaria “CLABE”, de 18 dígitos y el nombre de la institución bancaria en la cual será depositado el importe de la devolución conforme a lo dispuesto por el artículo 22 del Código Fiscal de la Federación vigente. A la vista de lo anterior, se aprecia que la naturaleza del acto no permite cumplimentar la ejecutoria.

Finalmente, para satisfacer el requisito establecido en el artículo 19 del Código Fiscal de la Federación, se le comunica al juez que el contribuyente deberá presentar los documentos necesarios para acreditar la personalidad del representante legal: acta constitutiva de la razón social, poder notarial (en caso de ser una persona moral), copia simple y original para su cotejo de la credencial para votar, así como el acta de la protocolización de la razón social.

El contribuyente deberá presentar, ante la autoridad recaudadora, la documentación para acreditar el importe de la devolución, la cual, de conformidad con el artículo 22 del Código Fiscal de la Federación, habrá de efectuarse en el plazo de cuarenta días siguientes a la fecha en que se presentó la solicitud.

Ahora bien, la unidad administrativa correspondiente, para verificar la procedencia de la devolución, podrá requerir al contribuyente –en un plazo no mayor de veinte días posteriores a la presentación de la solicitud– datos, informes o documentos adicionales que considere necesarios y que estén relacionados con el importe a devolver. En consecuencia, el contribuyente, en un plazo máximo de veinte días, deberá cumplir con lo solicitado, apercibido de que, de no hacerlo, se le tendrá por desistido de la solicitud de devolución.

La autoridad sólo podrá efectuar un nuevo requerimiento dentro de los diez días siguientes a la fecha en la que se haya cumplido el primer requerimiento, cuando se refiera a datos, informes o documentos que hayan sido aportados por el contribuyente al atender dicho requerimiento.

Para el cumplimiento del segundo requerimiento, el contribuyente contará con un plazo de diez días y le será aplicable el apercibimiento a que se refiere este párrafo.

Cuando la autoridad requiere al contribuyente los datos, informes o documentos, el periodo transcurrido, entre la fecha en que se notificó el requerimiento de ellos y la fecha en que éstos se proporcionen en su totalidad por el contribuyente, no se computará en la determinación de los plazos para la devolución.

Cuando en la solicitud de devolución existan errores aritméticos en la determinación de la cantidad solicitada, las autoridades fiscales devolverán las cantidades que correspondan, sin que sea necesario presentar una declaración complementaria.

Las autoridades fiscales podrán devolver una cantidad menor a la solicitada por los contribuyentes con motivo de la revisión efectuada a la documentación aportada. En este caso, la solicitud se considerará negada por la parte que no sea devuelta, salvo que se trate de errores aritméticos o de forma.

En el caso de que las autoridades fiscales devuelvan la solicitud de devolución a los contribuyentes, se considera que ésta fue negada en su totalidad. Para tales efectos, las autoridades fiscales deberán fundar y motivar las causas del rechazo, parcial o total, de la devolución.

No se considerará que las autoridades fiscales inicien sus facultades de comprobación cuando soliciten los datos, informes, y documentos, pudiendo efectuarlas en cualquier momento.

El fisco federal deberá pagar la devolución que proceda actualizada conforme a lo previsto en el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación, desde el mes en que se realizó el pago de lo indebido o se presentó la declaración que contenga el saldo a favor y hasta aquél en el que la devolución esté a disposición del contribuyente.

Para el caso de depósito en cuenta, se entenderá que la devolución está a disposición del contribuyente a partir de la fecha en que la autoridad efectúe el depósito en la institución financiera señalada en la solicitud de devolución.

Cuando se autorice la devolución y se determinen correctamente la actualización y los intereses, calculados a la fecha en la que se emita dicho acto sobre la cantidad que legalmente proceda, se entenderá que dicha devolución está debidamente efectuada siempre que, entre la fecha de emisión de la autorización y la fecha en la que la devolución esté a disposición del contribuyente, no haya transcurrido más de un mes.

Si durante este mes se diere a conocer un nuevo Índice Nacional de Precios al Consumidor, el contribuyente tendrá derecho a solicitar la devolución de la actualización correspondiente, que se determinará aplicando a la cantidad total cuya devolución se autorizó el factor que se obtenga conforme a lo previsto en el artículo 17-A de este Código, restando la unidad a dicho factor. El factor se calculará considerando el periodo comprendido desde el mes en que se emitió la autorización y el mes en que se puso a disposición del contribuyente la devolución.

El monto de la devolución de la actualización, deberá ponerse, en su caso, a disposición del contribuyente dentro de un plazo de cuarenta días siguientes a la fecha en la que se presente la solicitud de devolución; cuando la entrega se efectúe fuera del plazo mencionado, las autoridades

fiscales pagarán intereses que se calcularán conforme a lo dispuesto en el artículo 22-A de este Código. Dichos intereses se calcularán sobre el monto de la devolución actualizado por el periodo comprendido entre el mes en que se puso a disposición del contribuyente la devolución correspondiente y el mes en que se ponga a disposición del contribuyente la devolución de la actualización.

En este orden de ideas, el artículo 22 del Código Fiscal de la Federación regula el procedimiento al que se ajusta la autoridad fiscal para devolver el pago de lo indebido, por lo que mediante oficio procede a notificar al contribuyente que, en estricto apego a la sentencia ejecutoria favorable al quejoso, se autoriza la devolución del impuesto correspondiente. Sin embargo, la resolución se emite sin prejuzgar la veracidad de la información y/o documentación aportada por el contribuyente, quedando reservadas las facultades de la autoridad a efecto de verificar su contenido.

Se le informa al juez de Distrito que la Administración Local de Recaudación ha cumplimentado debidamente en todos sus términos la sentencia ejecutoria, por medio de la resolución mencionada en el párrafo anterior y, para el efecto de acreditar fehacientemente lo manifestado, se anexa original de la resolución con firma autógrafa.

Se precisa que la documentación se encuentra en vías de notificación, por lo que, una vez que se cuente con las documentales, serán remitidas al juzgado a la brevedad posible, solicitando un plazo razonable para que, contando con las documentales, se colmen los efectos del fallo protector.

Una vez que esta resolución se notifica al contribuyente, se le informa al juez esa notificación y el depósito, remitiendo para ese efecto copia certificada; finalmente la autoridad fiscal solicita al juzgador acordar

el cumplimiento de la sentencia y, en su oportunidad, se le pide ordene que se archive el asunto como concluido.

El juez de Distrito da vista al quejoso para que manifieste lo que a su derecho convenga y, si no hay objeción alguna, de conformidad con el artículo 113 de la Ley de Amparo declara enteramente cumplida la sentencia en que se concedió al agraviado la protección constitucional.

Es importante manifestar que este procedimiento, si se lleva a cabo en los términos expuestos, tarda de dos a tres meses; no obstante, hay que precisar que el procedimiento no siempre se desarrolla esta forma, por lo cual interesa exponer, ahora brevemente, un caso práctico.

La quejosa demandó el amparo y protección de la justicia federal, por la aprobación, promulgación, refrendo y publicación del Decreto por el que se modifica la Ley del Impuesto Sobre la Renta, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2002 y, de manera específica, por lo dispuesto en los artículos 115, último párrafo, y Tercero Transitorio, que regulan el impuesto sustitutivo del crédito al salario.

El juzgado de Distrito resolvió, textualmente, lo siguiente:

Primero. Se sobresee en el juicio promovido por la quejosa, contra de los actos y por la autoridad precisada en el resultando primero de esta resolución, y por las razones expuestas en el considerando tercero de la misma.

Segundo. La Justicia de la Unión no ampara y protege a la quejosa, respecto de los actos que reclama del Congreso de la Unión, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Secretario de Gobernación y Director del Diario Oficial de la Federación, en los términos precisados en considerando séptimo de este fallo.

Tercero. La Justicia de la Unión ampara y protege a la quejosa, respecto de los actos que reclama del Congreso de la Unión, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Secretario de Gobernación y Director del Diario Oficial de la Federación, en los términos precisados en el considerando último de este fallo.

En la parte conducente de la sentencia señala lo siguiente:

Se impone conceder el amparo y protección de la Justicia Federal que solicita la quejosa respecto de la expedición, promulgación, refrendo y publicación del Decreto por el que se establecen, reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y del Impuesto Sustitutivo del Crédito al Salario, publicado el 30 de diciembre de 2002, en específico el artículo 115, último párrafo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta y artículo tercero transitorio relativo al impuesto sustitutivo del crédito al salario, obteniendo como consecuencia que se le devuelva a la quejosa la cantidad enterada como acto de aplicación de la contribución referida.

Inconforme con la sentencia, el Subprocurador Fiscal Federal de Amparos, en representación del Presidente de la República y del Secretario de Hacienda y Crédito Público, y por ausencia de éste y de los Subsecretarios de Hacienda y Crédito Público, de Ingresos, de Egresos, del Oficial Mayor, y del Procurador Fiscal de la Federación, interpuso recurso de revisión que, tras ser admitido, se resolvió como sigue:

Primero.- En la materia de la revisión se confirma la sentencia recurrida.

Segundo.- La Justicia de la Unión ampara y protege a la quejosa, en los términos indicados por el juez de Distrito.

Llegado el asunto a este momento, el juzgado comunica a la autoridad lo siguiente:

Requierese al Administrador Local de Recaudación, para que dé debido cumplimiento a la sentencia dictada en autos, cumplimiento que se traduce que haga devolución a la persona moral quejosa de las cantidades que pago con motivo de la norma declarada inconstitucional, bajo el apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se procederá en los términos previstos por el artículo 105 de la Ley de Amparo, esto es, será requerido por conducto del superior jerárquico.

En cumplimiento de la sentencia emitida por el juzgado y obedeciendo a lo ordenado en el acuerdo señalado anteriormente, la Administración Local de Recaudación requirió al representante legal de la quejosa para que, dentro de un plazo de diez días hábiles, proporcionara ante el Módulo de Atención al Contribuyente anexo a esa Administración Local, la documentación necesaria para determinar el ingreso y monto retenido, en cumplimiento del tercero transitorio de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en el que se establece el impuesto sustitutivo del crédito al salario, a efecto de decidir si existe un saldo a favor sujeto a devolución y, así, poder saber si la quejosa absorbió la carga tributaria con su propio peculio.

La quejosa presentó, ante el Módulo de Asistencia al Contribuyente, solicitud de devolución (formato 32) por concepto de pago de lo indebido y se determinó que el importe sujeto a devolver se integraba de la siguiente manera:

| PERIODO Y FECHA DE ENTERO | PAGO DE LO INDEBIDO | PERIODO DE ACTUALIZACIÓN | FACTOR DE ACTUALIZACIÓN | ACTUALIZACIÓN | IMPORTE ACTUALIZADO | PERIODO DE INTERESES | TASA DE INTERESES | INTERESES | IMPORTE TOTAL |
|---------------------------|---------------------|--|-------------------------|---------------|---------------------|----------------------|-------------------|------------|---------------|
| ENE 2003 29/04/03 | \$16,494.00 | (DIC 04/ ABR 04) (112.550/ 104.439) | 1.0776 | \$1,279.16 | \$17,763.16 | NOV 03/ DIC 04 | 16.57 | \$2,943.36 | \$20,706.51 |
| TOTAL | \$16,494.00 | | | \$1,279.16 | | | | \$2,943.36 | |

No obstante lo anterior, de conformidad con los registros que obran con la autoridad fiscal, se desprende que existe un crédito firme a cargo de la quejosa, por el monto total de \$5,261.00 (cinco mil doscientos sesenta y un pesos 00/100 M.N.), cuyo desglose se menciona a continuación:

| IMPORTE HISTÓRICO | ACTUALIZACIÓN | TOTAL |
|-------------------|---------------|------------|
| \$5,000.00 | \$261.00 | \$5,261.00 |
| | | \$5,261.00 |

Hay que señalar que el crédito fiscal es por el concepto de una multa impuesta por incumplimiento y/o extemporaneidad a requerimientos de R.F.C. y control de obligaciones; por lo anterior, de conformidad con el artículo 25 Fracción XXVII del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria y con fundamento en los artículos 20, párrafo octavo, y 23, párrafo quinto, ambos del Código Fiscal de la Federación, se procedió a la compensación, de oficio, del crédito fiscal por la cantidad de \$5,261.00 (cinco mil doscientos sesenta y un pesos 00/100 M.N.).

Del importe de \$20,706.51 a devolver a la quejosa, se le restó la compensación de oficio por el monto de \$5,261.00 correspondiente al crédito fiscal y el saldo a devolver fue: \$15,445.51 (quince mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos 51/100 M.N.).

A la vista de lo expuesto, la autoridad fiscal informó al juzgado de Distrito que a la quejosa le fue autorizada la devolución en cantidad de \$15,445.51 (quince mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos 51/100 M.N.).

A la quejosa se le depositó, en una institución bancaria que fue señalada en el formato 32, la cantidad que legalmente le correspondió y se anexó a la pantalla del Sistema Integral de Recaudación de la Administración Local de Recaudación.

Empero, el juzgado no consideró cumplida la sentencia y ordenó a la autoridad fiscal la devolución de la cantidad que compensó indebidamente; la autoridad manifestó que su actuación estuvo basada en la legalidad y en estricto apego a sus facultades otorgadas por la ley, por lo que, al efectuar la devolución del pago realizado por el impuesto sustitutivo del crédito al salario y al llevar a cabo la compensación de oficio del crédito fiscal firme, había dado el debido cumplimiento a los extremos de la ejecutoria. Finalmente, el juez de Distrito remitió los autos al Tribunal Colegiado para la substanciación del Incidente de Inejecución que resolvió devolver los autos al juzgado de distrito, en virtud que existía un principio de ejecución respecto a la cumplimentación de sentencia, por lo cual ordenó al juez de Distrito continuara requiriendo a la autoridad.

El juzgado requirió a la autoridad fiscal la devolución total de las cantidades a la quejosa y emitió los lineamientos a seguir para devolver la compensación:

Por tanto, se observa que, aunque la autoridad aduzca que autorizó la devolución de las cantidades a que tiene derecho la quejosa del impuesto declarado inconstitucional, así como de los accesorios legales, pero compensó, con fundamento en el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación, la cantidad de \$5,261.00 (cinco mil doscientos sesenta y un pesos 00/100 M.N.), por tener la quejosa créditos fiscales a su cargo, debe concluirse que ello es incorrecto. Esta conclusión se basa en que no es válido ni legal

declarar cumplida una sentencia de amparo cuando se satisface sólo parcialmente, pues no se ajusta a los términos del artículo 80 de la Ley de Amparo; conviene recordar que, conforme a este precepto, toda sentencia que ampare a quien ocurre en demanda de garantías debe tener por objeto el restablecimiento de las garantías que se hubieren encontrado vulneradas; en los dos casos que aquí se han examinado, para cumplir estrictamente con esta disposición, es necesario que la autoridad fiscal haga devolución a la quejosa de la totalidad de las cantidades que tiene derecho.

Por tanto, ante esta ilegalidad, con fundamento en los artículos 104 y 105 de la Ley de Amparo, se requiere, de nueva cuenta, al Administrador Local de Recaudación haga devolución a la quejosa de la cantidad de \$5,261.00 (cinco mil doscientos sesenta y un pesos 00/100 M.N.), que indebidamente compensó, bajo el apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se procederá en los términos previstos por el segundo de los mencionados; esto es, será requerido por conducto del superior jerárquico.

Frente a esta situación, la autoridad recaudadora, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 95, fracción VI, 97 fracción II, 99, párrafo primero y demás relativos, de la Ley de Amparo, interpuso recurso de queja en contra de esa determinación. Es conveniente resaltar que la autoridad recaudadora manifestó, en el texto de su impugnación, que su actuación fue conforme a derecho, motivando y fundando debidamente sus actos, por lo que colmó correctamente y en todos sus términos la sentencia ejecutoria en el término concedido.

Esta queja fue resuelta por el Tribunal Colegiado y en la sentencia ordenó a la autoridad fiscal devolver la totalidad de las cantidades que pagó con motivo

del impuesto sustitutivo del crédito al salario. En consecuencia, el juzgado de Distrito hizo del conocimiento de la autoridad recaudadora lo siguiente:

Requírase al Administrador General de Recaudación del Servicio de Administración Tributaria, en calidad de superior jerárquico del Administrador Local de Recaudación, para que lo comine a que dé debido cumplimiento a la sentencia dictada en autos, cumplimiento que se traduce en que haga devolución a la persona moral quejosa de la cantidad de \$5,261.00 (cinco mil doscientos sesenta y un pesos 00/100 M.N.), que indebidamente compensó, bajo el apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se procederá en los términos previstos por el artículo 105 de la Ley de Amparo, esto es, será requerido por conducto del superior jerárquico.

En cumplimiento a la sentencia emitida por dicho juzgado de Distrito y obedeciendo a lo ordenado, la Administración Local de Recaudación registró, a nombre de la quejosa, la devolución de la compensación de oficio realizada por la autoridad fiscal. De esta manera, se determinó que el importe sujeto a devolver se integraba de la siguiente manera:

| PERIODO Y FECHA DE ENTERO | PAGO DE LO INDEBIDO | PERIODO DE ACTUALIZACIÓN | FACTOR DE ACTUALIZACIÓN | ACTUALIZACIÓN | IMPORTE ACTUALIZADO | PERIODO DE INTERESES | TASA DE INTERESES | INTERESES | IMPORTE TOTAL |
|---------------------------|---------------------|---|-------------------------|---------------|---------------------|----------------------|-------------------|------------|---------------|
| ENERO 10/01/05 | \$5,261.00 | (MAR 07/ DIC 04) (122244/ 112550) | 1.0861 | \$452.97 | \$5,713.97 | ENE 05/ABR07 | 31.64 | \$1,807.90 | \$7,521.87 |
| TOTAL | \$5,261.00 | | | \$452.97 | | | | \$1,807.90 | |

Así, se autorizó a la quejosa la devolución de la compensación de oficio, por la cantidad de \$5,261.00 más la actualización por la suma de \$452.97 así como el pago de intereses por \$1,807.90, dando un total de

\$7,522.00 (siete mil quinientos veintidós pesos 00/100 M.N.). Asimismo, la autoridad informó al juzgado de Distrito que a la contribuyente se le informó que le fue autorizada la devolución en cantidad de \$7,522.00 (Siete mil quinientos veintidós pesos 00/100 M.N.), anexando copia certificada para acreditarlo fehacientemente y haciendo el depósito de esta cantidad a la quejosa, todo lo cual se anexó a la pantalla del Sistema Integral de Recaudación de la Administración Local de Recaudación. La autoridad solicitó al juez acordar el cumplimiento de los extremos de la ejecutoria y, en su oportunidad, ordenar que se archive el asunto como concluido.

Finalmente, el juzgado declaró cumplida la ejecutoria y ordenó su archivo como asunto totalmente concluido. Es importante señalar que la autoridad responsable tardó dos años en dar cumplimiento a la sentencia; de esta manera, a pesar de que la quejosa obtuvo una sentencia favorable, el cumplimiento de este fallo fue retrasado, en varias ocasiones, por la autoridad fiscal que compensó, en forma indebida, una cantidad que la contribuyente le debía, no obstante que la orden del juez de Distrito fue la devolución de la totalidad de las cantidades que pagó la quejosa con motivo de la aplicación del impuesto tildado de inconstitucional.

II. Breve análisis del artículo 23 del Código Fiscal de la Federación

En el apartado anterior, abordamos el tema del crédito fiscal derivado de una multa impuesta por incumplimiento y/o extemporaneidad a requerimientos del Registro Federal de Contribuyentes y control de obligaciones de la quejosa, crédito que se constituyó a favor del fisco.

Sustenta la determinación que antecede, en su parte conducente, la tesis de jurisprudencia, sostenida por los

Tribunales Colegiados de Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, tomo XII, Diciembre de 1993, página 908, que es del rubro y tenor literal siguiente:

MULTAS. CONSTITUYEN UN CRÉDITO FISCAL LAS IMPUESTAS CON MOTIVO DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN FISCAL. De conformidad con los artículos 2o. y 3o. del Código Fiscal de la Federación, los ingresos que el Estado tiene derecho a percibir, son esencialmente: a) contribuciones, clasificadas a su vez en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos; b) aprovechamientos y c) productos. De la definición que de cada uno de estos ingresos otorgan los propios preceptos legales, se advierte que solamente las contribuciones y los aprovechamientos son debidos a la calidad de entidad de derecho público del Estado, en tanto que los productos derivan de la actividad del propio Estado, pero como entidad de derecho privado. Por tal razón, solamente respecto a las contribuciones y los aprovechamientos la ley ha establecido la causación de recargos, sanciones, gastos de ejecución e indemnización por falta de pago oportuno, atribuyéndoles el carácter de accesorios de aquellos ingresos en que tienen su origen y haciéndoles partícipes de su naturaleza. Por otra parte, el artículo 4o. del citado ordenamiento legal, define que son créditos fiscales, "... los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios,...". En ese orden de ideas, la multa impuesta al quejoso "con motivo del incumplimiento de una obligación fiscal", sólo puede entenderse como accesorio de una contribución o de un aprovechamiento, y por ende, como un crédito fiscal."

A la vista de lo expuesto, el autor De Pina Vara nos indica que el crédito es el *derecho que tiene una persona (acreedora) de recibir de otra (deudora), la prestación a que ésta se encuentra obligada*; para mayor precisión debemos partir del concepto de crédito fiscal¹.

Crédito fiscal: *es el derecho que tiene el Estado a exigir el pago de una prestación, en dinero o en especie, derivado de la ley y, como consecuencia, de su soberanía. A este derecho del Estado, que se convierte en el sujeto activo de la relación fiscal, corresponde el deber del sujeto pasivo de cumplir con la prestación que determine la ley. El Estado ejerce este derecho por medio de sus representantes expresamente autorizados, que pueden ser incluso organismos descentralizados. En caso de incumplimiento por parte del sujeto pasivo, el Estado tiene la facultad económico-coactiva*².

Así pues, crédito fiscal es la obligación fiscal determinada en cantidad líquida y debe pagarse en la fecha o dentro del plazo señalado en las disposiciones respectivas³.

Cabe hacer mención de que el crédito fiscal es personal y tiene el carácter de preferencial frente a algunos otros créditos; al respecto, el Artículo 4 del Código Fiscal de la Federación señala que:

Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares,

¹ DE PINA, R. y DE PINA VARA, R.: *Diccionario...*, cit., p. 203.

² FEREGRINO PAREDES, B. y PÉREZ GUERRERO, G.: *Diccionario...*, cit., pp. 36-37.

³ SÁNCHEZ PIÑA, J. J.: *Nociones...*, cit., p. 57.

así como aquéllos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena.

La recaudación proveniente de todos los ingresos de la Federación, aun cuando se destinen a un fin específico, se hará por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o por las oficinas que dicha Secretaría autorice.

Para efectos del párrafo anterior, las autoridades que remitan créditos fiscales al Servicio de Administración Tributaria para su cobro, deberán cumplir con los requisitos que mediante reglas de carácter general establezca dicho órgano.

Ahora bien, la autoridad fiscal debe ceñirse al marco legal fijado por la norma jurídica que señala la conducta específica, la cual debe seguirse ante la actualización de la hipótesis que la disposición legal prevé, en el cual, ante la determinación de un crédito a favor del fisco federal, dicha unidad administrativa queda constreñida a exigir el pago de los créditos fiscales.

Hay que recordar que: *Todo fisco anhela encontrar sistemas o métodos de determinación del tributo a pagar que, rindiendo el máximo de recaudación sean limpios, sencillos, económicos y cómodos en su aplicación. Pero se olvida que el método, por sí solo, no garantiza éxito en la recaudación, sobre todo cuando se implanta para verificar el pago correcto de los créditos, ya que se requieren en el funcionario o personal hacendario amplios conocimientos no sólo teóricos y prácticos sobre la materia, sino también en la realidad en que se desenvuelve el contribuyente, amén de toda su habilidad para obtener el máximo de provecho del sistema que el legislador ha puesto en sus manos, sin violarlo o excederse del mismo*⁴.

⁴ MARGAÍN MANAUTOU, E.: *Introducción...*, cit., p. 322.

III. El fundamento de la compensación de oficio

La compensación es una forma de extinción de la deuda tributaria del contribuyente, que la compensa con otro crédito a su favor y constituye una de las formas de extinguir obligaciones. La facultad de la autoridad fiscal, para realizar compensaciones de oficio, se encuentra establecida en el artículo 23, párrafo quinto, del Código Fiscal de la Federación, que señala lo que a continuación se transcribe:

Las autoridades fiscales podrán compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto, en los términos de lo dispuesto en el artículo 22 de este Código, aun en el caso de que la devolución hubiera sido o no solicitada, contra las cantidades que los contribuyentes estén obligados a pagar por adeudos propios o por retención a terceros cuando éstos hayan quedado firmes por cualquier causa. La compensación también se podrá aplicar contra créditos fiscales cuyo pago se haya autorizado a plazos; en este último caso, la compensación deberá realizarse sobre el saldo insoluto al momento de efectuarse dicha compensación.

Ahora bien, antes de la publicación del nuevo Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria en el Diario Oficial de la Federación, el 22 de octubre de 2007, en el que se establecen profundas modificaciones en la estructura del Servicio de Administración Tributaria, la facultad para realizar compensaciones de oficio se encontraba establecida en el artículo 25 fracción XXVII del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, que expresaba lo siguiente:

XXVII.- Verificar el saldo a favor compensado; determinar y cobrar las cantidades compensadas

indebidamente, incluida la actualización y recargos a que haya lugar y, en su caso, imponer las multas correspondientes, así como efectuar la compensación de oficio de cantidades a favor de los contribuyentes.

De lo transcrita, se observa un cambio, ya que el Capítulo IV del nuevo Reglamento se refiere a las facultades y competencia de la Administración General de Auditoría Fiscal Federal, entre las cuales, señala lo que a continuación se dispone:

Artículo 17.- Compete a la Administración General de Auditoría Fiscal Federal:

XXXII.- Verificar el saldo a favor compensado; determinar y liquidar las cantidades compensadas indebidamente, incluida la actualización y recargos a que haya lugar, así como efectuar la compensación de oficio de cantidades a favor de los contribuyentes.

En el nuevo Reglamento, se integra la función dictaminadora en materia de devoluciones y compensaciones a la Administración General de Auditoría Fiscal Federal, para fortalecer estas actividades y combatir, mejor, la evasión, que es lo que buscan socialmente las autoridades fiscales con esta reforma; el Departamento de Cumplimentación de Sentencias de Devoluciones y Compensaciones, que antes dependía de la Administración Local de Recaudación, ahora depende de la Administración Local de Auditoría Fiscal.

Es importante manifestar que, de los preceptos trascritos, se aprecia, en la parte que interesa para este análisis, la facultad de la autoridad recaudadora para realizar compensaciones de oficio de las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto.

Ahora bien, la autoridad fiscal, dentro de sus registros, destaca que el contribuyente tenía una obligación establecida con anterioridad, cuya falta trae

como consecuencia la aplicación de una multa, en la inteligencia de que no sólo la omisión del pago de impuestos trae aparejada la imposición de una sanción, sino también las infracciones relacionadas con las obligaciones de carácter formal, las cuales se encuentran previamente establecidas en la ley.

En consecuencia, la autoridad debe ceñirse al marco legal fijado por la norma jurídica que señala la conducta específica, la cual habrá de seguirse ante la actualización de la hipótesis que la disposición legal prevé; en este caso, ante la determinación de un crédito a favor del fisco federal, la autoridad queda constreñida a exigir el pago de los créditos fiscales.

Así pues, cobra aplicación al caso en concreto la tesis sostenida por los Tribunales Colegiados de Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, tomo X, Agosto de 1992, página 571, que es del rubro y tenor literal siguiente:

INTERÉS FISCAL DE LA FEDERACIÓN. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR. Por interés fiscal de la federación, debe entenderse el que ésta tiene en lo relativo con la determinación, liquidación, devolución, exención, prescripción o el pago de créditos fiscales; o bien, en lo referente a sanciones que se impongan con motivo de la infracción a las leyes tributarias. Por tanto, si de la lectura de una sentencia que se recurre se advierte que la Sala Fiscal declaró la nulidad de la resolución controvertida en el correspondiente juicio, para el efecto de que la autoridad dejase insubsistente la resolución combatida y emitiera otra en la cual se diera a conocer al actor el oficio que contiene el acuerdo por el que el Secretario de Hacienda y Crédito Público, estuvo acorde con la sanción que se le impuso, consistente en la destitución de su puesto como servidor público, para

que de esa forma se diera cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, es obvio que en nada afecta el interés fiscal de la federación, y por ende, no se actualiza la hipótesis de procedencia a que se refiere el artículo 248 del Código Fiscal de la Federación.

Por consiguiente, el fisco no puede abstenerse de realizar compensaciones de oficio de las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto, aun cuando al hacerlo no se ajusten a las pretensiones de los contribuyentes.

¿Qué es entonces una compensación para estos efectos?

Gabriela Ríos expone: *En el ámbito fiscal, cada deuda tributaria constituye una relación obligatoria, que una vez surgiendo a la vida jurídica debe extinguirse. De esta forma surge la figura de la compensación fiscal, que es considerada por la doctrina como ‘otra’ forma de extinción de las obligaciones tributarias debido a que en esta materia las principales formas de extinción son el pago y la prescripción*⁵.

Al respecto, se debe mencionar que el Poder Judicial de la Federación, en la tesis de Jurisprudencia número 2a. IX/2001, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, Febrero de 2001, Página 291, ha manifestado lo siguiente:

COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS FISCALES. EL ARTÍCULO 23, PÁRRAFO QUINTO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE FACULTA A LA AUTORIDAD TRIBUTARIA PARA REALIZARLA DE

⁵ Diccionario..., cit., p. 89.

OFICIO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. El citado precepto otorga a las autoridades fiscales la facultad de compensar de manera oficiosa las sumas que los contribuyentes tengan derecho a recibir del fisco, por cualquier concepto, contra las cantidades que estén obligados a pagarle respecto de créditos que hayan quedado firmes. Dicha potestad constituye una expresión del ejercicio de la facultad económico-coactiva que se traduce en el cobro de una contribución respecto de la cual el gobernado ya tuvo oportunidad de ser oído dentro del procedimiento administrativo o contencioso, en tanto se establece respecto de créditos exigibles o firmes, pero aun en el supuesto de que la autoridad fiscal pretendiese hacer una compensación ilegal, el particular puede impugnar, a través de los medios de defensa procedentes, la resolución por la cual se le comunica que ha operado dicha compensación en términos de lo dispuesto en el artículo 117, fracción I, inciso d), del propio código tributario, que establece la procedencia del recurso administrativo de revocación en contra de cualquier resolución de carácter firme que cause agravio al gobernado, lo que pone de manifiesto el respeto al derecho público subjetivo de audiencia previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, cobra aplicación al caso, en lo conducente, la tesis de Jurisprudencia número P. XCVIII/2000, sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI , Junio de 2000, Página 19, cuyo rubro y texto dice:

COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS FISCALES. LA FACULTAD QUE EL ARTÍCULO 23, PENÚLTIMO

PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN CONFIERE A LA AUTORIDAD TRIBUTARIA PARA REALIZARLA DE OFICIO, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA (TEXTO VIGENTE A PARTIR DEL PRIMERO DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS). Al tenor de lo dispuesto en el referido numeral, las autoridades fiscales pueden compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tienen derecho a recibir de aquéllas por cualquier concepto, contra las cantidades que los mismos contribuyentes estén obligados a pagar por adeudos propios o por retenciones a terceros, cuando éstos hayan quedado firmes por cualquier causa. Ante ello, si bien es cierto que esta facultad no permite a los particulares tener conocimiento previo de la intención de la autoridad fiscal de compensar ciertas cantidades ni oponerse antes de que opere dicha compensación, ello no resulta violatorio del artículo 14 constitucional, habida cuenta de que la compensación que realiza de oficio la citada autoridad para cobrar un crédito, constituye una expresión del ejercicio de la facultad económico-coactiva, en relación con la cual, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia número 79, Tomo I, del Apéndice 1917-1995, estableció que no se requiere del otorgamiento de audiencia previa; además, la compensación es una forma de cobro que solamente opera tratándose de créditos fiscales que, por cualquier causa, han quedado firmes y que, por ende, están determinados en cantidad líquida y son exigibles, es decir, respecto de los cuales el gobernado ya tuvo oportunidad de ejercer su derecho de audiencia. Aunado a lo anterior, el respeto a la referida garantía individual se corrobora por el hecho de que si la autoridad fiscal compensa

incorrectamente algún crédito fiscal, el particular podrá impugnar tal actuación a través de los medios de defensa que resulten procedentes, al momento de tener conocimiento de ella.

IV. Nuestra propuesta

Existe una contradicción de normas jurídicas, ya que el artículo 80 de la Ley de Amparo señala que:

La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

De conformidad con lo establecido en el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación, se autoriza a las autoridades fiscales para compensar, de oficio, las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto.

La autoridad recaudadora considera que ha dado el debido cumplimiento a la sentencia y, en caso de realizar la devolución de la compensación de oficio, causa perjuicios al fisco federal por los motivos que a continuación se destacan.

Al tratarse de ejecutorias de amparo, es dable legalmente hacer la compensación de créditos fiscales, en virtud de que el artículo 23, párrafo cuarto, del Código Fiscal de la Federación establece tal derecho a favor de la autoridad fiscal, y éste es una ley que emana de la Constitución.

Por consiguiente, es importante señalar que resulta

aplicable la Jurisprudencia No. 1a./J. 80/2004, emitida por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 264 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo XX, Octubre de 2004, Novena Época, cuyo rubro y texto dicen:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código

Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.

En este tenor, el Código Fiscal de la Federación es una ley que emana de la Constitución, que se circunscribe a establecer las obligaciones que tienen los mexicanos de contribuir para el gasto público, tal y como lo ordena el artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a continuación se transcribe:

Son obligaciones de los mexicanos:

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Así pues, de conformidad al artículo 133 de la Carta Magna, junto con la Constitución Federal y las demás leyes que de ella emanen, así como los tratados internacionales, son la Ley Suprema de toda la Unión, por lo cual los juzgadores deberán cumplir con dichos ordenamientos.

Si bien es cierto que, conforme al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto que regula un tributo implica la protección de la justicia federal, en el caso específico que se analiza el hecho de que se haya concedido el amparo no significa que la autoridad fiscal se abstenga de ejercer la facultad que tiene para realizar compensaciones de oficio con fundamento en lo establecido

en al artículo 23 del Código Fiscal de la Federación; por lo tanto, no se puede conferir injustificadamente un trato desigual a contribuyentes que se encuentran en igual situación jurídica.

Ahora bien, el proceder de la autoridad recaudadora se deriva de una facultad otorgada por la propia Constitución, ya que la función encargada al fisco federal es de las que más preocupa al Estado, pues, del ejercicio eficaz de la misma, depende la existencia de una hacienda pública suficiente para su mantenimiento y, sin el cumplimiento de esa función, es imposible concebir al Estado.

De aceptarse lo contrario, el contribuyente obtendría un beneficio no contemplado en la ley, por lo que también el Estado sufre una mengua de los ingresos que le son propios, atentando contra el fin recaudatorio que le corresponde, por naturaleza, a la autoridad fiscal.

Considero que el razonamiento de la autoridad fiscal es erróneo, en virtud de que, cuando la autoridad compensa a la quejosa del total que debió devolérsele, las cantidades que tiene derecho a recibir con motivo de una ejecutoria le causa un perjuicio debido a que no se restablecen las cosas al estado que guardaban antes de la violación de garantías individuales.

Consecuentemente, debe precisarse que, tratándose de juicios de garantías, en los que los quejosos impugnan leyes fiscales, cuando obtengan sentencias favorables, las autoridades deben devolver las cantidades pagadas, así como su actualización, recargos, intereses y demás accesorios que legalmente procedan; ello debido a que el cumplimiento de las ejecutorias es de orden público, por lo que, si la autoridad aduce que autorizó la devolución de las cantidades a que tiene derecho el gobernado del impuesto declarado constitucional, así como de los accesorios legales, pero compensó, con fundamento en el artículo 23

del Código Fiscal de la Federación, cierta cantidad del total a devolver, por tener la quejosa créditos fiscales a su cargo, debe concluirse que esta situación es incorrecta.

Tratándose de ejecutorias de amparo no es dable legalmente hacer la compensación de créditos fiscales, aun cuando el artículo 23, párrafo cuarto, del Código Fiscal de la Federación establezca tal derecho a la autoridad fiscal; de permitirlo, se estaría supeditando el cumplimiento de ejecutorias de amparo, cuyas disposiciones gozan de supremacía constitucional, a normas de carácter secundario, por lo que se estaría en un cumplimiento únicamente parcial de las autoridades; en consecuencia, con fundamento en los artículos 104 y 105 de la Ley de Amparo, se debe requerir, de nueva cuenta, a las autoridades, para que hagan la devolución a la quejosa de la cantidad que indebidamente compensaron, bajo el apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se procederá en los términos del artículo 105 de la Ley de Amparo; esto es, será requerido por conducto del superior jerárquico.

Ahora bien, el problema planteado en este trabajo impide una adecuada administración de justicia, por lo que propongo que se adicione un párrafo al artículo 23 del Código Fiscal de la Federación con la finalidad de que se agilice el debido cumplimiento del fallo protector. Actualmente, el numeral 23 del Código Fiscal de la Federación señala la facultad de la autoridad recaudadora para realizar compensaciones de oficio de las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto.

En concreto, propongo la adición de un último párrafo a ese precepto para evitar que la autoridad fiscal se cobre de manera oficiosa créditos fiscales firmes tratándose del cumplimiento de sentencias emitidas en juicios de amparos:

Tratándose del proceso de cumplimentación de sentencias de amparo no es dable legalmente hacer la compensación de créditos fiscales. La Autoridad Recaudadora que de conformidad con sus registros determine que el contribuyente tiene pendientes créditos fiscales firmes, actuará conforme a derecho, motivando y fundando debidamente sus actos de autoridad respecto al juicio de amparo colmando correctamente y en todos sus términos la sentencia ejecutoria en el término concedido, devolviendo íntegramente las cantidades a las cuales tiene derecho dicho contribuyente, en virtud de habersele concedido el Amparo y Protección de la Justicia Federal.

Lo expresado en esta propuesta es para beneficiar a los gobernados que interponen juicios de amparo y alcanzan sentencias favorables, de tal suerte que, en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, se restablezcan las cosas al estado que guardaban antes de la violación, lo cual ocurrirá cuando la autoridad fiscal haga devolución al gobernado de la totalidad de las cantidades a que tiene derecho.

V. Conclusiones

1. El juicio de garantías y, por ende, el cumplimiento de las ejecutorias que se dicten en el mismo, gozan del principio de supremacía constitucional, aun cuando esté reglamentado en una ley secundaria, como lo es la Ley de Amparo.

2. El crédito fiscal es el derecho que tiene el Estado a exigir el pago de una prestación, en dinero o en especie, derivado de la ley, y faculta a la autoridad fiscal a compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto.

3. El crédito fiscal es personal y tiene el carácter de preferencial frente a algunos otros créditos.

4. La compensación es una forma de extinción de la deuda tributaria del contribuyente, que la sustituye con otro crédito a su favor y es una manera de extinguir obligaciones. La facultad que tiene esta autoridad fiscal para realizar compensaciones de oficio se encuentra establecida en el artículo 25, fracción XXVII, del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria y en el artículo 23, párrafo quinto, del Código Fiscal de la Federación vigente.

5. Un problema derivado de la facultad que tiene la autoridad para realizar compensaciones de oficio, con respecto al proceso de cumplimentación de sentencias ejecutorias en el juicio de amparo, es que el juzgador considera que no se ha dado el cumplimiento exacto a la ejecutoria, en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, según el cual, toda sentencia que ampare a quien ocurre en demanda de garantías debe tener por objeto el restablecimiento las cosas al estado que guardaban antes de la violación.

6. La autoridad fundamenta su actuación, aduciendo que se basó en la legalidad y en estricto apego a sus facultades otorgadas por la ley, por lo que ha cumplimentado debidamente los extremos de la ejecutoria de mérito.

7. Cuando la autoridad fiscal no se abstiene de ejercer la facultad con que cuenta para realizar compensaciones de oficio de las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto, retrasa el cumplimiento de la sentencia de amparo que otorga el amparo y protección de la Justicia Federal, vulnerando la esfera jurídica del gobernado al no restituírse la totalidad de las cantidades a que tiene derecho.

8. Tratándose de ejecutorias de amparo no es dable legalmente hacer la compensación de créditos fiscales, aun cuando el artículo 23, párrafo cuarto del Código Fiscal de la Federación conceda tal derecho a la autoridad fiscal, pues, de permitirlo, se estaría supeditando el cumplimiento de ejecutorias de amparo, cuyas disposiciones gozan de supremacía constitucional, a normas de carácter secundario.

9. Si se reforma el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación estableciéndose que, tratándose de juicios de garantías, no es dable legalmente hacer la compensación de créditos fiscales, se agilizaría la ejecución del fallo protector y se evitaría, de esta manera, que la autoridad fiscal se cobre de manera oficiosa créditos fiscales firmes, vulnerando así la esfera jurídica del quejoso que ha obtenido el amparo y protección de la justicia federal.

VI. Bibliografía

- DE PINA, RAFAEL Y DE PINA VARA, RAFAEL: *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 33^a ed., México, 2004, p. 203.
- FEREGRINO PAREDES, BALTASAR Y PÉREZ GUERRERO, GABRIEL: *Diccionario del Código Fiscal de la Federación*. Ediciones Jurídicas Alma, S.A. de C.V. México, 2004, p. 36, 37.
- MARGÁIN MANAUTOU, EMILIO: *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2000, p. 322.
- RÍOS GRANADOS, GABRIELA (coordinadora): *Diccionario del Código Fiscal de la Federación*. Ediciones Jurídicas Alma, S.A. de C.V., México, 2004, p. 89.
- SÁNCHEZ PIÑA, JOSÉ DE JESÚS: *Nociones de Derecho Fiscal*. Editorial Pac, S.A. de C.V., 8^a ed., México, 2005, p. 57.

Debido proceso legal: su introducción como garantía constitucional

*Daniel F. Cabeza de Vaca Hernández**

México vive en la actualidad una renovada circunstancia histórica. Una sociedad consciente y participativa ha despertado con la exigencia de dar paso a instrumentos efectivos que hagan realidad y garanticen los postulados constitucionales que deben ser guía del Estado mexicano.

José de Jesús Gudiño Pelayo

RESUMEN: Se analizan los motivos de la reforma que introdujo de modo expreso la garantía del *debido proceso legal* en la Constitución Federal; su interpretación por normatividad, jurisprudencia y doctrina mexicanas; además de los principales rasgos históricos y normativos que encierra esa institución en el derecho comparado; todo ello a fin de que se replanteen los contenidos y las características que se consideran como suyos dentro del *Derecho constitucional mexicano*.

SUMARIO: Introducción. I. Incorporación constitucional. II. Normatividad secundaria. III. Orígenes, concepto y categorías. Conclusiones. Fuentes.

* Consejero de la Judicatura Federal.

Introducción

Con la reforma que introdujo al *Sistema integral de justicia para adolescentes*, se incorporó simultáneamente en el artículo 18 de la Constitución Federal –de modo expreso– la institución del *debido proceso legal*, a la que se le otorgó el calificativo de *garantía*¹.

Esa figura, como adelante se analizará, se trata de una institución en principio *ajena* a nuestras tradiciones jurídica y constitucional, pero no ciertamente a nuestro sistema jurídico².

Efectivamente, sin perjuicio de no ser parte de la *tradición jurídica civilista* a la cual pertenecemos y de no haber aparecido tampoco en el *catálogo de garantías*

¹ Cfr. Párrafo sexto del *Decreto por el que se declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre (sic) en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de 2005 y con vigencia a partir de que se cumplieron los tres meses siguientes.

Cabe destacar, que esa adición fue mantenida con motivo de la reforma posterior que estableció el *Nuevo sistema de justicia penal*. Cfr. *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 y con vigencia al día siguiente, con excepción de lo dispuesto en sus artículos transitorios (se modificaron concretamente los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115; y la fracción XIII del apartado B del artículo 123).

² Al efecto, se adoptan las definiciones elaboradas por el comparatista MERRYMAN, J.H., quien define: la *tradición jurídica* como el *conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse*; y, al *sistema jurídico* como el *cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas*.

En este sentido, el *sistema jurídico mexicano* está conformado por las leyes que rigen al Estado, mientras que pertenece a la *tradición jurídica romano-germano-canónica, de derecho continental, de derecho escrito o civilista*. Así, se pude decir que la tradición jurídica “relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial”, es decir, “coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural”. *La tradición jurídica...*, cit., pp. 13-15.

expresas que otorgaba nuestra constitución general (y ciertamente de las que le precedieron), el debido proceso legal ya se había introducido en nuestro sistema jurídico como *principio de carácter procesal* por tratados internacionales y por legislación secundaria, tanto federal como local, además de reconocerse por criterios aislados del Poder Judicial de la Federación. Su aceptación por parte de la doctrina mexicana había corrido ciertamente una suerte bien distinta, pues dicha figura jurídica ha sido examinada por parte de nuestros primeros constitucionalistas de manera temprana³.

Hoy, al establecerse justamente como una garantía individual que se sitúa en la cúspide de la jerarquía jurídica mexicana y con motivo de su singular importancia, en el presente estudio se abordan su origen, significado y alcances, principalmente a la luz del *Derecho comparado* y esencialmente del *Angloamericano*.

El análisis encuentra justificación en la medida en que esa figura, al menos como institución fundamental adjetiva o procesal, no encuentra un *paralelo exacto* de significación dentro de la terminología constitucional del sistema jurídico mexicano.

Ello no es de extrañar, pues –tal como se tratará– el debido proceso legal consiste, en realidad, en una añeja institución con un bagaje y un trasfondo histórico, jurídico y ante todo lógico esencialmente extraños a nuestra realidad; no obstante tal circunstancia, la misma ha sido recogida con un particular entendimiento y de un modo parcial y paulatino, por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina mexicanas.

³ Por ejemplo, RABASA, E., había analizado, en su obra *El Artículo 14*, esa institución detenidamente: *Cuando... el americano, dijo que 'nadie puede ser privado de la vida, la libertad, o la propiedad, sin el debido proceso legal', fue porque antes había visto atentar contra la vida, la libertad y la propiedad, sin proceso legal previo, y a ese atentado se refirió el precepto*, p. 6.

Esto se ha debido, fundamentalmente, a la influencia jurídica e institucional que recibieron nuestras primeras constituciones políticas y, posteriormente, por la importancia del desarrollo constitucional y democrático del vecino país del norte y, sólo más recientemente, por el conjunto de instrumentos internacionales que lo habían venido incorporando como un derecho humano o fundamental y que habían sido adoptados por el país.

Una aproximación a dicho tema resulta entonces esencial en estos momentos, en concreto por dos motivos: porque el debido proceso legal constituye la nueva garantía individual expresa que debe ser respetada y protegida por la normatividad y los poderes públicos; y, en razón de que la Constitución Federal, como manifestación normativa de la voluntad del Constituyente, contiene las prescripciones primeras de creación progresiva y de aplicación escalonada del orden jurídico secundario, así como de las características y requisitos jurídicos que deben tener todos los actos de carácter público que la aplican.

Es decir, su relevancia como objeto de estudio privilegiado radica en que las garantías constitucionales son las que establecen los límites de actuación de los gobernantes en favor de los gobernados y en que la Constitución Política es la que establece las reglas primigenias de formación y de aplicación del sistema normativo, tanto de carácter sustantivo como procesal.

En consecuencia, es oportuno replantearse la significación de la institución del debido proceso legal, justamente a la luz de las evoluciones histórica, jurisprudencial y doctrinal que le dieron origen, a fin de que ello sirva para su mejor entendimiento y posterior interpretación constitucional; es decir, la que se ha de llevar a cabo conforme a nuestra tradición y sistemas

jurídicos particulares y de acuerdo también con los valores ético-sociales que nos distinguen⁴.

Cabe destacar que las interrogantes que actualmente plantea la nueva garantía constitucional son varias y ahora cobran una importancia no sólo teórica sino también relacionada con la hermenéutica jurídica y, por ello, con la tarea de administrar e impartir justicia, pues la consabida figura es ya parte del ordenamiento jurídico fundamental que contiene a otras garantías individuales expresas, con las cuales precisamente se le había equiparado o al menos relacionado tradicionalmente, siempre con alcances si no incorrectos sí faltos de precisión, tal como se apreciará seguidamente.

En otras palabras, durante décadas, los artículos 14 y 16 constitucionales habían venido siendo las garantías constitucionales procesales más importantes establecidas en favor del individuo, en concreto, las llamadas *garantías de audiencia y de legalidad*, previstas justamente en esos dos preceptos; y la pregunta que hoy surge es si el debido proceso legal se contiene en ellas –como lo ha sostenido gran parte de la doctrina y ciertos criterios del

⁴ MONTIEL Y DUARTE, I. A., en torno a la superposición de instituciones jurídicas en el orden jurídico mexicano, advirtió, en *Derecho Público Mexicano...*, cit., p. 1.

Pero desgraciadamente está sucediendo [...] que en lugar de estudiar la derivación histórica de nuestras instituciones, examinando las necesidades sociales que han venido dándoles nacimiento, ó (sic) las causas pasajeras y ficticias que las han abortado, se comete frecuentemente el error de ir al país vecino del Norte a recibir la explicación de ellas, sin advertir que la que de allí nos venga ha de ser acomodada, mas que a (sic) la letra de sus leyes, al espíritu tradicional de sus costumbres... Impóngase una misma ley á (sic) pueblos cuyas condiciones sociales no sean perfectamente idénticas, y los resultados prácticos de aquella (sic) tienen de ser necesariamente diversos. La costumbre, aun cuando no tenga eficacia para derogar la ley, ha de influir siempre en su interpretación, y más que todo esto, en su práctica aplicación... Veamos por lo mismo, antes que todo, cuáles son las tradiciones de nuestro derecho constitucional, para poder fijar su inteligencia genuina.

Poder Judicial de la Federación– o, si bien son garantías similares y en qué grado, o si por el contrario se distinguen entre ellas y exactamente cómo lo hacen.

Otra pregunta que cobra valor y que ya ha sido respondida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es si, por su ubicación singular dentro del artículo 18 constitucional, el debido proceso legal debe referirse sólo a la justicia para adolescentes, o a la materia penal, o, si bien y tal como sucede en otros países, se trata más precisamente de una auténtica garantía procesal constitucional de carácter *universal* y *fundamental*; esto es, de un principio de aplicación a la par de los citados artículos 14 y 16 constitucionales.

Se precisa que esos trascendentales cuestionamientos no se responderán cabalmente en esta exposición, pues la misma sólo presenta la señalada problemática y brinda además nociones elementales sobre los contenidos y alcances constitucionales que dicha figura ha tenido en el país y la tradición jurídica donde más se ha desarrollado⁵.

Con ese ejercicio básico se pretende ofrecer al lector los principales rasgos históricos y normativos que encierra esa institución, conocimiento que eventualmente deberá ser escudriñado, interpretado y confrontado con las notas y singularidades que se consideran como suyas dentro del Derecho Constitucional Mexicano, tal como se ha afirmado⁶.

⁵ Sin duda, el entendimiento del citado concepto es un prerrequisito necesario para su correcta aplicación, además de que sólo a partir de ello se podrán establecer las funciones que realiza y las relaciones que tiene con las otras garantías individuales contenidas en la Constitución Federal, tanto procesales como sustantivas. Al respecto, *cfr.* TAMAYO Y SALMORÁN, R.: , “El orden jurídico...”, cit., p. 505.

⁶ Se trata, en todo caso, y como señalaba MONTESQUIEU, S. C., en: *Del espíritu de las leyes...*, cit., pp. 9 y 10, de que: *las leyes se amolden a la naturaleza del gobierno establecido... bien sea que ellas lo formen, como lo hacen las leyes políticas, bien sea que lo mantengan, como las leyes civiles. (las que) Deben estar en relación con la naturaleza física del país, cuyo clima puede ser glacial,*

I. Incorporación constitucional

La exposición de motivos de la reforma constitucional, tanto como su contenido, son elementos necesarios para comprender la naturaleza y los alcances jurídicos de la nueva garantía expresa del debido proceso legal. En otras palabras: las razones jurídicas que la han sustentado son, sin duda, también los fundamentos primeros que han justificado su incorporación al texto constitucional mexicano.

Inicialmente, cabe señalar que la reforma que la introdujo tuvo como propósito general establecer un *sistema integral de justicia para menores de edad, de más de doce y menos de dieciocho años*, por el que se garantizarían sus “derechos fundamentales”⁷. A partir de ello, se delimitó que las personas menores de doce años que hubieran realizado una conducta prevista como delito por la ley, sólo serían sujetos a rehabilitación y asistencia social.

Es precisamente como parte de estos últimos elementos, por el que se introdujo la citada figura del *debido proceso legal* en la Constitución Federal, la que actualmente señala en su artículo 18, párrafo sexto:

templado o tórrido; ser proporcionadas a su situación, a su extensión, al género de vida de sus habitantes, labradores, cazadores o pastores; amoldadas igualmente al grado de libertad posible en cada pueblo, a su religión, a sus inclinaciones, a su riqueza, al número de habitantes, a su comercio y a la índole de sus costumbres. Por último, han de armonizarse unas con otras, con su origen, y con el objeto del legislador. Todas estas miras han de ser consideradas.

⁷ I.e. la incorporación de la *Doctrina de protección integral*. Antes de ello, el artículo 18 era insuficiente para fundamentar el sistema que la adoptara, pues su texto se refería sólo a la ejecución de las sentencias de menores. Cabe mencionar, que la denominación *justicia para adolescentes* es debatida, sobre todo cuando se considera a un individuo de 12 años cumplidos como tal. Sobre el particular, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que México ratificó el 21 de septiembre de 1990, establece en su artículo 1º la denominación de “niño” y no de “adolescente”: *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del *debido proceso legal*[...].

Conviene subrayar que esa mención es la *única* que realiza explícitamente la Constitución Federal sobre dicho término y en cuanto a las motivaciones para su introducción, éstas son más bien escuetas y desarticuladas, y para conocer las razones de esa afirmación, es importante señalar que la reforma constitucional fue producto de dos iniciativas.

La primera de ellas, que se realizó a través del proyecto de *Decreto que reformaba y adicionaba los artículos 18 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, fue presentada el día 4 de noviembre de 2003 por los senadores Jorge Zermeño Infante, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional; Rutilio Escandón Cadenas, del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática; Orlando Paredes Lara, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional; y Emilia Patricia Gómez Bravo, del grupo parlamentario del Partido Verde Ecologista de México.

La segunda se hizo por conducto del titular del Poder Ejecutivo Federal, mediante proyecto de *Decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que se presentó ante la misma Cámara de Senadores el 1º de abril del 2004.

Debe destacarse que el dictamen de primera lectura, de fecha 22 de abril de 2004, recayó sólo sobre la primera iniciativa y el de segunda lectura, de 31 de marzo de 2005, se hizo tomando en consideración ambas, pues se estimó por las comisiones correspondientes que se trataba de la misma materia.

En cuanto a la primera iniciativa, ésta señaló la conveniencia de que la garantía del debido proceso legal

tomara plena vigencia como un *derecho fundamental de las personas menores de edad*⁸, pues se trataba de una “tesis sobre la que se sostienen los modernos sistemas de responsabilidad penal”, además de que ella era parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, por la cual México se había comprometido adoptarla, justamente como parte de un conjunto de medidas administrativas, jurídicas, legislativas y de otra índole que eran necesarias para hacerla efectiva (en particular por lo que correspondía a sus artículos 37 y 40) y que ya se habían establecido, previa reforma al artículo 4º constitucional en 1999, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes⁹ y que contenía en su Título Cuarto como una prerrogativa “en caso de infracción a la ley penal”.

Por su parte, la iniciativa presidencial se destacó sólo en la medida en que definió al *debido proceso* como

⁸ La reforma en comento se refiere también, expresamente y de igual modo por primera vez, a los llamados *Derechos fundamentales*, con lo que modificó nuestro régimen tradicional liberal sustentado en el concepto de *Garantías individuales*. No obstante, es cierto que reformas anteriores ya habían trastocado a ese régimen con otro tipo de acepciones, como *Derechos humanos*. En concreto, la reforma en estudio indicó en su artículo 18, párrafo cuarto:

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.

Posteriormente, la reforma constitucional que estableció el *Nuevo sistema de justicia penal*, adoptó también la terminología en trato en el artículo 20, apartado A, fracción IX, constitucional, como *principio general (sic)*, del proceso penal acusatorio y oral, al señalar que *cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula*.

⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril de 2000.

una “garantía individual”, la que estaba prevista en la Constitución Federal en sus artículos 14 y 16, si bien ello no lo refirió al caso concreto del “sistema integral de justicia para adolescentes”, circunstancia que es congruente con el texto que proponía de reforma del artículo 18, que si bien introducía la terminología “derechos fundamentales” (que decía que reconocía ya la propia Constitución General para *todo individuo*), nada decía, sin embargo, sobre el debido proceso legal, al menos como garantía específica o como parte de aquellos derechos, tal como sí sucedía con la primera iniciativa presentada por los senadores de las distintas corrientes jurídicas.

En cuanto a los indicados dictámenes que sirvieron de base para la aprobación del texto constitucional reformado, con relación a una u otra de las posturas señaladas por el Ejecutivo Federal y por los senadores; por lo que se refiere a la figura del debido proceso legal, el de *primera lectura* hizo énfasis en él como un derecho fundamental de todas las niñas, niños y adolescentes, que representaba un “importante avance” para cumplir con los compromisos derivados de la citada convención.

Además, en ese dictamen se hizo la manifestación expresa de que la reforma reconocía por primera vez y de forma específica la *garantía del debido proceso legal*, la cual implicaba que en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes acusados por la comisión de un delito se observarían las garantías que el artículo 20 constitucional establecía para el inculpado, más aquellas garantías procesales específicamente previstas en la ley reglamentaria que eventualmente expediría el Congreso de la Unión, tales como:

La presunción de inocencia; la privacidad y confidencialidad del procedimiento; el ser informado

de sus derechos, de los hechos que se le atribuyen y la persona que lo acusa; el derecho a no declarar; el derecho a la defensa; (y) a presentar pruebas.

Por lo que corresponde al dictamen de segunda lectura, además de estimar que con la introducción del debido proceso legal se haría correspondencia con la aludida convención de las Naciones Unidas, también se le catalogó como un gran paso *a ser escuchados, a ser defendidos y hacer llevados (sic) sus procesos ante tribunales especiales para adolescentes, ante investigadores especiales y en lugares de reclusión especiales*, y se le definió como:

El respeto a todo principio de inmediación procesal, de contradicción y de publicidad... (que) supone el cumplimiento de determinados requisitos de forma y fondo, para llegar a la solución de una controversia mediante una resolución sustentada en una justa y legal razón.

No obstante lo expuesto, las respectivas comisiones propusieron una serie de modificaciones a los textos originales de las citadas iniciativas, con el propósito esencial de que no fuera confundido el nuevo sistema de justicia penal con el de los adultos, situación que, como se apreciará, repercutió en los contenidos y los alcances de la garantía de debido proceso legal recién introducida. Al efecto se dijo:

Las iniciativas en estudio plantean el establecimiento de un “Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes”. Aunque a los integrantes de estas comisiones nos queda claro que su espíritu no es el de reducir la edad penal o el de crear una estructura gubernamental que juzgue como imputables a los menores de 18 años.

Por ello consideramos que es necesario suprimir el calificativo “penal”, a fin de evitar cualquier confusión

con las instituciones y procedimientos relativos a la justicia para adultos[...].

Consideramos pertinente que el sistema al que se refieren las iniciativas, se identifique como “Sistema Integral de Justicia para Adolescentes”.

Finalmente, la aprobación de las iniciativas tomó en cuenta estas consideraciones, con lo que se eliminó la terminología de *carácter penal* incluida en las iniciativas y con lo que se perdió, al mismo tiempo, el marco original de referencia con el que se habían elaborado, especialmente por lo que tocaba a la figura del debido proceso legal recién introducida, a la que se le relacionaba con las garantías procesales constitucionales justamente de carácter penal.

La problemática que se suscitó desde ese momento fue que al debido proceso legal pudieron dársele múltiples interpretaciones:

Ya que todas las materias de las cuales se deducen derechos ante los órganos jurisdiccionales poseen un debido proceso, conforme a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional y (ya) no resultaba obligatoria la interpretación de que, para el caso de la justicia para adolescentes, debiese adaptarse el debido proceso legal que establece el artículo 20 constitucional¹⁰.

Cabe destacar, que a la postre la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó la ambigüedad relacionada

¹⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *La justicia de menores...*, p. 377. Tal como lo indicó RÍOS ESPINOZA, C.:

Lejos de cumplir con el objetivo de clarificar los objetivos y ejes de la reforma constitucional, el punto de acuerdo incluyó ciertas dosis de ambigüedad, toda vez que un afán -ciertamente humanista en su espíritu- de insistir en que la finalidad de aplicación de las sanciones a los adolescentes no tiene en sí un fin represivo, hizo afirmaciones que tornan ininteligible la reforma constitucional de acuerdo a sus objetivos iniciales. “Requerimientos de adecuación...”, cit., p. 90.

con la definición, contenidos y alcances del debido proceso legal establecido en el consabido artículo 18 constitucional, pero lo hizo en un sentido restrictivo; es decir, enfocado sólo a la justicia integral para adolescentes, si bien refirió que se trataba de una garantía que aplica en términos generales, independientemente de las modalidades de la justicia para los menores de edad, tal como sucede en los procedimientos penales seguidos contra adultos¹¹.

Con lo anterior y salvo por lo que corresponde a la citada justicia para adolescentes, la Suprema Corte de

¹¹ SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tratándose de la justicia de menores y en función de los derechos genéricos y específicos que se les reconocen en la reforma y adición al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *la garantía de debido proceso, si bien aplica en términos generales como sucede en los procedimientos penales seguidos contra adultos, posee algunas modalidades que es preciso atender por el legislador al regular los procedimientos correspondientes, así como por quienes operen en el sistema. Así, la indicada garantía adquiere alcance y contenido propios, de modo que deben establecerse derechos y condiciones procesales específicos para los adolescentes, contenidos en una regulación adjetiva dedicada a regular los procedimientos seguidos contra ellos frente a la realización de conductas delictuosas*, que puede preverse en las leyes de justicia para adolescentes o en los Códigos de Procedimientos Penales de las entidades federativas, aunque sin llegar al extremo de proscribir de manera absoluta que, en esos cuerpos normativos, se acuda a la supletoriedad, siempre y cuando ésta se circunscriba a regular los aspectos adjetivos que no necesariamente deben ser modalizados. Esto es, para satisfacer la exigencia constitucional, el legislador deberá emitir las normas instrumentales propias de este sistema integral, atendiendo a los requisitos exigidos por la indicada norma constitucional, cuyo propósito es que el proceso sea distinto del de los adultos, en razón de las condiciones concretas propias de los menores de edad, esto es, tomando en cuenta su calidad de personas en desarrollo, destacando como uno de los elementos más importantes, el reconocimiento del derecho a la defensa gratuita y adecuada desde el momento en que son detenidos y hasta que finaliza la medida. Por ello, resulta de gran importancia poner énfasis en que la necesidad de instrumentar un debido proceso legal, en lo relativo a la justicia de menores, es uno de los principales avances que se significan en la reforma constitucional, lo que se debe fundamentalmente a que, en gran medida, los vicios del sistema tutelar anterior se originaban en la carencia de la referida garantía constitucional, debida en parte a la concepción de los menores como sujetos necesitados de una protección tutelar, en virtud de la cual se les excluía del marco jurídico de protección de los derechos de todos los adultos sujetos a un proceso penal.

Novena Época. Registro: 168780. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Septiembre de 2008. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P./J. 76/2008, p. 612. (Las cursivas son nuestras).

Justicia mantuvo la definición de la figura del debido proceso legal en los idénticos términos en que lo había hecho el Poder Judicial de la Federación hasta antes de la consabida reforma, pues no se pronunció sobre si esa garantía incorporada ahora expresamente en la Constitución Federal, era igual o distinta a las de audiencia y legalidad, o bien si comprende a ambas, o si de otro modo y tal como lo indica en el criterio señalado, se trata de una garantía que efectivamente “aplica en términos generales”; esto es, no sólo en los procedimientos para adolescentes y adultos, con sus modalidades particulares, sino también en todo tipo de procesos y procedimientos.

Por ese conjunto de razones y derivado de la necesidad de profundizar más sobre dicha figura del debido proceso legal, a continuación se averiguan los alcances de esa institución fundamental, la que –y tal como lo afirmaron las motivaciones para la aprobación de la reforma constitucional– ha permitido el fortalecimiento jurídico de naciones desarrolladas y que fue ubicado recientemente por nuestra Constitución Federal como una garantía específica en el catálogo de las individuales.

En concreto, se examina normatividad secundaria relativa al debido proceso legal, para luego –en el siguiente apartado– hacerlo dentro de la precitada *tradición jurídica angloamericana*, incluyendo los puntos de vista legal y jurisprudencial, todo ello a objeto de conocer sus raíces y evolución, sus acepciones y significados, su interpretación y clases, y, finalmente, sus alcances, estrictamente procesales o procedimentales y sustantivos.

II. Normatividad secundaria

Como se ha indicado, la institución del debido proceso legal ya había sido introducida en la normatividad

interna secundaria mexicana, principalmente en algunas exposiciones y leyes aisladas y en varios tratados internacionales, y también había sido reconocida por algunas tesis del Poder Judicial de la Federación y sobre todo por la doctrina nacional.

1. Leyes y tratados

Sin perjuicio de la mencionada Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes¹², y sólo por citar algunos ejemplos de cada categoría, la *exposición de motivos* de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, estableció que: “conforme al artículo 73, fracción XXX de nuestra Ley Suprema (n.b.), dentro de las facultades implícitas que tiene el Poder Legislativo se encuentra el fundamento para la formulación de una Ley de esa naturaleza”, como medio necesario para organizar y sistematizar la actuación del Poder Ejecutivo en su función administrativa, función que: “de manera expresa se encuentra prevista en los artículos 89, fracción I, y 90 del propio texto constitucional, al igual que en los artículos 14 y 16 constitucionales que se refieren, respectivamente, al *debido proceso legal* y al *principio de legalidad*¹³”.

De igual modo, el Capítulo XI, de la *Inversión*, del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, en su artículo 1115, señala: *un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial*.

Asimismo, el Capítulo XIX de la *Revisión y Solución*

¹² Cfr. artículos 44-47.

¹³ No obstante, ese término no fue introducido finalmente en el texto de esa ley, que sólo incluyó como elemento del *acto administrativo* reunir las “formalidades de la ley o del decreto para emitirlo” (cfr. artículo 3 fracción I).

de Controversias en Materia de Antidumping y Cuotas Compensatorias, en su artículo 1911, señala también que los: “Principios generales de derecho incluyen principios tales como legitimación del interés jurídico, *debido proceso*, reglas de interpretación de la ley, contradicitoriedad y agotamiento de los recursos administrativos.”

Esto significa que, en la medida en que no haya contradicción con nuestra Constitución Federal¹⁴, se deberá acudir a los principios generales de derecho establecidos en dicho tratado, tal como lo es el *principio del debido proceso*, que permaneció ajeno a aquélla desde la aprobación de dicho tratado hasta la señalada reciente fecha¹⁵.

2. Criterios jurisdiccionales

Por lo que corresponde a las interpretaciones del Poder Judicial de la Federación, y sólo también a guisa de demostrar la complejidad y la falta de precisión, se tiene que la “garantía del debido proceso legal” se encuentra primeramente contenida en el artículo 14 constitucional:

GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

¹⁴ Cfr. artículo 15.

¹⁵ Estos principios generales de derecho son de gran importancia porque son utilizados como *criterios de revisión*, en el entendido de que “*criterio de revisión* significa criterio de revisión de una Parte, según se define en el Anexo 1911”. Asimismo, se abunda pues el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte establece en su artículo 7, del capítulo de *Garantías Procesales*, que: “1. Cada una de las Partes garantizará que los procedimientos administrativos, cuasi judiciales y judiciales... sean justos, abiertos y equitativos, y con este propósito dispondrá que dichos procedimientos: (a) cumplan con el *debido proceso legal...*”. De igual modo, el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte establece en su artículo 5, del también capítulo de *Garantías Procesales*, que: “1. Cada una de las partes garantizará que los procedimientos ante sus tribunales administrativos, cuasi judiciales, judiciales o del trabajo para la aplicación de su legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes y, con este propósito, dispondrá que: (a) dichos procedimientos cumplan con el *debido proceso legal...*”.

DEFINICIÓN. La garantía del *debido proceso legal*, consagrada en el artículo 14 constitucional en la parte relativa en que los juicios deben llevarse a cabo ante una autoridad competente, cumpliendo con... las formalidades esenciales del procedimiento... implica necesariamente que los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante las autoridades respectivas, se tramiten conforme a las disposiciones procesales exactamente aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede el derecho positivo, y, por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata¹⁶. (las cursivas son nuestras).

Según este criterio, la garantía debido proceso legal implica necesariamente que: *los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante las autoridades respectivas, se tramit(arán) conforme a las disposiciones procesales exactamente aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede el derecho positivo y, por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata*.

Como se nota, esta tesis relacionaba (antes de la consabida reforma que lo introdujo), un concepto que no lo comprendía en su terminología la Constitución Federal, así como tampoco lo había hecho nuestro pasado histórico-jurídico-constitucional, por lo que la citada institución no tenía, en realidad, cabida, pues precisamente su propia incorporación vía interpretación constitucional no se ajustaba al principio que esa misma tesis utilizaba al hablar de “disposiciones procesales exactamente aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede(ría) el derecho positivo, y, por

¹⁶ Novena Época. Registro: 202098. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III, Junio de 1996. Materia(s): Común. Tesis: I.8o.C.13 K, p. 845.

ende, se actualiza(ría) la infracción a la *garantía* de que se trata(ba)"¹⁷.

En esta misma vertiente y después de la publicación de la reforma que introdujo la figura en comento, el Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación elaboró una definición de *debido proceso legal* justamente con motivo de la justicia para menores, aunque lo hizo sin considerar sustantivamente la nueva disposición y su ubicación, pues la interpretación la realizó con base en el precitado artículo 14 constitucional, al aducir:

JUSTICIA PARA MENORES. LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL (PERIÓDICO OFICIAL DE LA ENTIDAD DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2006). La *indicada garantía contenida en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, permite a los justiciables acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos de manera efectiva, en condiciones de igualdad procesal, así como ofrecer pruebas en su defensa y obtener una resolución

¹⁷ Otras tesis hablaban de un debido proceso legal pero *implicado* en la *garantía de audiencia*: AUDIENCIA, GARANTIA DE DÉBIDO PROCESO. La garantía de audiencia reconocida por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se contrae a una simple comunicación a la parte afectada para que tenga conocimiento de un acto de autoridad que pueda perjudicarlo, sino que implica el derecho de poder comparecer ante la autoridad a oponerse a los actos que afecten sus propiedades, posesiones o derechos y a exponer las defensas legales que pudiere tener, para lo cual, obviamente, es necesaria la existencia de un juicio en el que se observen, las formalidades esenciales del procedimiento, como lo expresa claramente el mencionado precepto constitucional, formalidades que están constituidas, de acuerdo con la teoría del proceso, por el emplazamiento para contestar demanda, un periodo para ofrecer y rendir pruebas y un plazo para presentar alegatos, a efecto de obtener una sentencia que declare el derecho en controversia, todo lo cual no puede ser satisfecho sino a través del debido proceso que exige el mencionado artículo 14 como garantía individual. Séptima Época. Registro: 254190. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación 82. Sexta Parte. Materia(s): Común, p. 24. (Las cursivas son nuestras).

que dirima las cuestiones debatidas, lo que se traduce en el respeto a las *formalidades esenciales del procedimiento*, es decir, al cumplimiento de las condiciones fundamentales que deben satisfacerse en el procedimiento jurisdiccional (instrucción, defensa, pruebas y sentencia)[...]¹⁸. (Las cursivas son nuestras).

Tal como se infiere, lo que hacen las tesis precitadas es esencialmente confundir al debido proceso legal con las llamadas *formalidades esenciales del procedimiento*, con la *garantía de audiencia*, o bien, con ambas y a veces también con otros principios procesales constitucionales, de modo que definen a aquel principio como una *garantía* que se encuentra esencialmente contenida en el predicho artículo 14.

Otros criterios señalan que el debido proceso legal está consagrado como garantía individual por igual en los artículos 14 y 16 constitucionales:

DEBIDO PROCESO LEGAL. *El debido proceso legal, que está consagrado como garantía individual en los artículos 14 y 16 constitucionales*, consiste básicamente en que para que una autoridad pueda afectar a un particular en su persona o en sus derechos, tal acto de afectación en principio debe estar precedido de un procedimiento en el que se oiga previamente al afectado, en defensa de sus derechos, dándole a conocer todos los elementos del caso en forma completa, clara y abierta y dándole también una oportunidad razonable, según las circunstancias del caso, para probar y alegar lo que a su derecho convenga; y el acto de afectación, en sí mismo,

¹⁸ Novena Época. Registro: 168883. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Septiembre de 2008. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P./J. 83/2008, p. 596.

debe constar por escrito y emanar de autoridad legalmente facultada para dictarlo, y en dicho acto o mandamiento deben hacerse constar los preceptos legales que funden materialmente la afectación al individuo, así como los hechos que hagan que el caso actualice las hipótesis normativas y den lugar a la aplicación de los preceptos aplicados¹⁹. (Las cursivas son nuestras).

Este criterio último es interesante, pues establece que para que la autoridad pueda afectar a un particular en su persona o en sus derechos, el acto de afectación, en principio, debe estar precedido del *procedimiento* en el que se oiga previamente al afectado, en defensa de sus derechos, dándole a conocer todos los elementos del caso en forma completa, clara y abierta y dándole también la *oportunidad razonable, según las circunstancias del caso*, para probar y alegar lo que a su derecho convenga, con lo que se incorpora, también, el *principio o regla de la razón* (i.e. *rule of reason*) y el *principio de equidad* (i.e. *equity principle*), ambos de la tradición jurídica angloamericana y, por lo tanto, ajenos de igual forma a nuestro sistema positivo.

Otras tesis hablan de un debido proceso legal independiente en el artículo 16 constitucional, sin perjuicio de la garantía de audiencia contenida en el artículo 14:

FUNDAMENTACIÓN LEGAL. CITA DE PRECEPTOS CON VARIAS FRACCIONES. Es cierto, en principio, que si como fundamento legal de una resolución se menciona un precepto que tiene varias fracciones, sin que baste la hipótesis general inicial para hacerlo aplicable, y sin precisar en cuál de ellas se apoya la

¹⁹ Séptima Época. Registro: 254197. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación 82. Sexta Parte. Materia(s): Común, p. 32.

resolución, y si esas fracciones contienen hipótesis diferentes para la aplicación de la consecuencia legal prevista en el precepto, o si tienen diferentes consecuencias legales, la mención imprecisa hecha incurre en falta formal de fundamentación, *con violación del artículo 16 constitucional, ya que no se precisa cuál es la hipótesis que actualizó la aplicación del precepto, o cuál es la consecuencia legal atribuida a la conducta del afectado, y éste se vería obligado, para defenderse, a adivinar cuál fue la hipótesis escogida por la autoridad, o combatirlas todas globalmente. Y esto sería menguar su derecho a un debido proceso legal y afectaría gravemente sus defensas, con violación, también, del artículo 14 constitucional*²⁰. (Las cursivas son nuestras).

De esta manera y según esta tesis, el acto de afectación, en sí mismo, debe constar por escrito y emanar de autoridad legalmente facultada para dictarlo, y en dicho acto o mandamiento deben hacerse constar los preceptos legales que fundan materialmente la afectación al individuo, así como los hechos que hacen que en el caso se actualicen las hipótesis normativas y den lugar a la aplicación de los preceptos aplicados.

Ahora bien, y lo que resulta más interesante, es que de conformidad con algunas tesis, el debido proceso legal no sólo se refiere a la obligación de parte del Estado para actuar de conformidad con ciertos principios o formalidades relacionadas con el procedimiento y que limitan y regulan su actuación, sino que también se refiere al *derecho activo* de los gobernados para acceder a los órganos jurisdiccionales de “manera efectiva”:

²⁰ Séptima Época. Registro: 251921. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 121-126 Sexta Parte. Materia(s): Común, p. 86.

DEBIDO PROCESO LEGAL. LA INTERVENCIÓN PROCESAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 447 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE QUERÉTARO NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES. *La garantía del debido proceso legal contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite a los justiciables acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva* y en condiciones de igualdad procesal. Los tribunales civiles, en otras palabras, deben dirimir los conflictos sobre los derechos de las personas mediante un procedimiento que otorgue a las partes una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones[...]²¹. (Las cursivas son nuestras).

Esto significa que el debido proceso legal no sólo comprende lo referente a las denominadas formalidades esenciales del procedimiento y a la garantía de audiencia, sino también lo atinente al universal principio de legalidad que incorpora nuestra legislación vigente e, incluso, al *derecho de acción procesal* en favor de los particulares con motivo de los actos de autoridad.

Por último, algunos criterios han establecido una relación entre el debido proceso legal y la democracia como sistema de gobierno, con lo que se intenta establecer el llamado *debido proceso legal sustantivo*, que se abordará más adelante:

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. La garantía de audiencia que consagra el artículo 14 constitucional exige que

²¹ Novena Época. Registro: 174915. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Junio de 2006. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: 1a. XCVIII/2006, p. 185.

antes de privar a una persona de sus derechos, se le debe dar oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho corresponda, lo que implica darle a conocer en forma plena y cabal todos los datos o elementos que puedan fundar y motivar el acto de autoridad, pues de lo contrario malamente podría alegar y probar en forma adecuada y congruente. Y tal garantía debe ser respetada siempre por las autoridades administrativas, aunque la ley que rija el acto no prevea o establezca ese *debido proceso legal*, y aunque estimen que sus facultades para actuar son discrecionales, a menos que aleguen y demuestren *razonablemente* que el interés público o la seguridad nacional justifican que no se otorgue en esa forma el derecho de previa audiencia. *Esto, claro esta, entorpece en alguna manera los procedimientos administrativos, pero ese es el precio de la democracia* (n.b. la regla de la razón, así como la teoría democrática liberal, ambas de origen angloamericano, que enlazan garantismo y democracia)²². (Las cursivas y la interpolación son nuestras).

Esta evidente falta de unidad sobre el significado del debido proceso legal, se ha dado en el sistema jurídico mexicano en la medida en que se trata de un precepto que en principio era ajeno a nuestros sistema y tradición jurídicos, de manera que en distintos momentos se había interpretando por el PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN con alcances y significados disímiles, máxime porque no aparecía en el texto constitucional, en ninguno de su artículos.

Indudablemente, parte del problema reside en que muchas veces el origen de su conocimiento jurisprudencial

²² Séptima Época. Registro: 252675. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación 103-108. Sexta Parte. Materia(s): Administrativa, p. 36.

se trataba de una copia o superposición académica y no de una figura jurídica constitucional, la que efectivamente y vía la garantía de audiencia o cualquier otra, existiera ya, desde los cimientos de nuestra tradición jurídica, en nuestras instituciones, a modo de una verdadera garantía constitucional, tal como hoy ha sido catalogada.

3. Posturas doctrinales

Desde la perspectiva de la *doctrina*, alguna parte de ésta ha dado por hecho, antes de su introducción constitucional, la existencia de la garantía del debido proceso legal implícita dentro de nuestro régimen constitucional. Esta corriente doctrinaria se dividía a su vez en dos posturas (evidentemente, por la indefinición jurisprudencial, una parte sustantiva de estas posturas sigue aún vigente).

La primera establecía que el debido proceso legal mexicano era, en su aspecto procesal, el mismo que el debido proceso legal norteamericano, sin más. Esto es, para esta parte de la academia o doctrina, nuestro debido proceso legal comprende la forma y no el fondo, tal como sucede con el llamado “debido proceso legal procesal” de la tradición angloamericana. En otros términos, el debido proceso legal mexicano se trata de una garantía procesal constitucional mas no sustantiva.

La segunda postura sostiene que existe un debido proceso legal mexicano que se comprende no solamente en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, sino también en otros artículos constitucionales, tales como el 13, 16 y 20. Esta posición sostiene que existe un debido proceso legal mexicano de fondo y de forma.

Ejemplo de la primera postura doctrinaria es Ignacio Burgoa, quien mencionó que el tenor del segundo párrafo del artículo 14 constitucional vigente, concebido en

sus propios términos en el proyecto de Constitución elaborado por Don Venustiano Carranza y que fuera aprobado sin discusión en el Congreso de Querétaro, corresponde “sin duda” a la fórmula norteamericana del debido proceso legal, tal como había sido interpretada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos²³.

Sobre el particular, se había dicho también que: “en el concreto ámbito mexicano este aspecto (*due process of law*) tiene su representación en las llamadas *formalidades esenciales del procedimiento*, que se encuentran consagradas en el lineamiento final del párrafo segundo del artículo 14 constitucional”²⁴.

Definió además, esta postura doctrinaria a las *formalidades esenciales del procedimiento* como *las que debe tener todo procedimiento no sólo judicial, sino también administrativo[...] para proporcionar una verdadera defensa a los afectados*, requisito que queda comprendido “dentro del concepto angloamericano del debido proceso (*due process of law*), en sus aspectos procesales, y que también se conoce como derecho de defensa según la tradición española”²⁵.

Esta delimitación era necesaria para la doctrina mexicana, porque el debido proceso legal norteamericano en sus aspectos de *fondo o substanciales* se encontraba regido por la norma de la *razonabilidad* de todos los actos del poder público, como se ha advertido, y, en cambio, el debido proceso legal mexicano no tenía esos alcances, circunscribiéndose en consecuencia a los requisitos de

²³ Cfr. *Las Garantías Individuales...*, p. 537.

²⁴ FIX ZAMUDIO, H., *apud* MÁRQUEZ PIÑERO, R.: “La Jurisdicción Constitucional...”, cit., pp. 2094-2095.

²⁵ FIX ZAMUDIO, H., *apud* ZOLEZZI IBÁRCENA, L.: “Las Nulidades Procesales...”, cit., p. 1436.

forma que debían cumplir las resoluciones judiciales y administrativas, por lo que se afirmó, en ese sentido, que a diferencia de México era:

Conocida la gran amplitud que la Suprema Corte Federal de los E.U. otorgó a las disposiciones de las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América en relación con el concepto de razonabilidad de las leyes que se aplican en la resolución de las controversias judiciales o administrativas, y algo similar, si bien con menor extensión se observa en la doctrina y jurisprudencia argentinas²⁶.

Otra postura sostiene que el debido proceso legal mexicano es el “conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados”²⁷. Se asentó, con ello y precisamente sobre el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, que las formalidades esenciales del procedimiento se encuentran dentro del debido proceso legal, que incluye, además: la prohibición de tribunales especiales y de leyes privativas, la restricción de la justicia militar, el derecho de audiencia, y la fundación y motivación de las resoluciones judiciales y administrativas dictadas por autoridad competente, es decir, varios de los aspectos ya abordados por el Poder Judicial de la Federación.

En virtud de lo anterior, esa figura conlleva la: “exigencia de un proceso previo en el cual... se cumplan determinadas *condiciones materiales y procesales*”, pues aquélla se *introdujo en el ordenamiento mexicano por la conjunción de dos tradiciones jurídicas, tanto la de origen hispánico en el sentido de que toda persona debe ser oída y vencida en juicio, como la angloamericana en la cual se*

²⁶ FIX ZAMUDIO, H.: “El debido proceso...”, cit., p. 822.

²⁷ *Ibidem*, p. 820.

conformó y desarrolló (precisamente) el principio del debido proceso legal, consagrado expresamente en las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución Política de los Estados Unidos de América, terminología última que se ha impuesto en la doctrina y en la jurisprudencia mexicana²⁸.

Esta tesis, la del *amplio* debido proceso legal mexicano, establece, asimismo, que nuestro *debido proceso legal* tiene dos aspectos: uno de forma y otro de fondo: *La forma consiste en que se siga el juicio ante tribunales previamente establecidos, cumpliéndose en él las formalidades esenciales del procedimiento; y el fondo[...] consiste en que los recursos permitidos dentro de esa audiencia judicial, sean de tal manera que en cada caso concreto no se deje en estado de indefensión al individuo²⁹.*

Así también lo dijo Bassols, cuando afirmó que: *debemos considerar definitivamente desechadas todas las influencias sacramentales, formalistas[...] en los procesos judiciales*, pues no hay razón “para persistir en la tendencia de organizar los juicios sobre otras bases que no sean las que impone la razón y las que se derivan de la necesidad de lograr una organización justa y garantizadora de que las leyes se aplicarán exactamente en los casos concretos que motiven la intervención del poder público”³⁰.

Sin embargo, en un sentido contrario, y de acuerdo con Noriega, en México no se siguió la teoría del debido proceso legal, al menos en la forma norteamericana, ya que nuestra SUPREMA CORTE DE JUSTICIA solamente juzga de la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de las leyes o de los actos de autoridad, y de la forma en que se aplican, al contrastar las leyes o los actos con los artículos de la Constitución Federal, y no con las normas

²⁸ *Idem.*

²⁹ CASTRO, J. V.: *Garantías y Amparo...*, cit., pp. 320 a 331.

³⁰ *Apud FRAGA, G.: Derecho Administrativo...*, cit., p. 262.

de justicia, tal y como se hace en el derecho constitucional norteamericano³¹.

En conclusión, estos breves apuntes indican la existencia de perspectivas, posturas y convicciones claramente divergentes sobre el debido proceso legal, tanto por la legislación (donde fuentes internas y externas de diversa naturaleza tratan el concepto para propósitos convergentes), como por los criterios jurisdiccionales y sobre todo por la doctrina.

En este sentido, la reforma que introdujo la nueva garantía constitucional hace necesario precisar si la incorporación de ese concepto es o no un mero reflejo del principio de instrumentalidad de las formas que debe acompañar a los actos del poder público (aspecto meramente procesal), o si debe comprender, asimismo, elementos sustantivos, tal como sucede en la tradición jurídica de donde es originaria esa institución; todo ello con el fin último de que esa garantía sea interpretada en su justa dimensión y no confundida sólo con las garantías de audiencia y de legalidad, por una parte, o, por la otra, con toda clase de procedimientos, constitucionales o no, pues de ser así, todo proceso o procedimiento formalmente hablando debería considerarse como debido proceso legal (amén de los aspectos de sustantivos relativos a la legalidad, la justicia y la equidad que instrumentan).

³¹ Apud CASTRO, J. V., *Garantías y Amparo...*, cit., pp. 320 a 331. Este autor sostiene la misma postura: *En nuestro artículo 14 hemos plasmado, con características mexicanas, la vieja audiencia judicial española y no el principio del debido proceso legal de origen anglosajón. Idem.*

III. Orígenes, concepto y categorías

1. Raíces

El antecedente más remoto del debido proceso legal se encuentra en el artículo 29 de la Carta Magna de 1215, mismo que establecía:

Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de su tenencia, de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la ley, ni exiliado, ni molestado de manera alguna; y no pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según *la ley de la tierra*³².

Ese documento fue exigido por una combinación de terratenientes, clero y mercaderes al rey. En este sentido, la naturaleza de ese instrumento es ambigua, ya que *no es exactamente una constitución, ni un estatuto, ni un tratado, ni un pacto, ni una declaración de derechos, y no obstante esto tiene algo de todo eso*³³, si bien jurídicamente era más que nada un: *cuerpo de limitaciones legales autorizadamente declaradas sobre el empleo real de la maquinaria administrativa del reino*³⁴ de Juan Sin Tierra.

Ahora bien, las palabras *debido proceso legal* fueron destinadas a implicar el mismo significado que las

³² RABASA, G. opina: *No hay en las constituciones nuevas, ni en la de Inglaterra como hoy se entiende integrada, derecho individual que supere ni que iguale en importancia a este vestigio único que de todo el edificio de la carta del Rey Juan ha dejado en pie el derrubio del tiempo. El Juicio Constitucional...*, cit., p. 226. En cuanto a los orígenes propios de la Carta Magna, se debe señalar que los principios de ésta provienen desde la invasión de los normandos a cargo de Guillermo el Conquistador en el año 1066, con el establecimiento definitivo de su régimen en las Islas Británicas. Este Rey consolidó el poder público en tres grandes ramas, estableciendo totalmente la administración de justicia en él, así como toda otra autoridad.

³³ POUND, R.: *Desarrollo de las garantías...*, cit., p. 24 y 25.

³⁴ *Idem.*

palabras *la ley de la tierra* contenidas en la Carta Magna (cfr. *Hovey v. Elliott*, 167 U.S. 407, 417 [1897]), y fue Sir Edward Coke quien hizo por primera vez esta precisión. Efectivamente, en 1642, en su *Segunda Instituta*, Coke examinó el significado de la *lex terrae*, la *ley de la tierra*, según la última frase del citado artículo 29 de la Carta Magna, y demostró que la frase *debido proceso de ley* había sido empleada como su equivalente.

Para Coke: *Ley en esa frase significaba más que un conjunto de leyes, y el debido proceso de ley tenía un significado mucho mayor que el de un significado meramente procesal*³⁵.

No obstante y en contra del anterior significado, Story, J. precisó que la *ley de la tierra* tenía un significado esencialmente procesal, al decir que: *las últimas palabras per legem terra... significaban la tramitación legal, es decir, el indictment y el presentment. Así, la disposición anterior reconoce el derecho de ser juzgado según los procedimientos de la ley común.*³⁶

Sin embargo, la verdad es que en los escritos del propio Coke, en su capítulo 29, se encontró un rudimentario concepto de *debido proceso legal de carácter sustantivo*, de restricciones materiales propiamente dicho, que no se desarrolló finalmente en Inglaterra debido a la supremacía del Parlamento. Empero, el *debido proceso legal sustantivo* sí floreció en los Estados Unidos de América, como se expondrá.

2. Evolución

Al producirse la emigración inglesa hacia lo que son hoy los Estados Unidos de América, los emigrantes se

³⁵ *Ibidem*, p. 46.

³⁶ *Comentario abreviado...*, cit., p. 524.

organizaron de acuerdo con sus *cartas de fundación*, que después se convertirían en las *constituciones locales* y en donde se consignaba ya la garantía del debido proceso legal o de la ley de la tierra, como se prefiera.

Con ello, el debido proceso legal fue recogido en las constituciones estatales anteriores a los Estados Unidos de América. En concreto, las constituciones de Maryland, Pennsylvania y Massachusetts contenían expresamente el concepto de que *nadie pod(ía) ser privado de su vida, libertad o propiedad*³⁷ sin el debido proceso legal.

No obstante y una vez adoptada y promulgada la Constitución Federal, ésta incluyó un debido proceso legal *especial* para los estados interiores, aunque ya tuviesen estos esa provisión en sus propias cartas de derechos³⁸.

Esto fue con el objeto de darle a los ciudadanos norteamericanos protección adicional mediante la jurisdicción de los tribunales federales y no sólo con la de los estados federados, quienes en muchas ocasiones aplicaban e interpretaban arbitrariamente el debido proceso legal contenido en sus respectivas Constituciones. La Corte Suprema de Justicia estableció en este sentido:

Esta disposición de la enmienda es nueva en la Constitución de los Estados Unidos como limitación a los poderes de los Estados, (pero) es antigua como principio de gobierno civilizado. Se la encuentra en la Magna Carta y –en la sustancia y la forma–, en aproximadamente todas o casi todas las Constituciones que periódicamente han sido adoptadas por los diversos Estados de la Unión. Mediante la quinta

³⁷ COUTURE, E. J. *Fundamentos de Derecho...*, cit., p. 99.

³⁸ Esto originó un gran debate, en el sentido de que la nueva enmienda iba a vulnerar las facultades estatales o que simplemente pecaba de innecesaria (cfr. *Hurtado V. California*, 110 U.S. 516 [1884]).

enmienda, ella fue introducida en la Constitución de los Estados Unidos como limitación a los poderes del Gobierno Nacional y por la nueva enmienda decimocuarta, como garantía contra la interferencia con un derecho reconocido de ciudadanía por parte de las legislaturas de los Estados (Munn v. Illinois, 94. U.S. 113, 123-124 [1877]).

En este sentido, las palabras *debido proceso legal* en materia estatal vinieron a referirse a *aquella ley del país en cada estado interior*, que extrae su autoridad de los poderes inherentes y reservados del estado de que se trate, de conformidad con la Enmienda X³⁹ de la Constitución de los Estados Unidos de América y: “ejercidos dentro de los límites de aquéllos principios fundamentales de libertad y justicia que yacen en la base de todas (sus) instituciones civiles y políticas” (*Munn v. Illinois, 94. U.S. 113, 123-124 [1877]*).

3. Ley suprema

De igual forma, la *ley de la tierra o debido proceso legal* implican en el derecho angloamericano la otra noción de *ley suprema*, fundamento del concepto de *supremacía constitucional* establecido en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, en su artículo VI, sección 2:

Esta Constitución, las Leyes de la Federación que en virtud de ella se sancionaren, y todos los Tratados celebrados o que se celebraren por la autoridad de los Estados Unidos, serán la *Ley Suprema de la Tierra*. Los Jueces de cada Estado estarán sujetos a ella, sin que obsten las Constituciones o Leyes de los Estados. (Las cursivas son nuestras).

³⁹ Esta Enmienda establece: *Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos a los Estados, están reservados a los Estados respectivamente, o a la población.*

Según Pound⁴⁰, esta idea de una *ley suprema* se remonta a la enseñanza y decisiones medievales en lo referente precisamente a la *ley del país* y al *debido proceso legal*, según lo desarrollado por Coke.

De este modo, las palabras *debido proceso legal* significan hoy día: *el curso regular de la administración de acuerdo con la ley suprema y de acuerdo con las reglas generales para la protección de los derechos individuales*. Administración y reglas que no son estáticas, pues pueden cambiar de tiempo en tiempo, de conformidad con el avance de la ciencia del derecho y el progreso de la sociedad, según ha dicho la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (*cfr. Hurtado V. California*, 110 U.S. 516 [1884]).

Es este sentido, existe aún, no obstante, una controversia que tiene por objeto dilucidar si el *debido proceso legal* debe ser interpretado conforme a su significación histórica u original, en forma estática e inamovible, o bien, si es éste un precepto cambiante y adaptable, tal como se afirma con antelación.

En respuesta a lo anterior, el criterio general de esa Corte ha sido que se debe definir el *debido proceso legal* *caso por caso*, en vez de optar en forma definitiva por cualquiera de las posiciones anteriormente señaladas o inclusive cualquier definición permanente e inmutable. La Corte ha establecido en este sentido:

Aparte del inminente riesgo de una omisión en dar cualquier definición que fuera a la vez lúcida, comprensiva y satisfactoria, resulta prudente, según pensamos, precisar la intención y la aplicación de tan importante frase de la Constitución Federal, mediante el procedimiento gradual de la inclusión y la exclusión judicial, según lo requieren los casos sometidos a

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 84.

decisión, por cuya apreciación la decisión deber ser alcanzada (Davidson v. New Orleans, 96 U.S. 97, 104 [1878]).

4. Significado federal

No es sino hasta una *segunda época* de la historia constitucional de los Estados Unidos de América cuando aparecen las primeras enmiendas y declaraciones de derechos en ese país (con independencia de las *cartas locales*), pues al expedirse su constitución federal, ésta originalmente sólo contenía la parte orgánica y carecía de un capítulo consagrado expresamente a los derechos y garantías individuales, que se fueron agregando progresivamente; entre éstas apareció la *Enmienda Quinta*, aprobada por el Congreso de ese país el 25 de septiembre de 1789, que textualmente establece:

Nadie estará obligado... ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal...

Este precepto, por tratarse de una enmienda constitucional y por estar dirigida a las *autoridades federales*, permitió rápidamente la evolución de la teoría del debido proceso legal en todos los estados de la Unión Americana, incluyendo aquellos que se fueron incorporando paulatinamente, sin perjuicio de que en algunos estados ya existía esta garantía de la libertad en sus propias *cartas fundacionales*, como se ha señalado.

Cabe señalar que a partir de la predicha enmienda y con la fórmula “*law of the land*”, transformada ya en *debido proceso legal*, comenzó su recorrido por casi todas las constituciones del mundo y especialmente las americanas, incluyendo la Constitución Federal Mexicana de 1824, que copió la estructura federal norteamericana y muchos de sus preceptos, incluyendo el actual artículo 133, que

también habla de *La ley Suprema de Toda la Unión* y al que nunca se le atribuye ciertamente uno de sus significados originales: *debido proceso legal*.

De este modo, el concepto *debido proceso legal* fue considerado desde su inclusión en esa Quinta Enmienda en la historia moderna del Derecho Constitucional, como la *garantía esencial del demandado*, de la cual ninguna ley podría privarle⁴¹.

5. Relevancia local

Después de la Guerra de Secesión, el criterio de que sólo las autoridades federales estarían obligadas a respetar la garantía del debido proceso legal cambió, como ya se adelantó, al considerarse obligadas a ello también las autoridades locales. Para tales efectos, el congreso norteamericano aprobó el 16 de junio de 1866 la *Enmienda XIV*, misma que fue ratificada el 23 de julio de 1868⁴². Esta Enmienda establece textualmente:

Tampoco podrá Estado *alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos... .

Cabe precisar que los derechos fundamentales que consagra la Constitución americana, salvo aquellos contenidos en esta enmienda, se consideran aplicables exclusivamente al gobierno federal y no a los diversos gobiernos estatales. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha extendido el ámbito normativo de dichas

⁴¹ Cfr. COUTURE, E. J., *op. cit.*, p. 100.

⁴² Cabe señalar, que Nueva York, con su Constitución de 1821, fue el primer Estado en implantar el debido proceso legal en los mismos términos de la Constitución Federal, antes de la expedición de la Decimocuarta Enmienda.

disposiciones federales a los estados interiores a través, precisamente, de la interpretación constitucional de esta Enmienda decimocuarta, principalmente por medio de la institución del debido proceso legal y de la aplicación de la regla de *igual protección de las leyes* que ha de regir la actividad de los gobiernos locales, según el párrafo constitucional también trascrito. Esta expansión de derechos:

*Ocurre básicamente durante la era del Tribunal Warren, aunque el criterio básico para efectuar tal extensión se establece desde 1908 en la sentencia *Twining v. New Jersey*. En dicha sentencia, la Suprema Corte señala que para saber si determinado derecho de la Constitución federal es defendible ante autoridades locales, hay que preguntarse si el derecho es tan fundamental que un rechazo o desconocimiento del mismo sea una negativa del debido proceso legal⁴³.*

Para tales efectos, se tuvo que elaborar de igual forma una interpretación sustantiva del debido proceso legal estatal, ya que, como se aduce, ésta es la única enmienda del *Bill of rights* de los Estados Unidos de América que es aplicable a los Estados interiores. Por lo que, según la Corte Suprema de Justicia, el debido proceso legal estatal abarca, al igual que la ya citada Enmienda V, aquellos principios fundamentales de libertad y de justicia en los que han de cimentarse todas las instituciones civiles y políticas de ese país, procesales y sustantivas.

6. Interpretación jurisdiccional

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que para la interpretación de la Constitución Federal, sus alcances: *no han de ser anulados o eludidos por un astuto criticismo verbal, sin consideración a la mira y objetos del instrumento*

⁴³ MAGALONI, A. L.: “La jurisprudencia constitucional...”, cit., p. 155.

y los principios en que ha sido fundada y cuando las palabras admiten interpretaciones diferentes, debe preferirse aquella que mejor exprese el objeto tenido en vista. (Aldrich v. Kinney, 4 Conn. 380, 385 [1822]).

Bajo esta consideración, la Constitución Federal debe ser objeto de una *interpretación práctica*. Las palabras deben tomarse en su sentido natural y obvio, y no en un sentido irracional, restringido o ampliado. Por ello:

Debe sobreentenderse que los esclarecidos patriotas que elaboraron (la) Constitución, y el pueblo que la adoptó, así como los hombres cuyas intenciones no requieren ocultamiento, generalmente emplean las palabras que más directa y apropiadamente expresan las ideas que entienden expresar, han empleado las palabras en su sentido natural, y que entendían lo que decían (Union P.R. Co. v. Peniston, 18 Wall. 5, 31 [1872]).

Esta *regla de la razón* que debe prevalecer en cada caso, está incluso por encima del principio del *stare decisis*, que significa que una vez que un punto de derecho es resuelto por una decisión, constituye un precedente que no puede después dejar de ser tenido en consideración (n.b.). En este sentido, la función del *stare decisis* es ser un *precedente guía* de los tribunales en casos substantivamente similares, cuestión que es necesaria para preservar la certeza, estabilidad y simetría de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América.

Esa doctrina está basada en la proposición de que las reglas de derecho a las cuales se aplica han sido determinadas por un tribunal con *jurisdicción final* sobre una cuestión litigiosa (*cfr. Calhoun Gold Mining Co. v. Ajax Gold Mining Co.* [1899]). Sin embargo, *stare decisis* no es como la regla *res iudicata*, esto es, una autoridad universal, inexorable, dado que la interpretación de la Constitución americana está siempre abierta a la

discusión cuando se supone que ha sido fundada en el error. La autoridad judicial depende entonces siempre de la fuerza del razonamiento en que se apoye el precedente de que se trate (*cfr. Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 405 [1932])⁴⁴.

7. Clases

La Corte ha establecido que las enmiendas Quinta y Decimocuarta de la Constitución americana, poseen, cada una, dos clases de debido proceso legal: el *sustantivo* y el *procesal*.

Esto es importante precisarlo porque vista como tal la frase *debido proceso legal* parece referirse sola y llanamente a *proceso*, a proceso en juicio y, en consecuencia, con esta interpretación limitada el debido proceso legal sería todo lo que el Poder Legislativo quisiera que fuese por su poder en el establecimiento de las normas generales, abstractas e impersonales, que regulan precisamente procesos.

Sin embargo, esta interpretación limitada no ha sido la que se le ha dado al debido proceso legal por esa Corte, quien considera al debido proceso legal sobretodo como una *restricción sustantiva* al Poder Legislativo, lo mismo que al *ejecutivo y al judicial*, de modo no puede ser interpretada para dejar al congreso de los Estados Unidos de América en libertad de convertir cualquier acto o procedimiento en debido proceso legal (*cfr. Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co.* 59 U.S. [1856]).

⁴⁴ Los precedentes de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia son obligatorios y con efectos *erga omnes*, tanto para los tribunales como para todo otro poder público (i.e. el judicial, el ejecutivo y el legislativo). Por esta razón, por ejemplo, una vez que se ha declarado la inconstitucionalidad de una ley, esa ley no ha de seguirse cumpliendo por el poder encargado de la función inherente. Esto, porque no tendría razón que otra persona lesionada por la norma anticonstitucional se presentara de nuevo ante la Corte Suprema de Justicia, la que declararía nuevamente y sin titubeos, su invalidez. *Cfr. GRANT, J.A.C., El Control Jurisdiccional...*, cit., p. 62.

Por esto, en la medida en que los derechos individuales de los norteamericanos son afectados, el debido proceso legal funciona más que nada como *un mecanismo de revisión constitucional* de los actos del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Además, la *equidad* inherente al sistema judicial de aquel país requiere precisar la naturaleza de los intereses en litigio, la manera en que éste se ha llevado al cabo, las razones para hacerlo, las alternativas asequibles al proceso que se ha seguido, la protección de los derechos en juego, el equilibrio entre los daños y las reparaciones, y las posibilidades del cumplimiento de las sentencias, de forma que todas estas variables deben considerarse para dictar una *sentencia justa* (*cfr. Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. [1856]); es decir, conforme a la *ley de la tierra* o al debido proceso legal.

Por esta razón, la garantía del debido proceso legal en los Estados Unidos de América es –a diferencia de la Inglaterra fundacional– una limitante sustantiva, que rechaza toda ley injusta en sí misma (*Poe v. Ullman* 367 U.S. 497, 540, 541 [1961]):

En Inglaterra, la exigencia del debido proceso legal, en los casos en que la vida, la libertad y la propiedad estaban afectadas, fue originariamente destinado a garantizar al individuo contra la *acción arbitraria* de la Corona, de colocarlo bajo la protección de la ley. Se consideró que las palabras equivalían a la *ley suprema del país*. Y *un propósito similar debe ser atribuido a ellas cuando se les aplica a un cuerpo legislativo en este país*, es decir, que están destinadas en adición a otras garantías de los derechos privados a otorgar *seguridad reforzada* contra la privación arbitraria de vida o libertad, y contra la expoliación arbitraria de la propiedad (*Missouri P. R. Co. V. Humes* 1885).

Cabe precisar que lo mismo sucede en materia de *justicia criminal*, en donde la Corte tampoco ha establecido un debido proceso legal sujeto a determinadas limitaciones y fronteras meramente procesales. Al contrario, la Corte ha establecido mecanismos adecuados en cada caso, tanto procesales como sustantivos, para su resolución (cfr. *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 106 [1908]).

Por otra parte, aunque el lenguaje de las enmiendas Quinta y Decimocuarta es el mismo con relación al debido proceso legal, existen casos en que por diversos momentos y muy variadas circunstancias, es perfectamente válido llevar a cabo diferentes interpretaciones y aplicaciones de una y otra de las citadas enmiendas relativas al debido proceso legal (cfr. *French v. Barber Asphalt Paving Co.*, 181 U.S. 324, 328 [1901]). Es decir, la Corte ha establecido que lo que puede ser justo en una situación, puede ser injusto en otra (cfr. *Ex parte Wall*, 107 U.S. 265, 289 [1883]). Y si bien, por los anteriores razonamientos, las dos enmiendas no son la misma cosa, es también cierto que *ambas imponen las mismas condiciones esenciales procesales y sustantivas*, por lo que la interpretación de ambas debe ser, si no idéntica, sí fundamentalmente la misma.

Por último, es importante precisar que la cláusula del debido proceso legal no substituye a las leyes de los diversos estados, y no convierte a todas las cuestiones relacionadas con ellos en cuestiones constitucionales y tampoco autoriza a la Corte federal a revisar las decisiones de los tribunales estatales sobre cuestiones de legislación local (cfr. *Enterprise Irrig Dist. V. Farmers Mut. Canal Co.* 1917).

8. Alcances

En relación con la amplitud del debido proceso legal sustantivo, la citada Corte no ha querido asumir un concepto definitivo de *libertad*, pero sí ha establecido

que libertad no es solamente la ausencia de privación física, sino que libertad comprende un rango completo de conducta que permite a los individuos perseguir sus objetivos, y que no puede ser esa conducta restringida si no es por la circunstancia superior de un interés apropiado del Estado en la búsqueda del bien común.

En este aspecto, es importante señalar que tradicionalmente la Corte ha señalado que el debido proceso legal procesal también reconoce los términos de vida, libertad y propiedad en relación con el *entendimiento común*, tal como se ha desarrollado en el derecho consuetudinario, por lo que cualquier acto que agravie tales derechos, directa o indirectamente, constituye una violación constitucional al debido proceso legal. La esencia y naturaleza del debido proceso legal procesal evade entonces cualquier concepción inflexible de procedimiento universalmente válido en su aplicación y a cada situación imaginable (*cfr. Cafeteria & Restaurant Workers Union v. Mc Elroy*, 367 U.S. 886, 894-95 [1961]). Empero, la Corte ha dado algunas definiciones generales y ha llegado a decir que por debido proceso legal:

Se entiende aquel que, de acuerdo con las formas de la ley, *es apropiado al caso y justo* con respecto a las partes que han de verse afectadas. Debe ser perseguido del modo ordinario prescrito por la ley; debe adaptarse al fin que persigue; y siempre que sea necesario para la protección de las partes, debe darles oportunidad de ser oídas respecto a la justicia de la sentencia pronunciada... Debe declararse que *cualquier procedimiento* legal ejecutado por autoridad pública, ya sea sancionado por la edad y la costumbre o nuevamente creado por el arbitrio del Poder Legislativo, en consecución del bien público general, que contemple y preserve aquellos

principios de libertad y de justicia, constituyen *debido proceso legal* (*Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 537 [1884]).

El debido proceso legal es entonces aquel que de acuerdo con las formas de la ley es apropiado y justo con respecto a las partes que han de verse afectadas; debe ser conveniente y adecuado a la naturaleza del caso y sancionado por las costumbres establecidas y por los usos de los tribunales (*cfr. Ex parte Wall*, 1883); debe ser asimismo cumplimentado del modo ordinario prescrito por la ley; debe adaptarse al fin que se persigue; siempre que sea necesario para la protección de las partes, debe darles oportunidad de ser oídas respecto a la justicia de la sentencia pronunciada (*cfr. Hagar v. Reclamation Dist.*, 1884) y, deben observarse aquellas normas generales establecidas en el sistema jurídico para la seguridad de los derechos privados. Por ello, el debido proceso legal procesal depende más que nada de la clase de intereses que se pretendan resolver, siendo que la forma más apropiada será aquella que más equilibre, en un caso particular, los intereses en disputa.

Este sistema de causalidad ha llevado a la Corte al establecimiento de un mecanismo de equidad, a través de la consideración de tres variables para la identificación de la *forma procesal-debido proceso legal* más acorde a cada caso concreto. Las variables a considerar son las siguientes:

Primera: los intereses privados en juego que son afectados por un acto de poder;

Segunda: el riesgo de privar injustamente de tales intereses a través del procedimiento impuesto (de ser procedente y de requerirse la probable substitución de este procedimiento, debe ser por otro adicional o substituto que brinde garantías suficientes);

Tercera: el interés del Estado que lo llevó al acto

*conculcatorio y de privación de los intereses privados inmiscuidos (cfr. *Mathews v. Eldridge* 424 U.S. 319, 335 [1976]).*

Este criterio de equidad imposibilita, evidentemente, el establecimiento de *procedimientos básicos o esenciales de carácter universal* para resolver todas las cuestiones planteadas ante la Corte. En consecuencia y como un caso extremo, la Corte ha dicho que, si bien la notificación y la razonable oportunidad de ser escuchado y vencido han sido declarados dos principios fundamentales casi en forma universal por todos los sistemas de derecho de las naciones civilizadas, existen en los Estados Unidos de América ciertos procedimientos apropiados para la determinación de varias situaciones jurídicas, en los que aquellos principios pueden ser considerados de igual forma como constitucionalmente innecesarios (cfr. *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 110 [1908]). Con ello, de nueva cuenta, se trata de evitar más que nada el error virtual que conlleva la búsqueda de la verdad a través de la aplicación de principios inamovibles y universales (cfr. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 344 [1976]).

Independientemente de estos casos de excepción, la Corte ha establecido con toda claridad algunas *reglas generales* para que un procedimiento sea considerado *debido proceso legal*:

- La notificación debe ser propia, adecuada (cfr. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 267-68 [1970]) y debidamente estructurada (cfr. *Armstrong v. Manzo*, 380 U.S. 545, 550 [1965]) a los intereses que se deben proteger, de tal forma que permita su correcta defensa (cfr. *Mullane v. Central Hanover Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314 [1950]); por lo que los plazos y las formas deben ser siempre suficientes para cada caso.

- Un *juicio imparcial* es una condición esencial para cualquier clase de procedimiento (cfr. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 271 [1970]). Esta imparcialidad asegura y garantiza la vida, la libertad, la propiedad y la ausencia de una apreciación errónea de los hechos litigiosos, además de que concede una real y formal igualdad procesal entre las partes (cfr. *Marshall v. Jerrico*, 446 U.S. 238, 242 [1980]).
- Se presume, por otra parte, la *honestidad e integridad* de los *terceros imparciales* como dictadores del derecho, por lo que las partes tienen la carga de la prueba para combatir tales presunciones (cfr. *Schweiker v. McClure*, 456 U.S. 188, 195 [1982]).
- El derecho a un *defensor* es esencial (cfr. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 271 [1970]).
- Requiere la oportuna y adecuada confrontación y análisis de las *pruebas* que demuestran los hechos materia de litigio (cfr. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 269 [1970]).
- Formalmente, la *sentencia* requiere la ausencia de razonamientos contrarios y contradictorios, además de la coherente y sistemática relación de las pruebas para una apropiada motivación y fundamentación de la resolución del litigio (cfr. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 271 [1970]).
- Substantivamente, la *sentencia* implica un juicio que expresa una determinación de que ciertas prácticas agravian o no los cánones de decencia y justicia que expresan las nociones de equidad de los angloparlantes (cfr. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 169 [1952]). En este sentido, el debido proceso legal tiene relación con la sustancia

del derecho y no solamente con cuestiones de forma o de instrumentación. Al determinar si los anteriores elementos esenciales del debido proceso legal fueron denegados, la Corte se rige por la sustancia de las cosas y no por la mera forma (*cfr. Frank v. Magnum*, 1915).

- Por último, el debido proceso legal procesal no significa la protección en contra de la privación de derechos *per se*, sino sólo en contra de la privación ilegítima o ilegal de la vida, la libertad y la propiedad (*cfr. Carey v. Piphus*, 435 U.S. 247, 259 [1978]), lo que evita el ejercicio arbitrario del poder mediante un juicio injusto (*cfr. Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67, 80-81 [972]).

En definitiva, el debido proceso legal es una restricción al Poder Legislativo del gobierno, lo mismo que al Ejecutivo y al Judicial (*cfr. Murray v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 18 How. 272, 277 [1856]). De esta forma, el debido proceso legal no protege solamente en contra de las arbitrariedades del propio Poder Judicial, sino que defiende a todos los derechos privados cuando una ley o un acto violan los superiores principios de justicia y equidad constitucionales.

Conclusiones

El debido proceso legal en el derecho angloamericano se funda en un profundo desarrollo histórico y constitucional y es allí donde radica el éxito que le ha servido de modelo para un sinnúmero de países, incluyendo México, que recientemente incorporó dicha institución a nivel constitucional.

Esa implantación no tendrá –tratándose como lo es de una figura fundamental– el mismo peso y efectos

que en las jurisdicciones angloamericanas, al menos de manera inmediata; esto en virtud de la falta de una referencia evolutiva clara que le sirva de sustento, directriz y contexto.

Ello resulta lógico, pues no es posible interpretar y mucho menos concretar el debido proceso legal sin una teoría previa de la Constitución Federal plenamente identificada con dicha figura; condición ésta esencial para que pueda descifrarse la complejidad de sentidos normativos que contiene, con el fin de colmarla de contenido y significación abiertas y diversas, pero unidas hacia un propósito garantista.

Inserto ahora en el artículo 18 de la Constitución Federal en materia de *justicia para adolescentes*, el debido proceso legal mexicano requerirá entonces de la reinterpretación de las garantías constitucionales procesales en su conjunto. La implantación y aplicación del nuevo sistema de justicia penal le exigirá a la Suprema Corte de Justicia de la Nación un papel más activo en la protección del ciudadano frente al abuso de poder y seguramente ello le llevará a pronunciarse sobre el particular.

En cuanto a sus alcances, el debido proceso legal conlleva el estricto cumplimiento de la legalidad y también la legitimidad de leyes y actos públicos. De esta manera, tiene dos vertientes: la *sustantiva*, esto es, el principio que tiende a la protección de los derechos de los gobernados de todo acto del poder público que no sea justo, razonable, legítimo y equitativo; y la *instrumental*, que contempla el fin y las etapas procesales y procedimentales esenciales o debidas a los intereses que constitucionalmente se protegen.

Ciertamente, esta última vertiente coincide en gran parte con las *formalidades esenciales del procedimiento*,

establecidas en nuestro artículo 14 constitucional. Cabe destacar, empero, que esa institución no ha tenido el desarrollo del debido proceso legal norteamericano y de ahí la continua necesidad que ha reflejado la legislación secundaria, las interpretaciones jurisprudenciales, la doctrina y ahora el Poder Constituyente Permanente en México, de consolidar una institución mucho más amplia y flexible, como lo ha sido en el *Derecho comparado* la consabida institución del debido proceso legal.

Es verdad que varias instituciones jurídicas mexicanas complementan el papel del debido proceso legal, como la fundamentación y la motivación de los actos, ya sean legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales; la propiedad originaria; las limitaciones y las modalidades a la propiedad privada en aras del interés público; las llamadas facultades implícitas del Congreso de la Unión; la equidad y proporcionalidad de los impuestos, etc. Pero ellas juntas, no tienen o han tenido, conjunta o separadamente, el peso y la importancia que ha tenido la institución del debido proceso legal en el *Derecho comparado*.

De igual modo, el sistema jurídico mexicano no comprende ni la extensión ni el propósito amplio que reclama la señalada vertiente sustantiva o material del debido proceso legal, ya que las garantías de audiencia y de legalidad, a las que se ha equiparado aquella figura, guardan una naturaleza estrictamente procesal.

En síntesis, cómo y de qué manera la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretará una institución clave como lo es el debido proceso legal, es una cuestión que sólo el tiempo revelará. En esa dirección, se han aportado elementos que sugieren que dicha Corte no deberá otorgarle una interpretación restringida en la justicia para adolescentes y tampoco equipararla solamente a

las señaladas garantías de audiencia y de legalidad, pues la institución del debido proceso legal, si bien ajustada a nuestra realidad constitucional, deberá servir para consolidar de manera significativa el Estado de Derecho y con ello nuestro régimen garantista, con el fin último de brindar mayor seguridad, legalidad y sobre todo justicia y equidad al pueblo mexicano.

Fuentes

- BURGOA, IGNACIO: *Las Garantías Individuales*. Porrúa, 24^a ed., México, 1992, pp. 537.
- CASTRO, JUVENTINO V.: *Garantías y Amparo*. Porrúa, 20^a ed., México, 1994, pp. 561.
- COUTURE, EDUARDO J.: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Depalma, 3^a ed., Buenos Aires, 1978, pp. 524.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR: “El debido proceso legal”. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 7^a ed., México, 1994, pp. 3272.
- FRAGA, GABINO: *Derecho Administrativo*. Porrúa, 30^a ed., México, 1991, pp. 262.
- GRANT, JAMES A. C: *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes*. UNAM, México, 1963, pp. 98.
- MAGALONI, ANA LAURA: “La jurisprudencia constitucional y su carácter integrador del contenido normativo de los derechos fundamentales en Estados Unidos, España y México.” *Anuario de Derecho Público*. Editorial Mc Graw Hill-ITAM, nº 1-1997, México, 1998, pp. 395.
- MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL: “La Jurisdicción Constitucional.” *Estudios en Homenaje al Dr.*

- Héctor Fix Zamudio. UNAM, T. III, México, 1988, pp. 2502.
- MERRYMAN, JOHN HENRY: *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica, México, 1979, pp. 258.
 - MONTESQUIEU, SECONDAT DE CARLOS: *Del espíritu de las leyes*. Casa Editorial Garniu Hermanos, T. I, París, s/f, versión Castellana de NICOLAS ESTÉVANEZ, pp. 503.
 - MONTIEL Y DUARTE, ISIDRO A.: *Derecho Público Mexicano*. Editorial Imprenta del Gobierno, T. I, México, 1871, pp. 472.
 - POUND, ROSCOE: *Desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*. Editorial Ágora, Buenos Aires, 1960, traducción MARIO H. CALICHO, pp. 167.
 - RABASA, EMILIO: *El Artículo 14*. Topografía del Progreso Latino, México, 1906, pp. 217.
 - _____: *El Juicio Constitucional, Orígenes, Teoría y Extensión*. Editorial Librería Central, México, 1919, pp. 348.
 - RÍOS ESPINOZA, CARLOS: “Requerimientos de adecuación legislativa en materia de justicia juvenil de conformidad con la reforma al artículo 18 constitucional”. *El Ombudsman*. CEDH-Aguascalientes, nº 1, México, agosto 2006, pp. 83-102.
 - STORY, JOSEPH: *Comentario abreviado de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América*. Imprenta del Comercio, de Dublán y Cía., México, 1879, traducción de MANUEL DUBLÁN, pp. 582.
 - TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO: “El Orden Jurídico y su Constitución (breve descripción del proceso de creación del Derecho)”. *El Constitucionalismo en las*

Postimerías del Siglo XX, la Constitución Mexicana.
Editorial UNAM-Instituto de Investigaciones
Jurídicas, T. IV, México, 1988, pp. 516.

- ZOLEZZI IBÁRCENA, LORENZO: “Las Nulidades Procesales en el Derecho.” *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio. Editorial UNAM, T. II., México, 1988, pp. 1436.*

La mediatización del Derecho. Factor crítico de su legitimidad

*Fernando Carreón Rodríguez**

In Memoriam

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo

¡Oh dolor! buen amigo, buen maestro de escuela,
gran artífice de almas, incomparable espuela
Para el corcel rebelde..., ¡hiere, hiere hasta el fin!
¡A ver si de ese modo,
con un poco de lodo,
Forjas un serafín!

Amado Nervo

SUMARIO: Introducción. I. La cultura jurídica a partir del lenguaje. II. Protagonistas políticos y hermenéutica jurídica. III. Cultura postmoderna y Derecho. IV. Anomías y antinomias como factores de crisis. V. Bibliografía.

Reflexión previa

Luego del conocimiento milenario y de las definiciones seculares que han construido el acervo cultural de la ciencia jurídica, entramos al siglo XXI preguntándonos ¿qué es el Derecho?, ¿por qué filosofar en torno a él?... ¡Y nuestro pasmo se hizo infinito! Será acaso un mero

* Jefe de Unidad Departamental de Seguimiento de Medidas, Recursos y Amparos en la Subdirección de Asistencia Jurídica Especializada en Justicia para adolescentes de la Defensoría de Oficio. Consejería Jurídica y de Servicios Legales.

prurito del lenguaje, será que su discurso debe tener asiento en la realidad, y ¿qué es la realidad? ¿es sólo ya una meta-narrativa *lyotardiana*, un juego de significados y significantes *derridarianos*; o, un conductismo epistémico de lenguaje equívoco *rortyano*? Nada existe, todo es inventado; y de ahí, al nihilismo *nietzscheano*, al existencialismo de Sartre y a la metafísica de Heidegger, unidas por una muerte de Dios, sustituido en una presencia del conocimiento y el saber de la ciencia tenido en sus axiomas por válidos, unívocos y verdaderos, inmanentes a las cosas y por lo mismo irrefutables¹. El ser ya no es, pues deviene del ser en sí y ahora es ser en otro que se determina por su circunstancia, mas se encuentra tan limitado para poderla advertir que sólo la define parcialmente obviando los factores que la integran pero asumiéndola como el todo integrador, como verdad absoluta. El Derecho se ha proclamado ser en sí, ser creador, dador de las circunstancias, los axiomas, o mejor aún, los dogmas de toda conducta humana que se asimile a su ciencia. ¡Ah!, pero se le ha olvidado que es discurso, que utilizado mediáticamente hace de sus textos explícitos tácitos, obviedades lingüísticas que ocultan “lo otro”, la circunstancia política, cultural, psíquica y ética que preña su teleología; más aún, su etiología.

¹ Las referencias de autores como Jean François Lyotard, Richard Rorty o Jacques Derrida pretenden sólo generar el apetito en el lector por abreviar en la vastísima obra de quienes han generado en el último siglo un gran debate sobre la Filosofía del Lenguaje y lo que en la Filosofía del Entendimiento, léase Epistemología, representa para la Ciencia Jurídica a la luz de los tiempos postmodernos y de la globalización tecnológica. En ese mismo sentido son las invitaciones a las lecturas de Friederich Nietzsche, Jean Paul Sastre y Martin Heidegger, pues el presente es un artículo que sugiere la reflexión sobre los problemas de la Epistemología Jurídica y no pretende ser un tratado sobre el pensamiento filosófico contemporáneo.

Introducción

El derecho a la información es un derecho fundamental, ello parece estar fuera de discusión. Pero los problemas empiezan con el derecho a informar: siendo un derecho fundamental, acaba por cobrar un sesgo de accesorio si pensamos en el sujeto informador representado actualmente por las estructuras del poder económico. Las industrias de la información se erigen hoy como emporios decidores de la verdad al detentar, merced al poder económico, el poder de obtener la información de manera más ágil y abundante que lo que podría hacer un particular, al poseer la infraestructura empresarial de las tecnologías para observar los fenómenos casi de manera presencial, sin necesidad de que ello sea estrictamente vivencial; a esto se suma la posibilidad de compulsar la información con todo tipo de fuentes en el mismo momento, de manera simultánea, lo que a un particular le llevaría por lo menos horas de trabajo de gabinete.

Ante esto se nos muestran dos panoramas, uno favorable y otro desfavorable. La velocidad a la que hoy se obtiene la información, a través de los medios masivos de comunicación, hace que actualmente tengamos una cantidad inagotable de información a nuestro alcance, aparentemente toda la información que se podría conocer, y es ahí donde nos topamos con la primera gran duda: ¿realmente tendremos toda la información completa que pudiésemos requerir para aprehender una visión íntegra de la realidad, o conocemos lo que la industria mediática da a conocer a la luz de ciertos intereses de grupo o de jerarquías, las cuales no necesariamente serán políticas?

Por otro lado, la ciencia jurídica se encuentra segregada, aparenta una pureza que deslinda de su fuerza discursiva todo aquello que no parezca Derecho; no

obstante éste, en sus formas parlamentarias, judiciales, académicas y administrativas, manifiesta expresiones que parecen pertenecer a otras ciencias. La práctica jurídica se disfraza de diplomacia, adquiere solemnidades, figuras retóricas, diserta en piezas oratorias y se idealiza en el imperativo categórico del deber ser al ser. Las nuevas posiciones *iusfilosóficas* se cuestionan la utilidad del Derecho. Por una parte el *neo-iusnaturalismo* pretende una reclasificación del Derecho en la que queda subsumido a la moral y, por otra parte, posiciones más radicales, como la escuela de los *Critical Legal Studies* o las diversas corrientes del posmodernismo, ponen en crisis la existencia del Derecho como instrumento válido del discurso y el discurso sociales².

La crisis del Derecho se traslucce también por los factores de multidisciplinariedad y transdisciplinariedad, donde las teorías críticas han tenido un gran impacto, pues derrumbaron los hitos del purismo jurídico y han hecho ver la necesidad de que la disciplina jurídica voltee hacia y abre de diversas disciplinas que tienen una relación íntima con el ser humano y el ser social. Ello ha provocado una especie de lucha por la prevalencia de ciertas disciplinas como la Sociología, la propia Ética, la Psicología, la Pedagogía y, desde luego, la Política,

² En esto, también se advierte ya un declive en cuanto a la responsabilidad de decidir las controversias, pues uno de los caracteres de la transición posmoderna del Derecho y del Estado, lo es la decisión por parte de los propios grupos sociales, a través de figuras como la mediación o la conciliación, que permiten obviar el letargo judicial y hacer quizás más eficaces las aspiraciones de justicia y equidad, a la vez que han creado nuevas profesiones jurídicas como la de los mediadores, quienes requieren una profesionalización especializada como nos lo hace ver DE SOUSA: *El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho. Una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales*, en *Desde Otra Mirada*, cit., pp. 286-289 *passim*.

pues, como se pregunta Nietzsche: *En realidad ¿qué sabe el hombre de sí mismo? ¿Sería capaz de percibirse a sí mismo[...], como si estuviese tendido en una vitrina iluminada?...*³; esto es, que la complejidad humana no es monolítica, somos más que una apariencia fenomenológica donde en el interior individual existe una realidad orgánica *stricto sensu*, –piénsese en intestinos, glándulas, sistema óseo..., que está oculta a la evidencia y que detona una serie de conductas y estados de ánimo que determinan parcialmente nuestro actuar social; y, por otro lado, existen factores externos provenientes del estar individual en la sociedad que pretende obviar el Derecho a través de una estructura rígida formal y que también influyen en la eficacia del Derecho mismo: tales como los roles y estatus que el individuo guarda como tal o en grupo y su pertenencia al grupo o comunidad, así como la posición de la comunidad misma ante otras, el lenguaje por el que se comunica y el estado de conocimiento que tenga del mismo, los valores que influyen por vía de la costumbre o por la imposición política de ideologías a través de las esferas de poder que posiblemente determinan de modo indirecto que las conductas se observen en un sentido y no en otro.

En ese rumbo van orientadas nuestras reflexiones. Primeramente: ¿qué tanto conocemos como población nuestros derechos, qué tanto debemos conocerlos, quiénes deben informarnos, qué debemos conocer, quiénes deben interpretar, qué tanto se oculta de la información y de qué manera se limita dolosa o contingentemente la cultura? Y consecuentemente: ¿qué repercusiones tiene el descrédito en el Derecho y la credibilidad en las meras opiniones irreflexivas de los comunicadores masivos? Asimismo

³ NIETZSCHE, F.: *Sobre Verdad y Mentira...*, cit., p. 4.

debatiremos sobre la ampliamente cuestionada validez de las normas y la eficacia de ellas, sumado a la utilidad que éstas tienen ante su continuo incumplimiento y en relación con la inactividad de la autoridad que provoca sensaciones de injusticia e inseguridad cuando sus antónimos son precisamente sus fines y cuando vemos que movimientos sociales irrumpen en el estatus normativo, lo que para algunos polítólogos significa *que la realidad social nos ha rebasado*. Ciertamente esta expresión resulta vacua, nihilista, pues desatiende el referente de lo que la realidad es, pero sí destaca una preocupación que debemos tener los abogados sobre la práctica del Derecho en todos sus ámbitos, tanto en la administración pública, en la actividad legislativa, en el ámbito judicial, en la docencia y en las cotidianas actividades de Derecho Privado que se hallan insertas en todo el sistema y para lo cual habremos de explicar los diversos factores etiológicos de la obediencia al Derecho que en principio clasificaremos como internos y externos, sin que sean unos excluyentes de otros, sino como mera técnica metodológica para una mejor comprensión de la explicación que pretendemos y, desde luego, con una visión holística que en lo absoluto colmará todos los vértices temáticos, pero que al menos sí los esbozará quizás para un posterior estudio más complejo que el que aquí se presente.

I. La cultura jurídica a partir del lenguaje

Proveniente del latín, *cultura,-ae*, significa etimológicamente cultivo; más extensivamente la define la Real Academia Española de la Lengua como el conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico, lo que se complementa con el conjunto de las manifestaciones, conocimientos, modos de vida y tradiciones de un pueblo. El Derecho es una de ellas.

Cuando nos referimos a los modos de vida y las tradiciones, estamos hablando quizá de la fuente formal y real más antigua del Derecho: la costumbre; estamos hablando de la forma más rústica de la juridicidad, pero donde dicha expresión, Derecho, se genera desde la sociedad misma, lo que supondría que la sociedad tiene un conocimiento al menos del Derecho emanado de la costumbre; sin embargo, no es así. Ciertamente, la evolución del Derecho ha generado una diversidad de conocimientos de una ciencia que se relaciona cada vez con más disciplinas y áreas del conocimiento y donde, a medida que evoluciona la tecnología, se hace más complejo su conocimiento, se acrecienta su acervo de información y su acervo normativo; entonces, ¿cómo hablar de una cultura jurídica que implicase que la sociedad conociese costumbres, leyes, principios, jurisprudencia y doctrina jurídicas?

Se habla también de alta y baja cultura en todos los ámbitos del cultivo del conocimiento; así, por ejemplo, la alta cultura de la lengua implicaría conocer la etimología de las palabras, su estructura lingüística, su semiótica y el manejo de un vocabulario en el que se incluyeran palabras compuestas, científicas, neologismos, *argot*, y jerga de las diversas profesiones y regionalismos, así como los extranjerismos adaptados a la lengua básica. Por contraposición, tendríamos que la baja cultura sería el mero conocimiento y usos de la lengua en su estructura básica y el uso de palabras primitivas casi como único medio de comunicación. Ambos hablantes se hacen entender y se entienden en una conversación coloquial, no así cuando la conversación tomara matices de iniciado en las ciencias, las artes o la filosofía. Por analogía podemos entender a la cultura jurídica.

La alta cultura jurídica implica el conocimiento de los autores y la obra de los doctrinarios y constructores

del pensamiento jurídico, político, social y económico, el conocimiento de un vasto número de máximas y principios, de conceptos jurídicos fundamentales y de los accesorios o marcos conceptuales de cada rama de la ciencia jurídica, de la jerga y el *argot* de las instancias procesales y los tópicos legislativos; también se incluirían las escuelas jurídicas, las tendencias ideológicas y los autores y obras de vanguardia. Por su parte, la baja cultura jurídica es aquel conocimiento básico de derechos y obligaciones que tiene cada individuo, agrupación o asociación dentro de su contexto social. También entre juristas y no juristas existe un lenguaje común para hacerse entender sobre temas de Derecho, de tal forma que un acreedor de un pagaré sabe que tiene un documento con el que puede hacer exigible el cobro de la cantidad en él contenida a su deudor, aunque desconozca que se trata de un título ejecutivo mercantil o ignore términos como plazo, vencimiento, plaza, emplazamiento, interés; de igual manera, sabrá que existe una autoridad a la cual recurrir para el caso de que su deudor incumpla con el pago, independientemente de que conozca términos como juicio ordinario, juicio ejecutivo, notificación, medida precautoria, almoneda o vía de apremio, por citar sólo unos ejemplos.

Siendo pues el lenguaje el medio de comunicación universal y básico por el cual se logra el entendimiento entre los seres humanos que conviven socialmente, existe entonces una obligación social por hacerse entender unos con otros al momento de emitir estos signos articulados del lenguaje hablado o escrito que, desde luego, ha de ser escuchado o leído por otro interlocutor e interpretado por éste. En el caso del lenguaje científico, existe el deber moral y social de que los signos de la ciencia de que se trate sean comprendidos en el lenguaje coloquial por todos

los usuarios, científicos o no, pero son específicamente los científicos quienes tienen la responsabilidad por clarificar el uso y los contenidos de los términos de su jerga, responsabilidad que se acota a cada científico según su disciplina y objeto de estudio, de tal suerte que legitima el uso de los vocablos y su alcance epistémico al científico especialista donde aquél fenómeno se estudia, *verbi gratia*, hablar de esquizofrenia o referirse a un esquizofrénico, competerá a un médico psiquiatra por ser una enfermedad mental con rasgos característicos y síntomas específicos, no obstante que se haga referencia de manera coloquial a una persona como esquizofrénica por sinónimo de locura ya que existe en el conocimiento colectivo que se trata de una enfermedad mental aunque no se la pueda precisar; sin embargo, ante la precisión que de ello hiciere el psiquiatra, nadie repararía en la experta afirmación. Con el Derecho debería ocurrir igual, más infaustamente esto no acaece así; veamos por qué.

El lenguaje de las ciencias sociales, por tener como objeto de estudio lo social, incorpora a su vocabulario términos comunes a su objeto de estudio; esto no tendría nada de particular si no considerásemos los conceptos fundamentales; veamos: por principio la sociedad asumida como grupo se autodenomina con tal término, lo mismo podemos decir de la población, el pueblo, los gobernados, los súbditos, la comunidad a la cual se sujetan al Derecho que asume la sociedad como reglas, normas, obligaciones y derechos, valores, moralidad, deber, cumplimiento, exigencia, bienes, cargas, sanciones, prerrogativas, penas, etcétera; es decir, que los términos de las ciencias sociales, de las cuales no escapa el Derecho, son a la vez términos cotidianos y esa cotidianidad hace que en la cultura popular sean adoptados y adaptados al lenguaje común.

Más he aquí lo figural del lenguaje jurídico, donde *la realidad [...] procede sólo de la irreabilidad de la realidad...*⁴ erigiéndose en metalenguaje que hace del discurso jurídico *una deducción de los principios y especialmente de la causalidad*⁵. El lenguaje jurídico se ha vuelto apariencia que nos presenta figuras que difieren de lo otro que no se muestra y que no necesariamente es su antagónico, tal como lo podemos advertir en las sentencias penales en México, donde, luego de transcribir insuficientemente la historia del juicio y cortar y pegar merced a la tecnología de los procesadores de textos, fragmentos íntegros de la ley y algunas tesis jurisprudenciales, el reo sabe a qué se le condena, pero la sociedad desconoce las causas y la sustentación fáctica de aquella resolución, quedando todo en un metarrelato que nos reitera que aquella conducta es “mala”.

Por el lenguaje identificamos al Derecho y, a partir del lenguaje, sus axiomas, postulados y principios contenidos en él como en toda ciencia. Así, diremos que estamos frente al Derecho cuando escuchemos o leamos términos como Constitución, ley, deber, obligación, norma, potestad, castigo, por mencionar algunos que nos llevan a pensar en el Derecho. Pero ciertamente todos ellos no le son exclusivos, pues en la física los cuerpos tienen una ‘constitución’, en las ciencias existen teoremas o axiomas

⁴ LYOTARD, J. F.: *¿Por qué Filosofar?*, cit., p. 150.

⁵ LYOTARD, J. F.: *La Diferencia*, cit., p. 139.

⁶ Sobre este término en particular podemos advertir las diversas acepciones que nos brinda la Real Academia de la Lengua, véase por ejemplo aquella que la define como: *esencia y calidades de una cosa...* o bien como *la naturaleza y relación de los sistemas y aparatos orgánicos, cuyas funciones determinan el grado de fuerzas y vitalidad de cada individuo*. Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22^a edición, tomo 3. P. 428. No obstante, en la Teoría Jurídica, el propio término cobra los sesgos político y sociológico, como nos lo deja ver HERMAN HELLER en su Teoría del Estado, al

llamados ‘ley’⁷; existe el deber y la obligación a Dios y sus normas y el poeta ‘castiga’ con el *látigo de su desprecio*⁸; por lo que ante tales consideraciones diremos que no basta el lenguaje, sino su contexto para asimilar que estamos frente al Derecho. Tal contexto, como en todas las ciencias, ha sido construido a través de principios y axiomas que en nuestra disciplina constituyen la axiología, deontología y axiomática jurídicas. La primera la componen los valores con los cuales podemos asimilar las pautas de reconocimiento de lo jurídico; la segunda es la gama y el catálogo de deberes, *stricto sensu*, que se particularizan en las relaciones positivas para provocar efectos metafísicos que el Derecho reconoce como propios; y la tercera son prácticamente los llamados principios generales del Derecho, basamento y estructura a partir de los cuales se pretende construir todo el devenir de lo jurídico; mas como todos ellos apelan a una estructuración lógica, han sido susceptibles de la contradicción y la paradoja y, sometidos a la dialéctica, se enfrentan en una lucha por

afirmar: *El concepto de constitución de contenido más amplio se refiere a la estructura característica del poder, la forma concreta de existencia y actividad del Estado.* Sigue diciendo el pensador alemán: *El concepto jurídico más amplio abarcaría la situación jurídica total del Estado..., Cfr. HELLER, H.: Teoría del Estado, cit., p. 294.*

⁷ Sería prolijo tratar de colmar de definiciones el presente artículo, ya en la nota anterior vemos la amplitud conceptual de un término, por ello, tal y como lo referimos en la nota marcada con el número 1 supra, invitamos a los amables lectores a confrontar las diversas definiciones doctrinarias y enciclopédicas que por economía editorial no sólo haría imposible verter todas ellas, sino lo haría inútil, pues lo que pretendemos demostrar es justamente los problemas a los que se enfrentan los operadores de los sistemas jurídicos ante el desenvolvimiento de la Filosofía del Entendimiento. Sobre el particular, para una mayor reflexión véase BELLO, ANDRÉS, *Filosofía del Entendimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

⁸ La metáfora aquí transcrita, es una expresión popular que no alude ora alguna en particular, sólo tiene por objeto exemplificar lo que venimos afirmando en las notas que preceden.

la prevalencia entre unos y otros; sin embargo, todos ellos pertenecen a una y la misma cosa que es el Derecho. ¡Oh apariencia de conocimiento! ¿Qué Derecho atender?

Ahora bien, ¿es el simple hecho de la cotidianidad el que ha deslegitimado al Derecho?; creemos que no, pero tratemos de demostrar cuáles han sido los factores de este proceso. Ciertamente, el Derecho no se ha comunicado a la sociedad siempre y sólo por la actividad de los juristas; desde la antigüedad clásica, se plantearon problemas jurídicos tanto por los filósofos, pero de manera más destacada y popular por los tragediógrafos y comediógrafos, pasando por la épica; así vemos el derecho a la guerra y la salvaguarda del honor entre pueblos o el derecho a la justa muerte e inhumación en la *Iliada*, al describir los aedas las causas de la coalición entre aqueos o danáos contra los troyanos o en los cantos de las exequias fúnebres de Patroclo. De manera similar, los asistentes al teatro conocieron la problemática jurídica en *Antígona*, de Sófocles, al reclamar el derecho de justa sepultura para su hermano o la condena al adulterio y los derechos de patria potestad y filiación en *Medea*, de Eurípides; o más aún, el reclamo popular al débito carnal en *Lisístrata* o el perfil denostado del gobernante demagogo en *Los Caballeros*, comedias estas últimas de Aristófanes. En todas estas obras yació siempre un espíritu crítico y mediatizador del Derecho al confrontar hecho y norma, vivencia y legalidad, mas ello no bastó para el descrédito del Derecho ni de los juristas.

Sin pretender omitir el devenir histórico, dado que tampoco se pretende un ensayo de ese carácter, ha sido la crítica de la modernidad y, más puntualmente, el surgimiento y desarrollo de otras ciencias sociales como la propia Sociología, las que cuestionaron, primero, el carácter científico del Derecho y, luego, su pureza

de contenidos, advirtiéndose en éste último rasgos de moralidad, politicidad, y hasta religiosidad, fundados primordialmente en la crítica al *iusnaturalismo* tomista por el *positivismo* comteano y por la devastadora *dialéctica* marxista, que hizo aparecer al Derecho como un mero instrumento de dominación.

Ante esta realidad y sumada a la corrupción y deshonestidad con la que se condujeron muchos abogados que accedieron al poder público o que mercantilizaron la práctica jurídica, apareció un oficio que cobró carácter de profesión liberal como lo fue, y es hasta ahora, el periodismo, que otrora fuese una rama del oficio de historiar a través de la crónica, el cual sólo describía por sus narradores los hechos observados, para erigirse en críticos de la acción social y sus procesos, entre ellos, los jurídicos.

Hoy, la cultura jurídica es aprendida y observada sólo por los ojos y por las voces de quienes detentan los medios de comunicación, fuentes reales del poder y posiblemente del Derecho, pues, en la actualidad y a pesar de contar, en países como México, con leyes de acceso a la información, es tan vasta la gama de actividades jurídicas y tan diversa la acción social a la que se refería Weber que sólo se puede conocer una parcela del amplísimo campo del Derecho y, con ello, se concede más crédito a la opinión periodística que a la estrictamente jurídica.

A ello sumemos el factor de alienación de sociedades en subdesarrollo, desacostumbradas a la lectura, por un atisbo constante de los medios electrónicos de comunicación masiva, en los que el espectro radiofónico y televisivo hacen fluir la información con mayor abundancia y velocidad que la lectura misma y que erigidas como factor de las fuerzas productivas y del comercio, denotan intereses de grupo para dominar el mercado, los que han

influido para que se viertan opiniones, a diestra y siniestra, respecto de problemas serios como el de la ciudadanía, la migración, el crimen organizado o la democracia, por citar sólo unos ejemplos.

Es este el marco sociológico donde hoy día se da a conocer el Derecho: una sociedad carente de cultura, esto es, de un cultivo de conocimientos robustecidos para afrontar un análisis riguroso de los problemas que se le plantean, navega a corriente de los informadores públicos que, libremente y sin cortapisas del Estado, parecen ser los formadores y educadores, supliendo lo que en efecto debería ser una obligación estatal. Entonces, cabe preguntarnos: ¿es esta una actitud tolerante del Estado?, ¿es acaso que el Estado respeta a cabalidad el derecho fundamental a la información?, ¿quién informa?, ¿qué informa?, ¿cómo sabe el receptor de la información que está siendo informado integra y cabalmente?, ¿la información que recibe el receptor le compele o no a la acción social?, ¿qué papel tienen los juristas ante las afirmaciones categóricas hechas por los medios de información que lapidan, hacen escarnio o exhiben la privacía de las personas?; y, ¿qué papel tiene el propio Estado ante estas conductas, cuando si las realizase él mismo, a través de sus instituciones, sería objeto de la propia acción social por violentar derechos fundamentales y bienes jurídicos trascendentales?

Al parecer, los mil ojos que se posan sobre la acción estatal, le hielan y paralizan, so pretexto de un respeto a las libertades y auspicio de la aculturación jurídica, provocando lo que, a nuestro entender, es la gran incultura jurídica que parece asomarse más a la posmodernidad cuanto que el Estado deja de cumplir con su deber de educar y se mantiene impávido ante el encono social que provoca la apariencia de que a los medios les

asiste la razón y que, por consecuencia, han sido ellos los que asumen los roles de ministerio público y jueces, en sustitución de funciones elementales del propio Estado.

Desde luego, lo jurídico es un tema de interés social, pero no lo es menos lo político, lo económico, lo cultural o lo médico; más ello no autorizaría a que todos hablemos de todo; a este respecto, Vattimo, citado por Barcellona, ve a los medios de comunicación, a los que llama *mass-media* como una contaminación en las representaciones plurales y, en su crítica a Adorno, parece darle la razón cuando afirma que éste último, en su *Dialéctica del Iluminismo* (escrita en colaboración con Max Horkheimer) sic: [...]preveía que la radio (y la TV más tarde) suscitaría una homologación general de la sociedad, permitiendo e incluso fomentando, por una especie de tendencia demoníaca interna, la formación de dictaduras y gobiernos totalitarios[...]⁹. Así, ciertamente la pluralidad de medios abre un espectro para la aculturación política y jurídica de la sociedad, pero, a su vez, relativiza el lenguaje y los fines de eclecticismo y la etiología del postmodernismo jurídico, quedando truncas ante la sociedad a la cual van dirigidos; esto, llevado a nuestra ciencia, implicará que, aunque el Derecho sea de interés social, debe tener un común denominador de entendimiento, el cual en primera instancia habrá de ser dado y luego comprendido por los juristas, sin que ello implique crear un lenguaje críptico, pero tampoco tan lato que no sólo resulte indefinible sino de una incomprendión tal que genere incredulidad.

El cuestionamiento es ineludible: ¿es necesaria una definición unívoca y universal de Derecho o al menos una delimitación conceptual?, en qué nos ayudaría, de qué serviría concebir al Derecho, bien fuera formal

⁹ BARCELLONA, P.: *Postmodernidad y Comunidad...*, cit., pp. 34-35.

o metafísicamente, si no lográsemos empatar esa concepción a la forma de asumirla por la dinámica social. Existe indefectiblemente una dialéctica entre Derecho y sociedad; la segunda promueve la estructuración y creación del primero y es, a la vez, su receptora, por lo que desde luego no podemos compartir expresiones como la de Kelsen¹⁰, en su pretensión por explicar al Derecho como una entelequia autónoma y apartada de cualesquier otra disciplina, ni la de Luhmann¹¹, que asume al Derecho como un sistema también autónomo que genera sus estructuras y abstracción conceptual a partir de sí mismo.

La sociedad actual, me refiero por lo menos al llamado mundo occidental, absorta en la globalización, desconfía del Derecho porque éste se ha bifurcado en dos conceptuaciones al parecer disímbolas; por una parte, se le advierte como una ciencia cuyo objeto de estudio está ligado a sus fines y valores éticos en un *desiderata*¹² que se torna un tanto utópico; y, por otro lado, encontramos la constricción normativa o el tan mentado Estado de Derecho –dejemos así el término, por no ponerle el adjetivo de democrático, lo que ya complicaría demasiado la pretensión teórica a la que pretendemos arribar–, en el cual, tal y como lo justifica el positivismo, es válido aquel derecho vigente, normalmente expresado en leyes o cuerpos normativos *stricto sensu*, independientemente de sus contenidos éticos; o sea, aquel que se esgrime

¹⁰ Cfr. KELSEN, H.: *Teoría Pura del...*, cit., pp. 15-16.

¹¹ Cfr. LUHMANN, N.: *El Derecho de...*, cit., pp. 473-505 *passim*.

¹² Esta es una expresión latina que significa conjunto e las cosas que se desean, pero que en la filosofía del derecho ha sido empleada para referirse a sus fines, aquellos que se manifiestan como los más utópicos, de justicia, bien común y seguridad, véase de DELOS, LE FUR Y RADBRUCH, *Los Fines del Derecho*, Manuales Universitarios, Facultad de Derecho, UNAM, cuarta edición, México 1975.

argumentando ante los jueces o ante las autoridades que hayan de decidir a quién le asiste la razón jurídica; es decir, que se discierne en uno u otro sentido al margen de lo correcta o impropia que sea la argumentación postulada. Y en esto, también se advierte ya un declive en cuanto a la responsabilidad de decidir las controversias, pues uno de los caracteres de la transición posmoderna del Derecho y del Estado es la decisión, por parte de los propios grupos sociales, a través de figuras como la mediación o la conciliación, que permiten obviar el letargo judicial y hacer quizá más eficaces las aspiraciones de justicia y equidad; ambas figuras a la vez han creado nuevas profesiones jurídicas como la de los mediadores, quienes requieren una profesionalización especializada como nos lo hace ver Boaventura de Sousa Santos¹³.

II. Protagonistas políticos y hermenéutica jurídica

¿Quiénes se aprovechan de la incultura? Cabe esta pregunta porque, ante un liberalismo rampante inmerso en la globalización, parece indefectible el utilitarismo, veamos por qué. El periodismo es hoy una profesión liberal como la Medicina, la Sociología, el Derecho, entre otras; y a la vez es una industria a la cual se tiene que pertenecer para subsistir como tal, a diferencia de las otras mencionadas; no es una profesión que se pueda ejercer de manera privada, desde un despacho, para una consulta individual, y con beneficios para un sólo individuo; se requiere para su ejercicio, pues, estar inserto en la industria misma de los medios masivos de comunicación

¹³ DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, “El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho. Una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales” en *Desde Otra Mirada*, cit., pp. 286-289 *passim*.

y, sin un perfil de formación académica especial, ya que lo mismo se puede ejercer en el ramo político, el deportivo o el artístico, etc.; así, el periodista carece de una exigencia ética para manifestar sus opiniones, como en su caso ocurre con el abogado, que sin tener pericia en procesos civiles pudiera causar la ruina de sus clientes.

Mas no pretendemos denostar el oficio periodístico, sino destacar que, desde la palestra de los medios masivos de comunicación, aquel que ahora es informador nos dice que tal legislador hizo bien o mal en votar tal o cual ley, que tal gobernante es genocida o que tal elección atendió a las leyes electorales. No son meras opiniones, son liderazgos que se ejercen en los receptores de la información, quienes reciben una afirmación categórica como verdadera sin el contexto del proceso legislativo, del tipo penal, del genocidio o de los fundamentos constitucionales de un proceso electoral; ellos son, pues, los nuevos hermeneutas del Derecho, sin ser juristas.

Si bien hemos señalado que el lenguaje jurídico se confunde con el lenguaje coloquial y, por ejemplo, para cualquiera puede quedar más o menos claro qué es una parcela, más aún, qué es un homicidio, las precisiones técnicas de cómo se crean, transmiten o extinguen derechos reales respecto de la parcela, o quienes y bajo qué condiciones son sujetos activos en el delito de homicidio y bajo qué excluyentes de responsabilidad penal se puede eximir de la pena a quien ha privado de la vida a otro, exigen un rigor científico en su explicación y análisis; no obstante, esa información se ve viciada por el juicio apriorístico que se recibe de los medios de comunicación, tal y como recientemente lo pudimos advertir en el operativo realizado en el municipio de San Salvador Atenco en el Estado de México, donde las fuerzas públicas policiacas repelieron una agresión de

particulares, siendo detenidas extranjeras que se dijeron abusadas sexualmente y donde, al ser interrogada una de ellas sobre el reconocimiento que pudiera hacer de los agresores policíacos, ella respondió que sí reconocería a alguno de los que tuvo a la vista de las fotografías puestas a su disposición por un medio informativo; ¿por qué un medio informativo y no el propio Estado conduce las pesquisas para la integración de la respectiva averiguación previa?; ¿cómo es que dicho medio propone la investigación ante la inmovilidad estatal?¹⁴

Parece que nos enfrentamos a otro grave problema social. Por un lado, un Estado insuficiente para atender, a través de sus instituciones, los reclamos de justicia, libertad, igualdad y seguridad jurídica de sus gobernados y, por otro, la ineficacia, inexperiencia, corrupción e ignorancia de los órganos de autoridad encargados de proveer las respuestas científicas a que antes nos referimos. La mesa está, pues, servida para la industria mediática, para lucrar con la información y recibir la interpretación veraz de la nueva hermenéutica jurídica, la de ellos, los medios masivos de comunicación. Grave es la responsabilidad de los científicos sociales y, en especial, la de los juristas y sociólogos para revertir este fenómeno, pero, ¿cómo hacerlo?

La paradoja se colma en una falta de comunicación fundamental entre el Estado y los individuos sobre los que recaen las normas; éstos se deben enterar de sus derechos y sus obligaciones por los medios y no por las instituciones del Estado; así, podemos advertir la exhortación que se hace para ejercer el derecho al voto por las empresas

¹⁴ El citado conflicto en el municipio de San Salvador Atenco puede ser confrontado a través de las diversas entradas que permite la Internet. Sólo es expuesto aquí como ejemplo de lo que en la última década ha representado la difusión de un hecho por los medios de comunicación, rebasando el ámbito de descripción real que pueden llegar a hacer las autoridades dotadas de plena jurisdicción.

televisivas que dominan el espectro en México y donde las autoridades son ahora quienes se encargan de brindar el espectáculo y el entretenimiento, enfundándose en una camiseta deportiva; ¿quién es el Estado?, ¿quién debe informar?, ¿quién debe educar? Definitivamente, la acción debe venir de los juristas, los sociólogos y todos los científicos sociales, y parece ser que el camino debe emprenderse desde la academia, no podemos ser más espectadores, sino recrear el fenómeno dialéctico sujeto-objeto y proponer la revolución intelectual, a riesgo de la incredulidad institucional y la credulidad estética. Una acción dialéctica y diacrítica de juristas y científicos sociales es la vía para desmediatizar al Derecho y hacerlo diálogo común, en una suerte de acción comunicativa a la que se refiere Habermas¹⁵.

En la realidad contemporánea, indudablemente los medios de comunicación son y representan esos expansivos intereses económicos, creándose en la realidad concreta que los medios de comunicación se erijan como ministerios públicos y jueces de las conductas públicas o privadas de los individuos y grupos sociales. Así es como, en aras de la llamada *opinión pública*, que no es otra que la opinión de quienes detentan el poder en los medios, coadyuva con la autoridad a que se creen normas insustanciales, al formar villanos y erigir víctimas obviándose el debido proceso y la debida aplicación de la normatividad ya establecida.

Veamos este ejemplo: Es una garantía universalmente reconocida la de no hacer las penas trascendentales¹⁶; sin

¹⁵ El sentido asertórico de los signos, el sentido trascendente de la realidad y la acción instrumental de los actos del habla son los que le dan validez al derecho, afirma Habermas. Cfr. HABERMAS J.: *Facticidad y Validez*, cit., pp. 65-85.

¹⁶ Cfr. Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

embargo, son los medios de comunicación, y la autoridad que lo permite, los que hacen trascendentes esas penas, pues el sujeto condenado por la norma y juzgado en un “debido proceso” recibe la condena social junto con su familia, al recibir el desprecio público en los medios. De tal suerte que podemos afirmar que, a pesar del juicio de amparo, la violación de estas garantías, de los derechos humanos, se lleva a cabo, no por la autoridad, sino por los particulares, los factores reales de poder y la autoridad corresponsablemente permite su impunidad.

No, no debemos esperar la muerte rumiando el tedio, como afirmara Vattimo; debemos volver la mirada quizá hacia el grotesco rabelaisiano y cervantino¹⁷ y a la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, repensando los términos, los conceptos, las normas, las tesis, los signos, los valores y el lenguaje mismo, que nos permita salir del pasmo gelizante del nihilismo omnipresente y hacer que legisladores, jueces, abogados, docentes e investigadores del Derecho pensemos y argumentemos más allá de nuestras limitadas y limitantes categorías que destruyen el ser para volvemos un parecer. Mera fenomenología.

III. Cultura postmoderna y Derecho

La empeñosa y tenaz tarea de demostración de la científicidad del Derecho, se la debemos primordialmente a Comte y a la secuela de la Escuela Positivista¹⁸, a la que no sólo bastó partir de lo empíricamente demostrable, sino que aportaron el rigor científico a las ciencias sociales,

¹⁷ Las alusiones a Rabelais y a Cervantes, están encaminadas a hacer reflexionar a nuestros amables lectores en el *Gargantúa y Pantagruel* y en el *Quijote de la Mancha*, obras que, más allá de su riqueza literaria, describieron plenamente todos los vicios y todas las virtudes a través de un derroche conceptual y lingüístico.

¹⁸ BARREDA, G.: *La educación Positivista...*, cit., pp. 17-18.

creando la Sociología como tal. Pero la Sociología era ya, y lo sigue siendo, una disciplina no sólo de apoyo, sino estrechamente vinculada al Derecho. Creemos que no es dable la una sin la otra, pues el Derecho no tiene razón de ser si no vincula su pretensión deóntica al ser social, receptor y usuario, éste último, de las pretensiones, fines y determinaciones del primero, sobre todo a la luz de una postmodernidad cuya heurística hacia un orden social no lineal asocia la diversidad y el pluralismo¹⁹. La etiología de la postmodernidad, pone especial atención en las diferencias de todo tipo: de lógica y de discurso, de valores estéticos, de visiones del mundo y donde, desde luego, la Sociología preña al Derecho merced a la naturaleza y la dirección de las sociedades actuales cuya inmersión, en un contexto globalizado²⁰, provoca transformaciones culturales y necesidades económicas que dejan rezagado al Derecho en un aparente Waterloo y si no, por lo menos, sí en una crisis, reflejada principalmente en el Derecho Privado²¹.

Curiosamente ha sido el propio positivismo el que se ha encargado de dar contenido a las últimas concepciones del Derecho, advirtiéndose tanto en Kelsen como en Radbruch la idea de mirar al Derecho como una

¹⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: *Postmodernidad y Derecho*, cit., pp. 91-95 *passim*.

²⁰ Cfr. LYON, D.: *Postmodernidad*, cit., capítulos 5 y 6, a propósito de las realidades postmodernas, el consumismo y la globalización como definitorias de las nuevas relaciones de derecho privado y su contexto sociológico.

²¹ Cfr. TEDESCHI, SEBASTIÁN ERNESTO: *El Waterloo del Código Civil Napoleónico. Una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales*, en *Desde Otra Mirada*, cit., pp. 159-181. Así como DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: *op cit.* pp. 26-42. En ambos se hace una crítica a la rigidez y anquilosamiento con que el Derecho privado continúa tratando sus instituciones, siendo rebasado por los cambios tecnológicos, nuevas formas sociales de relación y nuevos entendimientos de la psicología.

disciplina tan autónoma que se explique por sí misma, al margen de otras disciplinas, haciendo *una ciencia del Derecho y no una política jurídica*²². Pero las visiones postmodernas, como las de Tedeschi y De Trazegnies, a las que nos referimos en la nota anterior²³, nos llevan a reevaluar las interrelaciones del Derecho Privado con el complejo ser social. Así tenemos un Derecho Civil que se fragmenta cada vez más en tantas ramas que parece quedarse sin contenidos, donde su privacidad se hace pública a la luz, primero, de una sociedad mediatizada y luego de reclamos que se hacen públicos, como sucede en el ámbito del Derecho Familiar, donde la violencia, el abuso y los delitos de omisión, trascienden las conductas de sus integrantes a la comunidad; o bien, como reclamos recientes de las llamadas minorías, como el *ius connubii* para los homosexuales o los problemas de filiación, ante los avances genéticos como la posible clonación.

Para Kelsen, en particular, con una falta de sentido crítico: *la ciencia del Derecho se ha ocupado de la Psicología y la Biología, de la Moral y la Teología*²⁴, refiriéndose quizá a la explicación jurídica que de estos fenómenos se ha tratado de dar, en una franca crítica al *iusnaturalismo*; por ello, cuando nos dice que hoy el jurista se siente autorizado a penetrar en cualquier dominio científico, nos anticipa dos fenómenos presentes en nuestra época: primero, la carencia de un lenguaje propio de la ciencia jurídica y, en segundo término, la actitud de la sociedad en general, aquella a la que Habermas llama la *comunidad jurídica*²⁵, que se siente autorizada a hablar y exponer sus

²² KELSEN, H.: *Teoría Pura del...*, cit., p. 15.

²³ *Supra* nota 7.

²⁴ *Ídem*, p-16.

²⁵ Cfr. HABERMAS, J.: *Facticidad y Validez*, cit.

opiniones respecto de cualquier tema, a pesar de no tener una preparación especial para ello o no saber del ser de la ciencia o disciplina a tratar.

Este fenómeno presenta diversas causas, siendo la más contundente la mediatización del conocimiento. El surgimiento de la radio y la televisión, como medios masivos de comunicación, generaron el desinterés de las sociedades por acercarse al conocimiento en sus fuentes directas, llámense éstas obras escritas o cualesquiera otra fuente de información y conocimiento directo. Efectivamente, es posible constatar que, hoy por hoy, no sólo los juristas, como lo dijera Kelsen, se consideran autorizados para penetrar a otras áreas de conocimiento, sino que quien, sin tener una formación de jurista, externe opiniones sobre tópicos jurídicos se deba al desprecio por el Derecho por las autoridades aplicadoras de las normas y por la actividad de los abogados, cuya actividad discursiva sesga la realidad social y cuya retórica hace incomprensible e inasequible una disciplina que, debiendo ser útil a toda la sociedad, acaba siendo útil a las jerarquías o grupos sociales políticamente críticos.

Pero el Derecho en las universidades se enseña de forma contraria, de tal suerte que quien pretende ver la teología jurídica es tildado despectivamente de “el filósofo”, pues estos centros de formación de abogados crean litigantes, es decir, gente para la litis, para el pleito, cuyo fin se vuelve hacia el poder, sea éste político o económico, cuya única pretensión sea demostrar que, a pesar de que sea injusto el derecho que se pretenda hacer valer, éste valga por una mejor argumentación, o más aún, por una simple desatención del adversario, como lo pudiera significar el vencimiento de un término procesal; como bien lo señala Duncan Kennedy, la educación legal prepara al abogado para la jerarquía, codificando

el mensaje de legitimación del sistema e incluyendo, en ocasiones, como parte de esa parafernalia, una impostación digna de dramaturgia, volviendo al Derecho no más que oropel y quedando en la apreciación social el Derecho como una farsa, una simulación y los abogados como Arlequín o Pierrot²⁶.

Por otro lado, las tácticas dilatorias dentro de un proceso jurisdiccional, el uso de los medios de comunicación o la popularidad política, o bien el uso de la fuerza militar y el poder económico sobre aquella regla de oro del otrora *ius gentium* (que reza: *pacta sunt servanda*), también es Derecho, no obstante que desatienda a sus fines.

Démonos cuenta de que, hasta ahora, no hemos hablado de un problema de entendimiento de la ley o del sistema de normas, pues el Derecho abarca otros diversos conceptos y realidades humanas que no tienen que ver con leyes o normas incorporadas en uno u otro sentido al sistema *iuspositivo*; *verbi gratia*, la ley civil establecerá las condiciones sustantivas y adjetivas para el registro extemporáneo del nacimiento de una persona ya adulta o bien su rectificación, pero lo que no dirá la ley será la previsión de condiciones históricas como lo son la guerra o la guerrilla o los desastres naturales en los que se desaparecen o se pierden parcial o totalmente archivos, constituyéndose en elementos de la argumentación jurídica sobre la que ha de estar preparado el profesional del Derecho, sin que por ello se estime que invade la esfera de conocimiento del historiador.

En ese mismo sentido, y bajo la prescripción jurídica y ética para la celebración de los matrimonios, la influencia

²⁶ KENNEDY, DUNCAN. Véanse “La Educación Legal como preparación para la jerarquía” y la entrevista “¿Son los abogados realmente necesarios?” en *Desde Otra Mirada*, cit., pp. 373-418. Lo que comentamos es sólo una interpretación sintética, pero nos parece con el mismo sentido lapidario que al autor.

económica y política de los grupos homosexuales puede determinar la omisión de su cumplimiento o su modificación, sin que por ello deje de ser Derecho, ni por ello se invada la esfera de conocimiento entre el economista o el politólogo, pero ciertamente tendrá que valerse de esas ciencias para determinar su ser. En este caso en particular, nos referiríamos a un hecho similar al que motivó la reforma serviana en Roma, cuando el rey Servio Túlio incorpora al censo a los plebeyos dándoles con ello el carácter de ciudadanos, merced al poder económico que habían adquirido, siendo en diversos casos superiores sus fortunas a las de los patricios, más aún, a los *equites*, factor inequívoco de influencia política en el Derecho.

Los ejemplos igualmente pueden ser tan diversos que, por un lado, dedicásemos gran parte de este ensayo al relato de casos y, por otro, demostrásemos una evidencia de que no cumple con los fines del mismo. Si aparece como evidente el vínculo y la presencia de las ciencias sociales en la conformación del ser jurídico, habremos de preguntarnos por qué estos vínculos son desdeñados ocasionalmente en la academia y regularmente en la práctica.

Es común, y ensordecedoramente rutilante, escuchar “eso es sólo filosofía” cuando se alude a los contenidos éticos o teleológicos, ya no digamos políticos del Derecho, quedando aparentemente escindidos la epistemología jurídica de su praxis; sin embargo, ¿qué es la epistemología jurídica?; ¿tendrá relación directa con la praxis o no? Antes de plantear el problema teórico, es menester partir de otra realidad observada: la práctica forense del Derecho se ha vuelto una especie de actividad técnica, una actividad mecánica en la que, a través de formularios, llenado de cartabones, se puede hacer valer paradójicamente no sólo la razón jurídica, sino “la justicia”

y aquí cabe entrecollar el término, pues el desdén a la axiología es invocado y declarado de manera tan coloquial que efectivamente el Derecho, como disciplina de estudio, pierde su rigor científico.

Entonces, ¿es el Derecho un conocimiento general, meramente cultural o es una ciencia? En principio, estamos convencidos de la existencia de las ciencias sociales y del Derecho entre ellas. Pero el afán de darle carácter de ciencia a lo jurídico ha provocado, entre otras cosas, tres fenómenos característicos: la insistencia en llevar a cabo los tradicionales pasos del método científico, la imposibilidad de distinguir ser y esencia del Derecho y, por último, la indefinición de su objeto de estudio.

Al primero de ellos, habrá de dedicársele especial importancia, pues de la posibilidad de dilucidar el carácter científico del Derecho, habremos de poder usar los términos y explicar la epistemología jurídica, así como explicar y estructurar el ser del Derecho; y, aunque parezca redundante, al Derecho como ciencia social no podrán aplicarse las reglas del método científico, de igual manera que a las de la naturaleza, sino que habrán de ser complementadas, en cuanto hace a la experimentación, por las reglas del método sociológico, a las que se refiere Durkheim.

¿Es el hecho social, son las normas, las fuentes, sus valores, o meramente el deber ser, el objeto de estudio del Derecho? Sobre esta interrogación, se advierte la imposibilidad de desnudar al Derecho de las estrechas relaciones con la ética, por cuanto hace a su teleología, con la Sociología, en cuanto no puede apartársele del hecho social, de la política, en cuanto que no puede apartársele de la acción del poder.

A ello se suma una interrogante más: ¿está hoy el profesional del Derecho menos preparado que antaño? Una cosa no podemos dudar se está en posibilidad de estar

más informado merced a la tecnología, pero el Derecho es también un factor cultural, y baste retomar los planes de estudio de hace un siglo, donde el jurista cursaba en cinco años completos, materias como Latinidad, Literatura General y Elocuencia Forense, lo cual parecería hoy ocioso y con un prurito de erudición; sin embargo, a partir de ellas se podían estructurar la argumentación jurídica y el uso adecuado del lenguaje, necesario para comunicar la vigencia y validez del Derecho.

El maestro don Manuel Atienza²⁷ nos presenta un paradigma sobre la concepción contemporánea del Derecho, que parece actual desde la cosmovisión a que alude, pero que, a su vez, parece ser la más añeja y reiterada forma de crear, interpretar y aplicar el Derecho.

El Derecho deja de serlo en sí, para serlo en otro, para serlo a través de la argumentación, lo que de principio nos apresura a concluir que el Derecho deja de tener un objeto propio y definido de estudio para convertirse en un mero *medio para*; no obstante, la exposición del problema es muy clara y más lo es cuando se ha revisado íntegramente la lectura, pues no es un prurito historicista el que Atienza nos presente la evolución y exposición de las escuelas por las que ha atravesado la concepción de lo jurídico, sino la justificación de por qué, en mayor o menor medida, unas han limitado y otras han equivocado el rumbo de la argumentación como medio y fuente primordial de la creación, interpretación y aplicación del Derecho.

Cabe ser reiterativo en estas tres últimas actividades y, a su vez, actitudes que, como bien lo define Atienza, no son limitantes para los jueces, ni para los legisladores, sino son necesarias para todo jurista que pretenda recrearse en aquello que es jurídico. Sobre este punto,

²⁷ ATIENZA, M.: *Las Razones del...*, cit. pp. 37-42 *passim*.

es de destacarse la importancia dada a los factores económicos, sociales, idiosincrásicos, psicológicos, culturales y, en suma, etiológicos agregando a ello, desde luego, los principios jurídicos, así como los contenidos axiológicos y muy claramente éticos de la deontología jurídica, para amalgamar el conocimiento de lo jurídico en las tres actividades fundamentales ya señaladas.

Más enriquecedora es la propuesta de Atienza²⁸ cuanto que crea el ánimo de la responsabilidad de argumentar, en tener al Derecho como una práctica de argumentación constante y permanente, bajo la consideración de todas las circunstancias que lo conforman, pero en una responsabilidad compartida por todos los juristas; esto es, que la argumentación jurídica explique los problemas que se presentan al Derecho y obtenga las soluciones incorporando la naturaleza de los derechos humanos, el fundamento de los preceptos legales y los principios generales de derecho, la comprensión cultural que de lo jurídico tiene la sociedad, y el ánimo y valores con los que esa sociedad asume las reglas, los deberes y derechos con los que cuenta.

Desde luego, esta forma de asumir el Derecho, a través de la argumentación, crea la convicción, sin jactancia, pero sí con un sentido lógico, de que los jueces, y por qué no decirlo, las autoridades administrativas, por el poder sancionador, crean también Derecho y de que los legisladores y los abogados ante el foro también lo interpretamos y lo aplicamos²⁹.

²⁸ Cfr. ATIENZA, *Op. Cit.*, en especial los capítulos “Crítica de la concepción del derecho y del razonamiento jurídico”, visible en pp. 73-78, “La justificación de segundo nivel. Consistencia y coherencia”, visible en pp. 117-122, y el epílogo de la página 216 de la edición mencionada, nombrado “Las funciones de la teoría de la argumentación jurídica”, de donde sintetizamos la conclusión expuesta en el presente ensayo.

²⁹ *Ibidem, supra.*

IV. Anomías y antinomias como factores de crisis

Revisamos nuestra legislación y el panorama parece no ser muy halagüeño. Lagunas en la ley o contradicciones son terreno fértil para la crítica. ¿Cómo no dudar de la actividad jurídica ante una sentencia penal condenatoria de más de cien fojas?; el reo simplemente sabe que ha sido condenado a compurgar una pena ¿desconoce por qué? El problema no se limita al número de líneas que la contienen sino a que el estado de indefensión es evidente cuando se abusa inútilmente de la tecnología, a través del famoso cortar y pegar jurisprudencias, reproducir declaraciones sin coherencia lógica y perderse las consideraciones argumentativas que podrían motivar la resolución en la urdimbre de reiteradas declaraciones de todos los actuantes en el proceso. Otra vez nos remitimos a un ejemplo, pero que resulta ser una constante en el medio judicial mexicano.

¿Es correcta la premisa “a más cantidad de normas jurídicas, más justicia”? O quizá debemos preguntarnos si es la positivación de todas las conductas lo que nos acerca a un Derecho justo y democrático. Creemos que no, al menos así nos lo deja ver el apotegma *summum ius, summa iniuria*; sin embargo, los estados postmodernos³⁰

³⁰ CHARTIER, R.: *El Mundo como...*, cit., pp. 54-60. Este historiador francés describe la posmodernidad a partir de características tales como que el avance científico y tecnológico tan vertiginosos en el siglo XX, al facilitar la vida de los individuos, anularon la posibilidad de reflexionar acerca de las realidades, las ideas, los conceptos y la necesidad de la justipreciación de lo habitual y lo trascendente para el mundo del Derecho, trayendo consigo este monstruo gigantesco de la cultura mediática, donde se ve todo a través de los medios electrónicos de comunicación, se rompe con la relación sujeto-objeto tradicional, es decir, el sujeto analizador del objeto que establecía la dialéctica a través de la observación y el análisis del mismo, se troca hoy en día en la relación objeto(sujeto)-sujeto(objeto), o sea, es ahora el objeto el que analiza al sujeto y el sujeto se convierte en simple espectador al que se le puede manipular en su concepción (inexistente) de la realidad y en esa axiología utilitarista a que nos hemos referido líneas arriba.

cada vez se acercan más a ello, sobreerregulan las conductas, cualesquiera que éstas sean, hasta el grado de invadir la esfera estrictamente privada del individuo.

Debemos coincidir con Zagrebelsky en que: *La toma de conciencia del carácter expansivo de los intereses económicos multiplicados por las posibilidades derivadas de la tecnología, ha hecho que el número de valores de justicia que pueden entrar hoy en colisión con los derechos económicos se haya incrementado mucho respecto del pasado*³¹.

Quiero destacar en este sentido algunas afirmaciones hechas por Álvaro Búnster, cuando, refiriéndose al terrorismo de Estado, señala que un pueblo agredido actúa naturalmente en legítima defensa de sus derechos humanos, por los que se ha luchado en el devenir histórico de la humanidad y se ven violentados por el criminal proceder del Estado. Los hechos criminales del autoritarismo, afirma: ...*affectan el entorno natural, el proceso de un desarrollo endógeno, autónomo y humanizado; el crecimiento equilibrado de la economía nacional, la salud y vigor físico del pueblo; la educación, la cultura, la paz y la convivencia civilizada de los integrantes de cada nación así como su consolidación institucional...*³² Esos son los bienes comunes que anteriormente citamos.

Pero qué pasa cuando se subastan al capital extranjero los recursos naturales, cuando se subsume por las reglas de la globalización a los pueblos en las reglas del mercado de brazos al servicio de los cárteles macroeconómicos –violatorios de la no monopolización económica–, en la entrega de los capitales sociales en manos privadas (reforma al artículo 27 constitucional), en la política

³¹ ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, cit., p.103.

³² BÚNSTER, A.: “Terrorismo de Estado...”, cit., p. 116.

económica de pauperización popular, en la erección del desempleo a factor estructural de la llamada economía de libre mercado y, en definitiva, en la creación de dos sectores de la sociedad, irreconciliables definitivamente, uno con todo el poder económico y político y el otro sumido en sus expectativas de no desarrollo y de mera supervivencia; lo que se puede esperar es, definitivamente, que en dicho sector mayoritario, se defiendan los *factores reales de poder* y se procure su supervivencia por medios que aparentemente no son legales, pero sí legítimos o, por lo menos, justos y que atienden a la observancia de los derechos humanos consagrados en los pactos universalmente reconocidos y acreditados por la propia Constitución general.

He aquí, –sigue diciendo Búnster– *la agresión contra todo un pueblo y cada uno de los supuestos “antipatriotas” que representan al llamado “enemigo interno”*. *He de reiterar que esta agresión se ejerce sobre el pueblo en todas sus formas y todos los días, contra su dignidad, contra su libertad, contra su tranquilidad, contra su seguridad, contra sus fuentes de subsistencia, contra los demás valores que dan sentido a su existencia, contra su integridad física, contra su vida*³³.

Todo ello se provoca en un Estado postmoderno y globalizado, pero por el poder económico que no atiende sino al utilitarismo y que se olvida de la razón humana universal, de aquellos derechos primigenios. Bien vale apuntar que no desconfiamos del Derecho y sus instituciones, pero que esta reflexión es un llamado a pensar que no las muchas leyes hacen más eficaz el Derecho, sino al contrario, lo vuelven lento, burocrático, injusto, antidemocrático.

Cabe señalar, a manera de corolario, que se llega a negar la justicia, merced a la parsimonia del derecho

³³ *Idem*, p.117.

adjetivo, a los plazos tan latos en la averiguación previa y a la inadecuada distribución de las causas en conocimiento de los jueces. Y a propósito de la averiguación previa, con relación a las pruebas, vaya una pregunta: ¿no es de suyo desigual y desequilibrado el proceso, cuando la autoridad que ejerce el monopolio de la acción penal, luego es parte procesal? Y es que, de todos los procesos de cuantas ramas del Derecho hablamos, es sólo en la Penal en la que una de las partes se arroga de manera autoritaria la posibilidad de ofrecer la confesional previa la instrucción. En nuestra opinión personal, si ya el Ministerio Público cuenta con toda la infraestructura técnica y humana para probarle la imputación a un probable responsable, debiera desterrarse la declaración del indiciado en la indagatoria y reducirse el término de su retención. He ahí donde nos atrevemos a afirmar que el Estado niega la prontitud y expeditez de la justicia y acomoda su impune actividad delictiva, sumado a que la decodificación de normas, en leyes especiales, poco ha ayudado, pues la autoridad prefiere invocar reglamentos y acuerdos omitiendo la jerarquía de normas. Quizá lo veamos en el nuevo sistema acusatorio.

Ferrajoli³⁴ nos plantea dos problemas fundamentales en el derecho contemporáneo, a saber: la distinción entre Estado y Estado de Derecho y los relativos a la jurisdicción. Ciertamente, no se puede obviar la pregunta inicial relativa a la adecuación necesaria del Estado de Derecho a la Constitución del Estado, visto esto en dos vertientes: por parte del Estado de Derecho: la correspondiente a la adecuación de todas manifestaciones de autoridad, ya en actos, ya mediante promulgación de leyes en la llamada etapa paleoiuspositivista; y por otro lado, bajo

³⁴ Véase: “La democracia constitucional”, en *Desde Otra Mirada*, cit., pp. 255-271.

la visión contemporánea relativa a que el cumplimiento de la ley no lo sea por el simple hecho de ser ley positiva, es decir, la ley no será válida en tanto que haya sido promulgada y tenga vigencia por los medios y a través de la autoridad competente, sino sólo en tanto ésta se encuentre adecuada a los principios constitucionales y, sobre todo, a los principios de derecho universal y, desde luego, a los derechos universales de la humanidad.

V. Bibliografía

- ATIENZA, MANUEL: *Las Razones del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005.
- BARBERIS, MAURO: *La Heterogeneidad del Bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, Fontamara, México, 2006.
- BARCELLONA, PIETRO: *Postmodernidad y Comunidad, El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, 1992.
- BARREDA, GABINO: *La educación Positivista en México*, Editorial Porrúa, primera edición, México, 1978.
- BÚNSTER, ÁLVARO: “Terrorismo de Estado y Legítima Defensa”, visto en *Revista Mexicana de Justicia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, Octubre-Diciembre 1987.
- CICERÓN, MARCO TULIO: *Cuestiones Académicas*, Biblioteca Scriptorvm Graecorvum et Romanorvum Mexicana, UNAM, México, 1980.
- CHARTIER, ROGER: *El Mundo como Representación*, GEDISA, Barcelona, España, 1996.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO: *Postmodernidad y Derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993.
- *Desde Otra Mirada*, compilación de Christian Courtis, EUDEBA, Buenos Aires, Marzo, 2001.

- HABERMAS, JÜRGEN: *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta S.A., tercera edición, España, 2001.
- HELLER, HERMANN: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- KELSEN, HANS: *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, 4^a edición, Buenos Aires, 1965.
- LUHMANN, NIKLAS: *El Derecho de la Sociedad*, Universidad IberoAmericana, México.
- _____: *Confianza*, Universidad Iberoamericana, Anthropos, Biblioteca A Sociedad, España-México, 1996.
- LYON, DAVID: *Postmodernidad*, Alianza Editorial, Segunda Edición, Madrid, 2000.
- LYOTARD, JEAN-FRANÇOIS : *¿Por qué Filosofar?*, Paidós, I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1989.
- _____: *La Diferencia*, Gedisa, 2a edición, Barcelona, 1991.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH: *Sobre Verdad y Mentira en Sentido Extramoral*, Tecnos, 3a edición, Madrid, 1995.
- RAWLS, JOHN: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2^a edición, 4^a reimpresión, México, 2003.
- RAZ, JOSEPH: *La Autoridad del Derecho, Ensayos Sobre Derecho y Moral*, UNAM, México, 1982, capítulo IX, “Las Funciones del Derecho”.
- STUART MILL, JOHN: *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, 8^a reimpresión de la 1^a edición en español, Madrid, 1996.
- ZAFFORE, JORGE: *La Comunicación Masiva*, de Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1990.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil*, Trotta, 5a edición, Madrid, 2003.

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 Ase-
soría Jurídica

Licenciada Lidia Beristáin Gómez
Unidad de Apoyo Operativo

Actividades de capacitación

Las ESPECIALIZACIONES EN DEFENSA PENAL Y ASESORÍA JURÍDICA continuaron desarrollándose en las aulas de la Sede Central del Instituto con los módulos IV y V. Las clases presenciales concluyeron el 30 de noviembre de 2010 y la ceremonia de clausura se llevó a cabo el 14 de diciembre, con la participación de la Junta Directiva del Instituto.

Durante este semestre se realizó un CICLO DE CONFERENCIAS DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA; las ponencias se llevaron a cabo de acuerdo al siguiente calendario:

- 6 de julio

Ponente: Doctor Moisés Moreno Hernández

Tema: *Algunos retos de la Reforma Constitucional en materia de justicia penal*

- 9 de agosto

Ponente: Licenciado Juan Velasquez

Tema: *¿Viabilidad de los juicios orales?*

- 7 de septiembre

Ponente: Doctor Julio Antonio Hernández Pliego

Tema: *La prueba ilícita*

- 5 de octubre

Ponente: Doctor José Ovalle Favela

Tema: *Los sistemas de enjuiciamiento penal*

- 16 de noviembre

Ponente: Ministro José de Jesús Duarte Cano

Tema: *Las pruebas en el sistema oral y acusatorio*

- 7 de diciembre

Ponente: Doctor Ricardo Franco Guzmán

Tema: *La corrección de los graves errores de la reforma de los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal*

De octubre a diciembre de 2010 se llevó a cabo el SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL dirigido, únicamente, a defensores públicos federales y oficiales administrativos. Las sesiones se realizaron de la siguiente manera:

- 20 de octubre

Ponente: Maestro Rodolfo Félix Cárdenas

Tema: *Teoría del caso*

- 29 de octubre

Ponente: Licenciado Alejandro Ramírez Verdugo

Tema: *Alegato de apertura y alegato de clausura*

- 5 de noviembre

Ponente: Magistrado Rubén Arturo Sánchez Valencia

Tema: *El contrainterrogatorio*

- 12 de noviembre

Ponente: Magistrada Olga Estrever Escamilla

Tema: *Los juicios orales*

- 18 de noviembre

Ponente: Maestro Héctor Carreón Herrera

Tema: *El auto de vinculación a proceso*

- 26 de noviembre

Ponente: Magistrado Humberto Venancio Pineda

Tema: *Ámbito de actuación del juez de control*

- 10 de diciembre

Ponente: Maestro Mario Alberto Torres López

Tema: *Los defensores públicos federales ante el nuevo proceso penal mexicano*

Los días 1 y 2 de julio de 2010, el licenciado Genaro González Licea, impartió la conferencia *El fuero de guerra mexicano. Reflexiones sobre sus límites y perspectivas*.

Con la colaboración de la Universidad Panamericana y el Consejo de la Judicatura Federal, el 2 de agosto inició el Diplomado en Derecho Tributario, al que se admitió un total de 40 alumnos.

Se organizó, por parte de nuestro Instituto y el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, un ciclo de Mesas de Discusión, cuya finalidad fue plantear algunas interrogantes relacionadas con los problemas que va a resolver la reforma constitucional al sistema de justicia penal publicada el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación; se desarrolló en 2 sesiones los días 8 y 9 de septiembre, asistieron magistrados de Circuito y jueces de Distrito en materia penal, personal del Instituto, alumnos de las especializaciones y personal externo, para un total de doscientos cincuenta espectadores.

Boletín bibliográfico

- APRÓN PELAYO, JUAN MANUEL: *Sucesiones*, México, D.F., McGraw-Hill, 2008, 285 pp.
- CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO DEL: *Ley de amparo comentada*. México, D.F., Ediciones Jurídicas Alma, 2010, 1113 pp.
- *Código modelo de procesos colectivos: un diálogo iberoamericano: comentarios artículo por artículo*. Antonio Gidi, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinadores, México, D.F., Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, 453 pp.
- *Compilación civil del DF: contratos y convenios familiares*. México, D.F., Raúl Juárez Carro Editorial.
- *Compilación de amparo y penal federal*. México, D.F., Raúl Juárez Carro Editorial, 2008.
- Congreso Internacional sobre justicia constitucional (I 2008 mayo, 14-17, Cancún, México)
- COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN: Conferencia magistral “El papel del defensor público en el cambio jurídico”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.
- Criterios jurisdiccionales y legislación de los poderes judiciales de Centroamérica, República Dominicana y México [recurso electrónico], México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- DUARTE CANO, JOSÉ DE JESÚS: Conferencia magistral “Juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad: sus normas reglamentarias”, México, D.F., Poder Judicial de

la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.

- • *El estado de derecho: dilemas para América Latina*. Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez, compiladores, Lima, Perú, Palestra, 2009. 248 pp.
- • *El juez constitucional en el siglo XXI*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, César de Jesús Molina Suárez, coordinadores. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.
- • Especialidad en asesoría jurídica [recurso electrónico]: audioclases. México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de Defensoría Pública, 2010.
- • FERRAJOLI, LUIGI: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, España, Trotta, 2009, 180 pp.
- • FRANCO GUZMÁN, RICARDO: Conferencia magistral “Noventa años de retroceso en la reforma a los artículos 16 párrafo segundo y 19 párrafo primero de la Constitución Federal”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.
- • GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO: Conferencia magistral “La jurisdicción interamericana de derechos humanos: presencia del defensor público”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.
- • GÓNGORA PIMENTEL, GENARO DAVID: Conferencia magistral “Juzgar como vocación”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.

- GONZÁLEZ IBARRA, JUAN DE DIOS: *Técnica, ciencia y epistemología legislativas*, México, Fontamara, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Congreso del Estado de Morelos, XLIX Legislatura, 2006, 249 pp.
- GONZÁLEZ LICEA, GENARO: Conferencia “El fuero de guerra mexicano, reflexiones sobre sus límites y perspectivas”. México, D.F., Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de Defensoría Pública, 2010.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, OLGA: *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, D.F., Trillas, 2004, 381 pp.
- IUS 2010 [recurso electrónico]: jurisprudencia y tesis aisladas junio 1917 - junio 2010. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010.
- Jurisprudencia y criterios relevantes en materia de acciones de inconstitucionalidad [recurso electrónico], México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO: *Delitos en particular*, México, D.F., Porrúa, 2008.
- *Los derechos humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* [compiladores Teresita del Niño Jesús, Lucia Segovia, Alma Luz Beltrán y Puga y Luis Miguel Cano López; presentación de los Ministros Sergio A. Valls Hernández, Ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; prólogo Alberto Brunori]. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de

la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2010.

- MENDOZA BAUTISTA, KATHERINE: *Delitos cometidos por motivos de género o de orientación sexual: ¿feminicidio?*, México, D.F., Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, 2010, 106,pp.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS: Conferencia “Algunos retos de la reforma constitucional en materia de justicia penal”, México, D.F., Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de Defensoría Pública, 2010.
- OVALLE FAVELA, JOSÉ: Conferencia magistral “Artículo 19 constitucional”, Mexico, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.
- _____: Conferencia magistral “Garantías constitucionales del proceso”, México, D.F., Instituto Federal de Defensoría Pública, 2008.
- PALMA G., ERIC EDUARDO: *Tareas legislativas del Poder Judicial: aportes para un debate sobre las facultades colegisladoras de la Corte Suprema*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 92 pp.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, OLGA: Conferencia magistral “La globalización y el papel del Poder Judicial”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.
- SILVA MEZA, JUAN: Conferencia magistral “La Defensoría Pública Federal de cara a la sociedad”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.

- TORRES LÓPEZ, MARIO ALBERTO: *Teoría y práctica de los delitos fiscales*, prólogo de Juan Silva Meza, México, D.F., Porrúa, 2010, 331 pp.
- VALLS HERNÁNDEZ, SERGIO ARMANDO: Conferencia magistral “La importancia del asesor jurídico en el Instituto Federal de Defensoría Pública”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.
- VELASQUEZ, JUAN: Conferencia magistral “La defensa penal”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.
- -----: Conferencia “¿Viabilidad de los Juicios Orales?”. México, D.F., Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de Defensoría Pública, 2010.
- ZAMORA PIERCE, JESÚS: Conferencia magistral “El juicio oral”, México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2008.

*El diseño y la formación de este volumen
estuvieron a cargo de la Dirección
General de Comunicación Social del
Consejo de la Judicatura Federal.*

