



INSTITUTO
FEDERAL DE
DEFENSORÍA
PÚBLICA

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 11/JUNIO 2011

ISSN 1870-7610



Homenaje
al señor ministro
José de Jesús
Gudiño Pelayo

TOMO II



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: Manuel Araujo Martínez
Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública
Número 11, junio de 2011

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

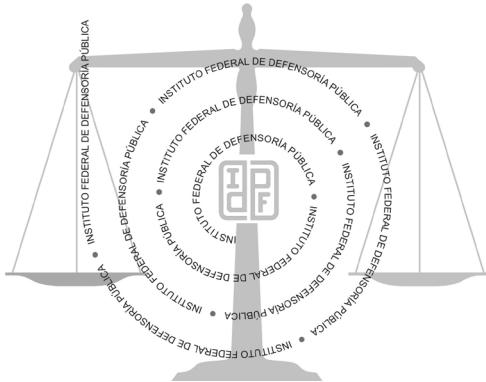
Editor responsable: Alejandro Roldán Velázquez

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública
ISSN 1870-7610

Tiraje 1,000 ejemplares
Distribución gratuita.



Índice

Página

Presentación	5
<i>Maestro Óscar Enrique Castillo Flores</i> <i>Doctor Raúl Rodríguez Vidal</i> Más allá de la ley y de la moral.	13
<i>Doctor Alejandro González Gómez</i> Sistema penal y transición a la democracia en México II: la expansión judicial del Derecho Penal.	33
<i>Doctor Humberto Haro Mederos</i> ¿Era necesaria la nueva ley contra el secuestro?.	95
<i>Doctor Julio Antonio Hernández Pliego</i> La reforma constitucional en materia penal y la prueba ilícita.	141
<i>Licenciado Óscar Luis Lozada Hernández</i> Ética judicial: génesis y conceptos.	159

<i>Magistrado Jorge Ojeda Velázquez</i> El nuevo contenido del artículo 20 constitucional. (Primera parte).	177
<i>Licenciado Alejandro Ortega San Vicente</i> A cien años de la creación de la Universidad Nacional Autónoma de México: una reseña de su evolución y de sus conflictos.	255
<i>Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia</i> La Defensoría Pública: instrumento para la exigibilidad de derechos fundamentales.	299
<i>Doctora Eréndira Salgado Ledesma</i> El federalismo desde la perspectiva judicial.	317
<i>Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea</i> La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. El caso de la libertad de expresión.	341
Actividades de capacitación.	355
Boletín bibliográfico.	359

P r e s e n t a c i ó n

Este otro tomo, el II, de la Revista en honor del señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo incluye igualmente notables e interesantes artículos. Si bien, como lo mencioné al presentar el tomo I, la personalidad y las actitudes bondadosas del ministro Gudiño generaron una rápida reacción de quienes lo conocieron o tuvieron alguna relación con él, ya que la cantidad de artículos recibidos fue excepcionalmente numerosa, no puedo dejar de exaltar la calidad de los que integraron el tomo I y los que ahora presento. A mi parecer, destacar la calidad de los trabajos es también muy importante porque, y creo que todos estaremos de acuerdo, escribir un artículo académico implica, entre otros, estos esfuerzos: contar con la preparación necesaria para cumplir con las reglas de redacción, ortográficas, de sintaxis, etc., estar convencido de que lo que uno escribirá será interesante para los demás, estar suficientemente *documentado* sobre el tema a tratar –haber leído muchos libros, reflexionado sobre su contenido y estimar que las conclusiones propuestas constituyen una aportación–.

Si tomamos en consideración esos esfuerzos, no será difícil darnos cuenta que quienes fueron autores de artículos en ambos tomos mostraron un especialísimo deseo en que su trabajo formara parte de ellos y, por tanto, del homenaje que quisimos tributarle al ministro Gudiño Pelayo. El deseo de estar presente en un merecido reconocimiento al ministro es una manifestación de amor, cariño, afecto o gratitud hacia un hombre que, desde su interior y con sus actitudes y comportamientos, proyectó asimismo alguno de estos sentimientos. Valgan estas

sencillas palabras para recordar al ministro José de Jesús Gudiño Pelayo y pretender dejar en la memoria de cada uno de nuestros lectores la imagen de un ser humano difícil de igualar.

Pues bien, la reseña del contenido de este número de la Revista inicia con un artículo titulado *Más allá de la ley y de la moral*, escrito conjuntamente por un asesor jurídico federal, licenciado Óscar Enrique Castillo Flores, y el profesor Raúl Rodríguez Vidal, investigador de la Universidad Autónoma de Coahuila. La tantas veces tratada y discutida relación entre el Derecho y la moral es abordada por estos profesionales de manera clara y sencilla, a pesar de que discurren en el ámbito de la historia y la filosofía. Su discurso constituye una exposición acerca de por qué no podemos, al tratar de explicar el Derecho, dejar al margen a la moral, que viene a ser un sustento en la confección de las reglas jurídicas y, por ello, útil para interpretarlas. Es una relación en la que las normas jurídicas carecerían de fondo si apartáramos a la moral.

El doctor Alejandro González Gómez, actual Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Michoacán, nos regala un artículo –crítico– de algunas decisiones tomadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que se cuestionaron los temas que resumo así: prisión preventiva o libertad provisional bajo caución en delitos tentados catalogados graves; cuerpo del delito o elementos del tipo penal como presupuestos de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión; y, penas vitalicias *versus* artículo 22 constitucional: la readaptación social como fin del sistema penal. Con excelentes argumentos, apoyados en un análisis riguroso de las opiniones expresadas por los ministros en la discusión de esos asuntos, el doctor González Gómez muestra su desacuerdo con las

determinaciones del máximo tribunal, por privilegiar, según él, los recursos represivos; así como el doctor rechaza los puntos de vista sostenidos por algunos ministros, acepta otros (uno de ellos sostenido, en su momento, por el ministro Gudiño Pelayo) y, sobre todo, expone los suyos, con claridad y conocimiento de causa. El doctor exalta y defiende los principios insitos en la Constitución que, según él, al discutir esos temas, no fueron debidamente valorados trayendo consigo resoluciones polémicas.

El doctor Humberto Haro Mederos, Supervisor en el Instituto Federal de Defensoría Pública, aborda, muy oportunamente, una interrogante que estoy seguro que una gran parte de los estudiosos del Derecho se hicieron cuando conocieron la noticia de que iba a ser expedida la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, a saber: *¿Era necesaria la nueva ley contra el secuestro?* Con bastante agudeza, el doctor Haro Mederos no sólo ofrece argumentos para contestar esa pregunta, sino muchos otros que sirven para reflexionar, entre otros temas, si el camino elegido por los legisladores –elaborar leyes especiales para los delitos graves– va, en realidad, a ayudar a combatirlos y, lo que es más importante, a prevenirlos. Se trata, por tanto, de un buen trabajo, por lo que vale la pena revisarlo para asumir una postura acerca de la conveniencia, o no, de que cada delito que se desee abatir cuente con una regulación fuera del Código Penal.

El doctor Julio Antonio Hernández Pliego, con gran tino, trata en su trabajo, referente a la prueba ilícita, los distintos problemas que se plantean si no se reflexiona sobre los parámetros que hay que marcar en relación con esta clase de prueba. Recordemos a este respecto que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, declara nula cualquier prueba obtenida con violación a los

derechos fundamentales (artículo 20, apartado A, fracción IX), por lo que el artículo del doctor resulta esclarecedor y bastante interesante. Saber distinguir cuando una prueba realmente afecta derechos fundamentales y en qué casos la prueba es *tan sólo* ilícita (violación formal) y, por tanto, no debe generar el efecto de nulidad a que se refiere el precepto indicado, es de las cuestiones abordadas por el doctor Hernández Pliego, por lo que recomendamos su lectura.

El licenciado Oscar Luis Lozada Hernández, Secretario de Estudio y Cuenta del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, hace un extenso recorrido explicativo acerca de lo que gira en torno a la ética judicial; llegar a entender la importancia que tiene esta disciplina impone conocer cómo se gestó, cuáles son sus presupuestos y los elementos que la conforman, pues, de otro modo, esa ética aplicada o especializada se valorará como una disciplina *coyuntural o de moda*, como lo reitera el licenciado Lozada Hernández.

El magistrado Jorge Ojeda Velázquez deja en claro con su aportación a este número de la Revista que el cambio constitucional en materia de seguridad y justicia penal de 2008 modifica sustancialmente el procedimiento y los alcances de los derechos a favor de imputados y las víctimas. El contenido del artículo 20, apartado A, constituye un fiel ejemplo del nuevo esquema punitivo diseñado en la Constitución, ya que conjuga varios aspectos verdaderamente relevantes. Con un afán de explicar *a fondo* las fracciones que integran ese apartado y una claridad en su discurso, por otra parte muy bien apoyado con las opiniones de autores destacados, el magistrado Ojeda muestra las bondades que ofrece ese importante precepto, el cual es fundamental –reitero– para ponderar el llamado *nuevo sistema penal*. Sin

ninguna reserva, mi compañero Jorge Ojeda formula los comentarios al artículo 20 recurriendo al apoyo doctrinal, a la jurisprudencia, a tratados internacionales y, lo que es más valioso, expresando abiertamente sus puntos de vista, de tal suerte que pone a la vista de todos que su investidura de estudioso penalista va a ser muy difícil que la abandone. Me llamó poderosamente la atención, además, que mi compañero contrasta el contenido de los proyectos, hasta ahora más conocidos, de códigos federales de procedimientos, lo cual, sin duda, representa un encomiable esfuerzo y, sobre todo, la gran capacidad de Jorge Ojeda.

Uno de los artículos que también distinguen a este número es el que se recibió del licenciado Alejandro Ortega San Vicente cuyo título es *A cien años de la creación de la Universidad Nacional Autónoma de México: una reseña de su evolución y sus conflictos*. También con excelente calidad expositiva, este trabajo ofrece, nada más pero nada menos, la historia de la máxima casa de estudios. Después de leerlo, me parece que la conjunción de esfuerzos de personajes tan connotados como Justo Sierra, Antonio Caso, José Vasconcelos y Narciso Bassols, entre otros, germinó una institución que distingue a nuestro país por la cantidad y calidad de excelentes profesionales que ha formado. Este propósito, contra lo que pudiera pensarse, no fue pacífico alcanzarlo como claramente queda de manifiesto si se repasa la evolución jurídica de la UNAM, que es parte crucial de la reseña elaborada por Ortega San Vicente, y el gran número de severos conflictos que nuestra casa de estudios ha tenido que sortear en algunos años de su vida.

El ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia aporta un interesante artículo en el que examina al Instituto Federal de Defensoría Pública vinculándolo con

temas íntimamente relacionados con su organización, fundamentos, estructura, misión, la labor relevante que los defensores públicos desempeñan e, incluso, su papel en el nuevo sistema penal, entre otros. El trabajo del señor Ministro pone de manifiesto el compromiso que el Instituto asumió al hacerse cargo de funciones encaminadas a concretar derechos constitucionales de tanta importancia como el de defensa y el acceso a la justicia, sobre todo a favor de personas vulnerables. Asimismo, el ministro reflexiona sobre la relevancia social que tiene esta finalidad y la proyección que alcanza en un sistema de justicia que busca también extender sus servicios a todos. La efectividad mostrada, hasta ahora, por los defensores públicos constituye, en opinión del ministro Ortiz Mayagoitia, todo un reto ante la nueva experiencia del sistema acusatorio y oral, lo cual, sin embargo, para el ministro, a lo que debe conducir es a esforzarse con el propósito de mantener los estándares.

La investigadora Eréndira Salgado Ledesma, adscrita a la Universidad Anáhuac del Norte, muestra con su artículo que quienes tuvieron la fortuna de compartir con el ministro Gudiño Pelayo reflexiones sobre temas ligados a su función, constataban que él era siempre profundamente analítico y que sus puntos de vista los defendía con vehemencia, pero sobreponiendo la razón y el buen juicio. Estas características del Ministro se dejaron ver en multitud de asuntos y, sin embargo, como pone de manifiesto la investigadora, en aquellos en los que el punto crítico era el federalismo el señor ministro se destacaba por ser su defensor. La adopción del sistema federal en nuestro país generó fuertes controversias jurídicas y políticas, como sabemos, y aún ahora parece que no acaba de ser un tema de discusión, ya que en torno a él está el *juego* entre los distintos poderes. Este

juego –en el que se involucran la Federación, las entidades federativas y los municipios– ha tenido nuevas formas de resolver sus conflictos en cuanto a sus competencias (controversias constitucionales), sin que se hayan ofrecido soluciones *sanas* desde la justicia constitucional. Por tanto, el deseado equilibrio que idealmente se obtendría entre aquellos distintos órdenes ha pasado a ser un desiderátum contribuyendo a ello las intervenciones de la Suprema Corte en distintos asuntos, recordados por la investigadora Salgado Ledesma. En fin, un trabajo del talento del de esta brillante investigadora permite pensar acerca de lo mucho que como país nos falta para articular, y hacer realidad, el vínculo entre las instituciones y los derechos constitucionales.

El ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea contribuye con un relevante artículo titulado *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. El caso de la libertad de expresión*. En él, expone las razones por las que no está de acuerdo en que un periódico sea responsable de violar los derechos al honor y a la intimidad por una publicación de un tercero, ajeno a ese medio de comunicación. Esta problemática lleva al Ministro a analizar las opiniones doctrinales y las posturas mantenidas en otros países respecto a si los derechos fundamentales son reclamables en relaciones entre particulares y, asimismo, a valorar los alcances del artículo 7º constitucional. Recurriendo a ejemplos, fundamentándose en autores reconocidos y revisando el contenido de algunas sentencias, examina la obligación tanto de los poderes públicos, como de los particulares de sujetarse a la Constitución y distingue dicha obligación de la que estos últimos pudieran llegar a tener en que los derechos fundamentales alcancen eficacia.

Únicamente me resta expresar mi agradecimiento a

todas las personas que colaboraron en los números 10 y 11 de la Revista porque hicieron posible que el tributo al ministro Gudiño Pelayo –organizado en el Instituto Federal de Defensoría Pública– fuera rico en ideas y propuestas con lo que verdaderamente honró su memoria.

Alejandro Roldán Velázquez
Junio de 2011.

Más allá de la ley y de la moral

*Óscar Enrique Castillo Flores**
*Raúl Rodríguez Vidal***

RESUMEN: La prenoción de la norma jurídica lleva al sujeto obligado a considerar la ley como un sinónimo de lo que debe ser justo. Los humanos se rigen por dos grandes sistemas de reglas: legales y morales; aquél puede cuidar del segundo o el último inspira la creación del primero. Ambos sistemas tienen como finalidad que los entes sociales lleven a cabo acciones consideradas, a las que la mayoría les otorga el carácter de correctas y adecuadas. La existencia de las reglas se remonta al amanecer de la Humanidad y han acompañado a los seres humanos, desde que tomaron huesos empolvados, hasta que Neil Armstrong puso su huella en el polvo lunar, y ahí estarán cuando la huella del astronauta quede marcada en polvo rojo. Las normas son para cuidar del entorno social y sus destinatarios son quienes les otorgan valor y determinan su grado de aceptación. La interpretación se ha tornado fundamental para aplicar la normatividad al mundo fáctico, y abreva de la moral, para así adecuar la hipótesis a la realidad. Empero, la interpretación

* Asesor jurídico federal.

** Profesor investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Coahuila.

depende del tiempo en que se haga, de las necesidades y de las ideologías del grupo al cual va dirigida. Finalmente, la legislación puede permitir explícitamente la participación de la moral dentro del sistema jurídico, a manera de herramienta integradora.

SUMARIO: Introducción. I. De la ley y la moral. II. El ocaso de los ídolos. III. La genealogía de la moral. IV. La voluntad de poder. V. La gaya ciencia. VI. Aurora. VII. *Ecce Homo*. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Al conocer las teorías iusnaturalista y positivista, se optó por acudir a otro autor, Friedrich Wilhelm Nietzsche, quien manifestó que eligió el personaje llamado *Zaratustra* por haber sido quien separó a la deidad en su carácter de principio único, en el bien y el mal, y por consecuencia, debía ser el primero en reconocer ese error concerniente a la existencia de la moral. Así que la separación entre Derecho y moral, la hemos intentado ver a través de los anteojos de Nietzsche.

La labor del asesor jurídico federal lo lleva a enfrentarse con el texto de los cuerpos normativos, a buscar entre las interpretaciones de la norma, a explorar la doctrina, todo en aras de ofrecer respuestas a las dudas de los usuarios.

Quien acude al Instituto Federal de Defensoría Pública trae consigo una visión moral de lo que debe ser la ley y, en ocasiones, no se adecua a lo que el Derecho dispone.

El asesor jurídico se debate entre las normas positivas y lo que la gente cree sobre lo justo o injusto. Lo

que nos lleva a analizar si en verdad existe una división irreconciliable entre el Derecho y la moral, o ambas se complementan para la obtención de resultados que generen mayor aceptación.

I. De la ley y la moral

La moral, al igual que la ley, tiene como tendencia establecer reglas para hacer lo correcto, el bien. Por otro lado, indican cómo deben ser las acciones del hombre, y que el resto de la comunidad estima como adecuadas. Sin embargo, el pueblo cambia, sus nuevas necesidades traen como consecuencia que su moral se modifique, las nuevas ideas también impulsan el cambio. Además, la moral pertenece a un tiempo, espacio y grupo determinado, por lo tanto, al ser tan variable y al depender del valor que le atribuyan los sujetos, no puede servir como base para resolver los conflictos. Por otro lado, las leyes han de ser acatadas, y quienes las crearon así lo aceptaron.

La ley ha de ser obedecida, independientemente de su aceptación por parte de los obligados. La moral trae consigo el bagaje cultural de las personas, y el juez debe ser imparcial, pero sus antecedentes van a influir en la decisión.

El hombre necesita del hombre, porque en soledad poco puede lograr. No obstante que está consciente de esa necesidad, llena de reglas su relación con sus semejantes. En verdad que el peso formidable descansa en los hombros de los juzgadores, después de que deciden, parecen humanos, demasiados humanos.

El juez ve el problema como piezas geométricas, la ley es la caja donde debe guardarlas; sin embargo, habrá ocasiones en que las piezas no se acomoden dentro del recipiente, y en ese momento la moral aparece como la pieza faltante.

Ahora bien, si lo queremos ver con otro enfoque ejemplifiquemos mediante *la metáfora del sastre*¹, a que alude el Magistrado Jean Claude Tron Petit quien precisa:

*El juez es un sastre que debe confeccionar un traje a la medida de una persona muy peculiar –las partes, sus intereses y pretensiones-. La tela y el hilo son las leyes, los principios y la jurisprudencia; la confección debe adecuarse, ser cómoda y elegante, de buena apariencia. La **argumentación** es la técnica del sastre, el cliente es **el caso** y los materiales el **acervo jurídico**. Un gordito o jorobado requiere de un traje muy especial, esos son los **casos difíciles**, fuera de los estándares habituales.*

II. El ocaso de los ídolos

Cuando pensamos en la Prehistoria, comúnmente suponemos cómo era el comportamiento de los primeros humanos. La arqueología, la antropología y paleontología nos van allanando el camino, ese que elegimos no para avanzar hacia el futuro, sino para eslabonar nuestro presente con el pasado.

¿Cuándo surgió la primera regla? Quizá cuando el hombre sintió que determinada acción de uno de sus semejantes le causaba molestia y, valiéndose de la fuerza física, impuso el comportamiento que le resultaba más agradable. Lo anterior nos llevó a un *contrato social primitivo*, donde el grupo dominante, ya sea de forma unilateral o por consenso, establecía cuáles eran las reglas que se deberían acatar, para así satisfacer al afectado y castigar al infractor.

Los antepasados también buscaban explicaciones para su entorno, de ahí que le atribuyeron a cada

¹ Material de Taller..., cit., p.39.

fenómeno una persona, un mito y, así, nacieron los dioses. Cuando la religión cobró importancia los sacerdotes emitieron normas, aduciendo que eran de origen divino y, con base en ellas, legitimaban a los gobernantes y regían la vida social.

La postura consistente en la existencia de la deidad ayudó a que se concibiera la tendencia de la *ley natural*, que se hacia emanar de la voluntad divina. Al respecto Salomón Rahaim expone que la *ley natural*:

*Es el conjunto de reglas que los hombres sienten que deben observar por la sola luz de la razón. De propósito hemos evitado las palabras que introduzcan directa y formalmente la noción de “legislador” en cuanto tal. En la definición propuesta todos han de convenir, ya que todos experimentamos ciertas obligaciones. Por eso mismo se ve que es natural, pues se da en todos los hombres.... Todos admiten que hay algo en que todos, por su propia naturaleza, se sienten obligados a guardar ciertas normas de moralidad mínima.*²

Ahora bien, si partimos de la postura ateísta, la base metafísica del iusnaturalismo se desvanece, perdiéndose su justificación; entonces, tenemos que trabajar con el receptor de las leyes que es el ser humano, pues, a final de cuentas, la Humanidad es la que vive con las leyes y sus consecuencias.

III. La genealogía de la moral

Las acciones se aprecian acorde a su bondad o malicia, y éstas dependen de los valores del grupo en donde se materialicen los actos.

La valoración proviene de la historia, de la religión y de la ideología predominante. Veamos algunos ejemplos:

² RAHAIM MANRÍQUEZ, S.: *Compendio de filosofía*, cit., p. 551.

a) Histórica: Se considera perverso tratar a un ser humano como objeto. Basta con ver los antecedentes en Egipto, Roma y de la Alemania nazi; empero, a la vez que se condena al esclavismo, se observa con maravilla la pirámide de Keops. Entonces, tenemos que la información que se obtiene de los estudios históricos nos llevan a considerar a la esclavitud como contraria a la dignidad humana, debido a las precarias condiciones en la que vivían los esclavos y la falta de reconocimiento de sus derechos, inclusive el que se les considerara como mercancías despojándolos de su carácter de personas.

b) Religión: Las creencias judaicas y cristianas, y su forma de ser impartidas, llevan a que el individuo acepte como obligatorios los preceptos del Libro Sagrado, del cual emergen las directrices de lo que es aceptable y de lo que es reprochable. Dado el antecedente de esclavitud narrado en el Antiguo Testamento, se honra la actual libertad.

c) Ideológica: La etapa nacional socialista alemana significó que un grupo élite estableciera cuáles eran las concepciones válidas, basándose en un derecho natural de la raza aria a ser la predominante y con camino franco a considerar inferiores a otras razas, y a ser susceptibles de depuración. En la revista *Creer y combatir*³, se asentó que la evolución o decaimiento de la Humanidad depende de la pureza y fuerza de las razas creadoras de civilización, atribuyéndole tal carácter a la raza nórdica; sin embargo, tal aseveración no se encuentra fundamentada con información biológica o histórica, pues basta con ver las decoraciones de las tumbas egipcias, para darse cuenta que los arquitectos de la gran pirámide y de la esfinge no eran humanos de tez blanca, cabello rubio y ojos azules. También es posible debatir el prejuicio racial en comento, al exponer

³ THIBAUT, E.: *La Orden...*, cit., p. 110.

los logros astronómicos de la civilización maya, pues las sociedades que hemos mencionado dejaron registros que, a su vez, son datos comprobables y que acreditan que es falsa la superioridad de una raza determinada.

La tríada de situaciones que arriba se enlistan desatan la aparición de arquetipos. Se escucha la palabra *esclavo* e imaginamos la escena con el capataz levantando el látigo en contra de un hombre arrodillado. Como congregación social, le hemos otorgado valor al ser humano *per se*, nos hemos otorgado nuestros propios parámetros. Los hombres son quienes deciden cuáles serán los derechos humanos; se le da valor a la vida, a la dignidad, a la libertad y se intentan proteger dichas prerrogativas. Lo anterior es así por nuestra historia y creencias; somos el resultado de nuestros propios horrores como el Holocausto y de los descubrimientos de beneficio colectivo.

La persona, por el sólo hecho de ser humano, tiene derechos, y los tiene porque el conjunto social así lo ha decidido.

IV. La voluntad de poder

Los asentamientos humanos necesitaban de reglas para proporcionar seguridad a sus integrantes, mediante el respeto recíproco entre los intereses particulares y los de las autoridades para con los individuos. De ahí que se tenga por objeto alcanzar el bien común, derivándose la justicia, la cual es definida como:

Disposición de la voluntad del hombre dirigida al reconocimiento de lo que a cada cual es debido o le corresponde según el criterio inspirador del sistema de normas establecido para asegurar la pacífica convivencia dentro de un grupo social más o menos amplio.⁴

⁴ DE PINA R., DE PINA VARA RAFAEL: *Diccionario de Derecho*, cit., p. 344.

Como vemos, la justicia proviene de la volición humana y, en consecuencia, es un valor creado por el humano. *Dar a cada cual lo que le corresponde* depende del criterio inspirador y es aquí donde se abren innumerables puertas para establecer con claridad cuáles son las características de dicho criterio.

Al acudir a fuentes históricas, podemos observar que el criterio inspirador proviene de las exigencias de los grupos sociales, en cuanto a su reconocimiento de derechos y a la satisfacción de necesidades. Para acreditar este punto consideramos que, con base en la solución final decidida por la jerarquía nazi, y ante la documentación de los homicidios de judíos, gitanos y opositores al régimen, los países que intervinieron en la última gran guerra crearon instrumentos internacionales para la defensa de los derechos humanos.

En el siglo XX, los teutones se lanzaron a los campos de batalla, mientras que, en otro tipo de campos, la modificación de los valores se traducía en la muerte de civiles. Al finalizar el segundo enfrentamiento bélico que envolvió al orbe y los juicios de Nuremberg, la naciente Organización de las Naciones Unidas emite la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y el criterio inspirador de tal declaración fue la dignidad humana.

Se ha de tomar en cuenta que *la dignidad inherente a los seres humanos es frecuentemente invocada, pero sin ahondar en su posible significado, parece asumirse que hay una única comprensión de la dignidad así invocada*⁵. Lo anterior permite al obrero del Derecho aplicar los principios y valores que estime adecuados al caso en concreto

En nuestro país, podemos decir que el criterio inspirador en las materias agraria y laboral es el de

⁵ LEFRANC WEEGAN, F. C.: *Holocausto y dignidad*, cit., p. 215.

justicia social, para así favorecer al que menos tiene. En caso de los menores de edad, el criterio inspirador es el *interés superior del niño*. No debemos pasar por alto que tales principios se encuentran en cuerpos normativos de aplicación positiva en nuestro medio jurídico, ya sea la Ley Federal del Trabajo, la Ley Agraria o la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Tanto la *justicia social* como el *interés superior del niño*, adquirieron aplicación y respeto hasta que fueron positivizados, pues, de no haberse hecho lo anterior, su aplicación se tornaría difícil; por ello, se reitera que el ser humano es quien les da autenticidad y los torna en aceptables.

Mónica González Contró expone la dificultad de aplicar el principio del *interés superior del niño* a situaciones concretas porque *se relaciona con la influencia de la cultura sobre los valores de una sociedad y la consecuente interpretación de los intereses del individuo y en especial del niño. De tal manera en que se entiende el interés del menor en contextos distintos puede provocar el choque entre ciertos derechos y los valores de alguna comunidad.*⁶

González Contró⁷, a manera de ejemplo, cita la *circuncisión femenina*, la que a manera de costumbre debe realizarse para que la niña, al convertirse en adulta, contraiga matrimonio con un varón de su comunidad, no obstante que someterla a la circuncisión pueda considerar adverso a su integridad física. Es aquí donde hay dos intereses en pugna: la integridad física y el contraer nupcias; entonces esta situación nos lleva a la pregunta ¿Cuál es el interés superior de la niña? El Derecho no va a ayudar a obtener una respuesta, pues se ha de acudir a la moral del grupo al que pertenezca la menor para emitir el fallo.

⁶ *Derechos humanos...*, cit., pp. 407 y 408.

⁷ *Ídem.*

V. La gaya ciencia

Al crearse la norma jurídica, queda separada totalmente del legislador, adquiere vigencia propia, se torna en manifestación cultural. Es verdad que el legislador tenía en mente un fin determinado, aplicable y útil en la época en que se emite la regla. La eficacia de la ley es susceptible de extenderse en el tiempo cuando la situación que regula sigue materializándose en la colectividad, el que haya cumplido o no el objetivo que la generó deja de ser el punto primordial.

Habrá originalistas quienes atiendan a los apuntes del constituyente, a la biografía, a todas las fuentes de información que les ayude a aproximarse a la *intención original* y, reiteramos, aproximarse, porque estimamos imposible conocer la verdadera finalidad del creador de la norma. ¿Cómo estar seguro del significado que le atribuían a la palabra libertad? ¿Para quiénes era aplicable la palabra libertad? ¿Qué límites tenía? El arquetipo del hombre libre ha cambiado con los siglos y con las ideologías imperantes; de ahí que no exista certeza en cuanto al aspecto subjetivo de quienes intervinieron en el nacimiento de la Constitución.

Otra pregunta aparece: ¿Cómo estar seguros de que lo ideado por el constituyente es el resultado histórico que conocemos? Y de nueva cuenta nos enfrentamos a la interpretación, con la cual se intentan eslabonar los hechos y así ligar a una idea con el resultado.

Veamos, por ejemplo, a la Constitución de los Estados Unidos de América⁸, en cuyo preámbulo se dice que las personas son quienes crean la Constitución y que uno de los objetivos es preservar las bendiciones de la libertad. Cuando se redactó la Declaración de Independencia, se

⁸ Great American Documents, cit., p. 45.

estableció que todos los hombres son creados iguales y, aun así, continuaba existiendo la esclavitud. Aquí los hechos históricos, nos diría un originalista, demuestran que la intención del constituyente era que solamente los inmigrantes y descendientes de los pioneros son hombres libres, dejando a los de raza de color y a los habitantes nativos en otra categoría. Fue necesaria una guerra de secesión para lograr la décimo tercera enmienda referente a la abolición de la esclavitud.

La orden ejecutiva 10730⁹ expedida por el presidente Dwight David Eisenhower, tenía como finalidad asegurar que nueve estudiantes de raza negra pudieran integrarse a la Central High School de Little Rock, Arkansas, ya que, en 1954, la Suprema Corte de Justicia, en el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, declaró que la segregación escolar, manifestada a través de instalaciones educativas exclusivas para estudiantes de raza blanca y otras para estudiantes de raza negra, era inequitativa y por lo tanto inconstitucional.

Sin embargo, la libertad para con la gente de color siguió estando restringida y, hasta un siglo después de la emancipación, fue demostrado que las grandes bóvedas de oportunidades no estaban vacías, ni vedadas con base en la raza. La *nota promisoria* de la Constitución y de la Declaración de Independencia, ahora tenían como destinatarios a todos los estadounidenses.

Se necesitaron 187 años para cambiar el significado de *libertad* y definir sus alcances de la actualidad. La exigencia emanada de la lucha por los derechos civiles generó una nueva interpretación del contenido de los documentos básicos americanos; no estimamos que dicho resultado se haya derivado de una lectura moral,

⁹ *Idem*, pp. 201 y 202.

sino de las necesidades de la sociedad, ya que la moral imperante era contraria a la igualdad de derechos. Y es aquí donde se aprecia la interpretación evolutiva¹⁰ de la Constitución.

De ahí que la interpretación evolutiva conlleve que el sentido de las palabras e imágenes varía por el simple transcurso del tiempo. El significado original queda en segundo plano, debido a los cambios en la ideología y costumbres de un determinado grupo social.

VI. Aurora

El jurista –y lo decimos así porque ya no queremos limitarnos a la figura de El Juez– no requiere ser Fausto, ni vivir lo que Werther y, así, poder internarse en el área de penumbra hartiana¹¹ o elegir una de varias posibilidades de aplicación.

Quien debe trabajar con el Derecho se encuentra con zonas en las cuales no hay ley, el jurista no tiene los materiales para continuar el avance, sabe que debe llegar a su meta y, en ocasiones, debe hacer su propio camino.

La normatividad como creación humana es imperfecta, se basa en el lenguaje que es susceptible de transformación y queda a expensas de quien la use. La motivación es el punto medular, pues consiste en explicar y sustentar las razones que condujeron a la conclusión. Se exponen los razonamientos a manera de eslabones y se da la causa de su presencia en la cadena que une la causa con el resultado. La motivación es lo que le otorga aceptación al argumento¹².

¹⁰ GUASTINI, R.: *Estudios Sobre la...*, cit., p. 51.

¹¹ ROJAS AMANDI, V. M.: *Filosofía del Derecho*, cit., p. 320.

¹² Derivado de Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación Jurídica...* p. 164.

Veamos un uso práctico de la interpretación:

En el derecho mexicano, las infracciones, también llamadas contravenciones o faltas, son determinadas y sancionadas por la autoridad administrativa. Las infracciones administrativas consisten en hechos o conductas exteriores del agente infractor, que son contrarias a los preceptos normativos.

Ahora bien, la comisión de las infracciones no debe analizarse exclusivamente con lo dispuesto en las leyes administrativas, de ahí que, como su consecuencia es la punición, ante la falta de claridad, se acude a la materia penal, que es en donde mejor se ha perfilado la adecuación de lo acontecido en el mundo fáctico con la hipótesis legal.

De manera analógica, se invoca a la norma penalista para cubrir las lagunas de la materia administrativa y, así, imponer, con la adecuada motivación, la sanción que corresponda o, por otro lado, demostrar que no se materializó la hipótesis de la infracción.

En un principio, esto nos puede parecer que el Derecho Penal aporta la luz para disipar las penumbbras del Derecho Administrativo, empero, como veremos más adelante, la integración de ambas materias tiene mayor semejanza con la tendencia de Kelsen¹³, consistente en elegir una alternativa de interpretación.

Para delimitar el tema, citamos el principio de tipicidad¹⁴, que se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; supone en todo caso la presencia de una descripción

¹³ Kelsen, Hans, Teoría General de las Normas, p. 223.

¹⁴ Tesis: II.2o.P.187 P., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 1879.

legislativa de las conductas ilícitas, la que debe gozar de claridad y univocidad para que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma.

Ahora bien, toda vez que el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y, dada la unidad de ésta, en la interpretación constitucional de los principios del Derecho Administrativo sancionador debe acudirse al aducido principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas; de modo tal que, si cierta disposición administrativa prevé una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar ésta por analogía o por mayoría de razón¹⁵.

La *penumbra de duda* de Herbert Lionel Adolphus Hart¹⁶, emulando a Kalaf, debe ser disipada cuando el litigio verse sobre garantías individuales, atendiendo a lo que sea más benéfico al afectado.

La interpretación basada en el principio *pro homine*, bajo nuestra óptica, permite al *obrero del derecho* tener mayor libertad para usar el material existente e invocar doctrina como sustento. La interpretación de la norma se amplía, teniendo como límites los demás derechos constitucionales, en aras de la conservación de la dignidad humana.

¹⁵ Tesis: P./J. 100/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, tomo XXIV, Agosto de 2006, p. 1667.

¹⁶ ROJAS AMANDI, V. M.: *Op cit.*, pp. 319 y 320.

VII. ***Ecce Homo***

El obrero del Derecho en el desempeño de su labor, necesariamente se enfrenta a la situación en la que debe usar la moral como complemento de la ley, pues si esta última está incompleta, o es obscura, se ha de recurrir a la interpretación, la que conlleva a que se tengan que utilizar datos de origen moral, pues para el obrero resulta sumamente difícil hacer de lado su bagaje cultural y personal.

Coincidimos con Andrés Ollero quien manifestó: *En lo que a mí respecta, no me produce ningún sofoco admitir que sólo es derecho el derecho positivo*¹⁷. La división entre moral y Derecho es clara, inclusive Couture en sus mandamientos del abogado dice que nuestro deber consiste en tender al Derecho; pero el día que encontramos en conflicto el Derecho con la justicia, se ha de luchar por la segunda.

La ley debe servir de herramienta para la consecución de un resultado justo. Empero, cuando el obrero del Derecho se enfrenta a la ejecución de la obra, y sus herramientas son insuficientes para terminarla, debe materializar su objetivo con los medios que tenga, ya sean jurídicos o morales.

No ha de perderse de vista que, en ocasiones, la propia ley establece condicionantes para que la moral sea utilizada, y citamos como ejemplo el artículo 150 de la Ley de Amparo:

Artículo 150.- En el juicio de amparo es admisible toda clase de pruebas, excepto la de posiciones y las que fueren contra la moral o contra derecho.

Dicho precepto condiciona la admisión de las probanzas que se ofrecen dentro del juicio de garantías.

¹⁷ *Derechos Humanos...*, cit., p. 325.

Aunque los medios de convicción deben ser relativos a la controversia y tendientes a acreditar la pretensión de su oferente, se considera que, para determinar si están o no en contra de la moral, hay que atender a las circunstancias particulares del caso.

Más adelante en la misma Ley de Amparo se lee:

Artículo 200.- Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, si la procedencia de la suspensión fuere notoria y el juez de Distrito que conozca del incidente no la concediere por negligencia o por motivos inmorales, y no por simple error de opinión, se impondrá la sanción que fija el Código Penal aplicable en materia federal para los delitos cometidos contra la administración de justicia.

La procedencia de la sanción al juzgador se hace depender de *motivos inmorales*, aunque tal actuación es difícil de acreditar, ya que la motivación puede ser sustentada con argumentos jurídicos que no permitan apreciar la inmoralidad del resolutor, aunada a su carácter subjetivo.

De tomar la figura nietzschiana del *übermesch*¹⁸, visualizariamos el abismo, la cuerda tendida sobre el mismo y que une a los dos orillas. Dicho cordel representa al hombre, el cual es considerado como el estado intermedio entre el animal y el siguiente estadio que es el superhombre, y este último, ya despojado de la moral, podría crear las leyes y vigilar su aplicación.

El común de las personas confunde la justicia con el Derecho, las toma como sinónimos, y expresan acorde a su moral qué es lo que conceptúan como justo. Habrá quienes pretendan convertir su moral en ley y, de lograrlo,

¹⁸ Palabra de origen alemán que ha sido traducida como: superhombre. Alude a un ser que está en un nivel aventajado e inmediato con relación al hombre normal.

caeríamos en la intolerancia o en la tiranía. Las reglas deben acompañar a la gente y cambiar junto con los tiempos.

Las reglas son como los sillares, es la materia con la que se debe trabajar, pero de no desbastarlos, no serán piedras aptas para la construcción. Por eso, las leyes deben ser interpretadas, para así darles la forma adecuada y colocarlas en el edificio y, así, no se dejarán huecos que comprometan la estabilidad de la estructura. La forma de hacerlo es a través de la aplicación de los valores, para adecuar la ley a la realidad social y, en el mejor de los casos, se emitirán decisiones que sean aceptables, acorde a las reglas y a los valores vigentes.

La ley ha de ser obedecida, independientemente de su aceptación por parte de los gobernados. La moral trae consigo el bagaje cultural de las personas, y el juez debe ser imparcial, pero sus antecedentes van a influir en la decisión. Al final de la jornada, el obrero del Derecho podrá expresar:

- Yo no soy ese superhombre, sólo soy un hombre, que debe tomar decisiones... sí, tomarlas, y vivir con ellas.

Conclusiones

PRIMERA.- La moral y el Derecho conviven, aquélla como fuente del segundo, como herramienta de integración e interpretación, en el entendido que, acorde a la evolución de las civilizaciones, las normas legales pueden ser adaptadas a la realidad, usando como base las reglas morales.

SEGUNDA.- El Derecho puede ser usado para cuidar de la moral o para evitar la imposición de ideas, la sumisión de voluntades y la imposición de sanciones por no acatar un determinado sistema de reglas moralistas.

TERCERA.- El ser humano es quien decide qué valores son los que se protegerán y, mediante la interpretación, fijará los alcances de los conceptos y de su defensa.

Bibliografía

- ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de Filosofía*. Galletti, Alfredo N., traductor, Fondo de Cultura Económica, segunda edición revisada y aumentada, México, 2003, pp. 1180.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto: *Ley de Amparo Comentada*. Ediciones Jurídicas Alma, tercera edición, México, 2002, p. 857.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México Editorial Porrúa, décimo séptima edición, México, 2003, pp. 468.
- *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*, dos volúmenes. Editorial Espasa Calpe, vigésimo segunda edición, España, 2001, pp. 2368.
- *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuatro volúmenes. Editorial Porrúa, Edición Histórica, México, 2004, pp. 3923.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto: *Argumentación Jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y el juez*. Editorial Porrúa, primera edición, México, 2008, pp. 226.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica: *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México, 2008, pp. 551.

- *Great American Documents*. Editorial Quercus, primera edición, China, 2007, pp. 255.
- GUASTINI, Ricardo: *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*. Gascón, Marina, Carbonell, Miguel, traductores, Editorial Porrúa, octava edición, México, 2008, pp. 158.
- HANSEN, Drew D.: *The Dream*. Editorial Harper Collins, primera edición, Estados Unidos de América, 2003, pp. 293.
- KELSEN, Hans: *Teoría General de las Normas*. Editorial Trillas, primera edición, México, 1994, pp. 392.
- LEFRANC WEEGAN, Federico César: *Holocausto y dignidad*. Ubijus, primera edición, México, 2009, pp. 256.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm: *Así habló Zaratustra*. Sánchez Pascual, Andrés, traductor, Alianza Editorial, undécima reimpresión, España, 2008, pp. 498.
- _____, *Fragmentos Póstumos (1882-1885) volumen III*. Sánchez Meca, Diego, Conill, Jesús, traductores, Tecnos, primera edición, España, 2010, pp. 898.
- OLLERO, Andrés: *Derechos Humanos, entre la moral y el derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México, 2007, pp. 348.
- DE PINA Rafael, De Pina Vara Rafael: *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, vigésimo cuarta edición, México, 1997. pp. 525.
- RAHAIM MANRÍQUEZ, Salomón: *Compendio de filosofía*. Edición del autor, cuarta edición corregida, México, 1985, pp.707.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel: *Filosofía del Derecho*. Editorial Oxford, segunda edición, México, pp. 413.

- THIBAUT, *Edwige: La Orden SS, ética e ideología*. Editorial Solar, primera edición, Argentina, 2001, pp. 480.
- TRON PETIT, *Jean Claude: Material de Taller Análisis de Sentencias y Argumentación Jurídica*, Universidad Iberoamericana Plantel Laguna, edición única, México, 2007, pp. 145.

Fuentes Informáticas

- DVD-ROM *IUS 2009*. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Novena Época hasta Diciembre de 2009. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis.
- <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/>
- <http://www.scjn.gob.mx>

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Ley de Amparo

Sistema penal y transición a la democracia en México II: la expansión judicial del Derecho Penal*

*Alejandro González Gómez***

RESUMEN: La democratización del sistema penal no es una tarea sencilla y en ese camino de encuentros y desencuentros surgen aspectos o fenómenos dignos de ser comentados. El presente estudio, partiendo del intrincado proceso que ha supuesto la transición democrática en México, expone algunas de las razones que han influido decididamente en las reformas al sistema penal y de seguridad pública. A ello alude, concretamente, cuando se hace referencia a la expansión-endurecimiento de la reacción punitiva, así como al alcance que en los últimos tres lustros han adquirido distintos criterios jurisprudenciales, siendo éste un factor que –paradójicamente– ha contribuido al creciente fenómeno de la *expansión* del derecho penal.

Dicha tendencia encuentra manifestaciones y constataciones básicas mediante el análisis de tres tesis jurisprudenciales. El primer criterio que se expone gira en torno a la jurisprudencia

* Publicado en *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 333-369.

** Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán. Profesor e investigador titular “C” de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

por contradicción emitida por la Primera Sala de SCJN, referente a la negativa de la libertad provisional bajo caución, cuando la causa penal se siga por la comisión en grado de tentativa, de un delito calificado como grave. La segunda tesis se adentra en la controversia suscitada entre los tribunales colegiados del vigésimo primer circuito y en el criterio por contradicción emitido por la Primera Sala, en donde se advierte un efecto expansivo re(pro)ductor de la disminución judicial de derechos fundamentales, proyectado en la adopción que conforme a la obligatoriedad de la jurisprudencia por contradicción, deberán de efectuar los tribunales al instante de pronunciarse sobre la llamada situación jurídica del imputado.

El último criterio jurisprudencial incide en la prohibición del artículo 22 constitucional, relativa a la exclusión de penas inusitadas y trascendentales, a propósito de una acción de inconstitucionalidad promovida por un grupo de legisladores de Chihuahua, frente a una reforma al Código penal local; circunstancia que converge con el procedimiento adyacente de auto-revisión que ya había constituido la SCJN, que establecía la incompatibilidad de la pena vitalicia con el texto constitucional.

SUMARIO: Introducción. I. El principio de legalidad penal bajo ataque y la insostenible restricción de la prisión preventiva para las tentativas de delitos graves. II. Al límite de las garantías: el (des)amparo judicial y la Constitución federal como tope máximo

–techo– de los derechos fundamentales. III. La hora del garrote o el advenimiento del estado autoritario judicialmente legitimado: la constitucionalización de la prisión vitalicia. IV. Breve excursión para Enrique Gimbernat. V. Bibliografía.

Introducción

La alternancia en el poder en la elección presidencial del 2000 significó, en el largo proceso de transición a la democracia mexicana, un punto de inflexión por demás significativo que, para muchos, auguraba el inicio del fin del proceso mismo. Pese a las voces discordantes o, cuando menos, escépticas al respecto¹, la sociedad en su conjunto asistió complacida y expectante a esta nueva etapa de vida pública en México.

En concreto, para el ámbito penal la alternancia presuponía, entre otras cosas, un impulso definitivo para la democratización del sistema penal, a partir de una gran reforma que, *en y desde* la misma Constitución, sentará las bases para la incorporación de los principios rectores de un Derecho Penal propio de un Estado constitucional de Derecho.

No obstante lo anterior, la parálisis legislativa que caracterizó el sexenio encabezado por Vicente Fox impidió, a la postre, la aprobación de las llamadas reformas estructurales, entre ellas la reforma al sistema penal y de seguridad pública². Paralelamente, la –también– acelerada trasformación de una sociedad, otrora considerada únicamente de tránsito, a una de consumo

¹ Así, por ejemplo, RIDING, A.: *¿Cambiará México...* cit., *passim*.

² Sobre los principios, inicialmente alentadores y sus –también– evidentes inconsistencias de esta iniciativa, vid. GONZÁLEZ GÓMEZ, A.: “Reforma...” cit., pp. 179-185.

de drogas, así como la irrupción de una delincuencia organizada cada vez con mayor capacidad operativa –dentro y fuera del país– y cada día más violenta, abonó el camino para que una vez más y ante la incapacidad de las autoridades para contener ambos fenómenos, se echará mano –en primer término– del último recurso, expandiendo³ y, al mismo tiempo, endureciendo en sede legislativa la reacción penal. Aunado a esto, la fuerte presión que para los derechos y libertades fundamentales supuso globalmente el 11 de septiembre de 2001 y la subsecuente llamada guerra contra el terror, tuvo, localmente, una fuerte resonancia para fortalecer el ya conocido, pero ante las nuevas realidades *ad extra*, internamente revigorizado discurso guerrero contra el nuevo enemigo local: el narcotráfico^{4, 5}.

³ Sobre este fenómeno, característico del Derecho Penal de nuestros días, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión...* cit., *passim*.

⁴ Así, en el pasado reciente, “cruzada nacional contra la delincuencia”, “lucha contra la delincuencia organizada” o, ahora, simplemente “guerra contra el narco”.

⁵ La actual administración federal, emanada de las controvertidas y cerradas elecciones de 2006, ha adoptado, a modo de carta de presentación y presumiblemente como sello auto-distintivo por la militarización de la política, particularmente –pero no tan sólo– de la criminal. De esta forma, con una amplia movilización de tropas a lo largo del país, el ejército ha asumido, materialmente, las funciones de seguridad pública que constitucionalmente le están vedadas. De esta forma, se ha pasado del discurso político criminal simbólico de corte guerrero, a acciones militares concretas de guerra (retenes, cateos, tomas o control de poblaciones enteras, con desplazamiento de las autoridades civiles [Carácuaro, Michoacán 02-05-2007], uso de armamento pesado en enfrentamientos contra presuntos delincuentes en centros urbanos [Apatzingán, Michoacán, 07-05-2007], aseguramiento y desarme de cuerpos policiacos enteros), cuenta ya con bajas de ambos lados, militares y presuntos narcotraficantes; e, incluso, como en toda guerra que se precie a si misma como tal, con “daños colaterales”: una familia acribillada por el ejército en Sinaloa (01-06-2007), al salirle al paso un grupo de veinte militares que abrieron fuego indiscriminado contra la camioneta que conducía Adán Esparza Parra, con resultado de cinco muertos, tres de ellos niños, más dos heridos. Otra más, Héctor Adrián

En este contexto, de expansión-endurecimiento de la reacción penal y, al mismo tiempo, de sensible reducción de los derechos fundamentales y libertades, la función de los tribunales, particularmente de las cortes supremas⁶, cobra, de cara a su protección, especial relevancia. En México, sin embargo, al respecto y con relación a los criterios jurisprudenciales de mayor relevancia y alcance, para el grueso de la población, existe un déficit considerable. Más aún, si se toma en cuenta las peculiares características de obligatoriedad *ex lege*, de jurisprudencia emanada de los tribunales federales⁷, tal función, por excelencia contenedora de violaciones a los derechos fundamentales y sustantivamente reivindicadora de su vigencia e indemnidad, paradójicamente ha abierto la puerta para la expansión judicial del Derecho Penal.

El objeto de este trabajo es analizar *ad exemplum* tres tesis jurisprudenciales que ponen de manifiesto esta tendencia. Inicialmente, y para una mayor comprensión del impacto que la jurisprudencia de los tribunales federales tiene en México, conviene destacar que a éstos corresponde, exclusivamente, la emisión de los criterios que, bien por reiteración o por contradicción, son obligatorios para todos los tribunales del país.

Salazar Hernández, muerto en Tamaulipas (03-06-2007), cuando el vehículo en que viajaba no alcanzó a hacer alto en un retén (cfr., respecto a ambos, “La matanza...” cit.). Un “civil” más, Armando González, gravemente herido en un enfrentamiento entre el ejército y presuntos narcotraficantes en una plaza de Montemorelos, Nuevo León (10-06-2007 <http://www.eluniversal.com.mx/notas/430324.html>). Los resultados de estas acciones, amén de que están por verse y evaluarse, desbordarian, y por mucho, el objetivo de este trabajo... pero las víctimas, inocentes, cuentan ya. Sobre los antecedentes de la militarización en el sexenio de Fox, *vid.* ARTZ, S.: “The militarization...” cit., pp. 153-174.

⁶ Cfr. GARZÓN VALDEZ, E.: “El papel...” cit., pp. 2 y ss.

⁷ Vid. los artículos 192-196, de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución.

I. El principio de legalidad penal bajo ataque y la insostenible restricción de la prisión preventiva para las tentativas de delitos graves

El primer criterio que, por sus efectos expansivos del *ius puniendi*, analizaré es la jurisprudencia por contradicción emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), identificada con el rubro “Libertad provisional bajo caución. Es procedente negarla cuando la causa penal se siga por la comisión, en grado de tentativa, de un delito calificado como grave por la ley (Legislación del Estado de Baja California)”⁸.

I.1. Antecedentes

El origen de esta jurisprudencia que, por su proceso de conformación –al resolver la contradicción entre dos criterios diversos sostenidos por dos tribunales colegiados– es obligatoria, tiene su antecedente en la modificación constitucional del sistema o régimen para acceder al “beneficio” de la libertad provisional bajo caución, que excluye la prisión preventiva. En la reforma de 1993⁹, el régimen constitucional de la prisión preventiva fue modificado para procurar que en el sistema penal mexicano fuese una realidad la excepcionalidad de la prisión preventiva¹⁰. Para ello, la Constitución delineó un sistema que, pretendidamente, contendría el exagerado y tradicional (ab)uso de la prisión preventiva en México¹¹, precisando

⁸ Registro base de datos *IUS* 189,667.

⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de 03-09-1993.

¹⁰ Así, expresamente establecido en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: ...*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general....* En vigor internacional: 23 de marzo de 1976. Vinculación de México: 23 de marzo de 1981 (adhesión). Aprobación del Senado: 18 de diciembre de 1980, decreto publicado en DOF de 9 de enero de 1981. Publicación en DOF: 20 de mayo de 1981 (promulgación).

¹¹ Sobre el (enésimo) fracaso de estas medidas, *vid.* ZEPEDA LEUCONA, G.: *Los mitos...* cit. Disponible en: www.justiceinitiative.org/db/resource2/fs/?file_id=15627.

que sólo procedería en los casos en que, la legislación secundaria, calificará como grave el delito imputado¹². En caso contrario, es decir, que el ilícito imputado no estuviese catalogado como tal, procedería la libertad provisional bajo caución, salvo en supuestos excepcionales¹³.

Una vez que el nuevo sistema entró en vigor, los ordenamientos estatales y federal, procedieron a elaborar, en el código adjetivo correspondiente, la relación de delitos graves, que bien podría denominarse, desde una perspectiva negativa *catálogo marginal o excluyente del derecho fundamental a la libertad provisional* o, desde una óptica positiva, *catálogo condicionante o determinante de prisión preventiva*.

En concreto, la legislación de Baja California precisó, en su artículo 123 del Código de Procedimientos Penales, los ilícitos considerados como graves para los efectos de prisión preventiva, sin considerar o incluir en él referencia alguna a la tentativa.

En este contexto, dos tribunales colegiados de circuito se pronunciaron al respecto, en sentido inverso: uno, argumentando que dado que la tentativa de homicidio no está prevista expresamente, en el artículo 123 del ordenamiento aludido y que en materia penal no es posible la aplicación analógica en perjuicio del reo, es procedente conceder al imputado la libertad provisional bajo caución; otro, por el contrario, precisó que tal derecho debe negarse en caso de una tentativa, puesto que tal precepto, que clasifica a los delitos graves, no excluye en forma alguna el grado de tentativa a que se lleve en la ejecución de los mismos y, por ello, no es válido sostener que la enumeración legal sólo se refiera a los delitos consumados.

¹² Cfr. art. 20, fracción I, Constitución federal.

¹³ Art. 20, fracción I, *in fine*.

I.2. El contenido de la tesis

El texto –síntesis– de la tesis que emana de la contradicción aludida¹⁴, se construye a partir de tres afirmaciones: a) la tentativa no integra por sí misma un ilícito al que corresponda un específico tipo penal, b) la tentativa implica la ejecución de un delito que se detiene en un punto del *iter criminis* antes de alcanzar su plena consumación, que no se logra por causa ajenas a su voluntad y c) en el delito tentado es manifiesta la ejecución dolosa de los actos tendientes a su consumación.

Las razones para fundamentar las tesis (dentro de la tesis) son: a) la actuación típicamente antijurídica del activo y el inminente peligro en que se pone al bien jurídico... son manifestaciones inequívocas de la gravedad del agente y de la peligrosidad para la sociedad.

Finalmente, la conclusión que de ello se deduce es: que si el tipo penal de que se trate es calificado como grave por la ley, dicha calificativa debe extenderse, por igualdad de razón, a su tentativa, pues la acción de quien intenta pero no consuma es tan reprobable como la acción consumada.

I.3. Los argumentos

En el fallo o ejecutoria, después de constatar los requisitos para la existencia de una contradicción, la Primera Sala construye, a partir de la misma, un nuevo criterio con carácter de jurisprudencia obligatoria, estructurado de la siguiente manera: a) normas involucradas y b) análisis de la naturaleza de la tentativa¹⁵.

¹⁴ Registro base de datos *IUS* 189,667.

¹⁵ Cfr. ejecutoria base de datos *IUS*, registro 7146, considerado séptimo. En lo sucesivo, citada por considerado y párrafo, con numeración propia por cada línea de texto independiente, excepto en el que corresponde a los datos de identificación de tesis (p. ej., “Sexta Época, Instancia, Fuente, Volumen, Página”), que se toman las cinco líneas como un solo párrafo.

Desde un principio, la Primera Sala delimita –exclusivamente– el problema a estudio a la naturaleza de tentativa, en los términos que ella misma deduce que ha quedado planteada la divergencia en los fallos de los tribunales colegiados; esto es, si la tentativa constituye un delito autónomo o, si bien, la tentativa no es una entidad independiente, sino un grado de ejecución específico del delito.

Posteriormente, en un intento por clarificar los contornos de la discusión, acude a una interpretación gramatical del vocablo *tentativa*¹⁶, el concepto propuesto por un destacado penalista¹⁷ y diversos precedentes de la propia sala, así como la descripción legal de la tentativa en el Código Penal de Baja California¹⁸.

Sentado lo anterior viene, propiamente, la enunciación de la tesis que *en criterio de esta Primera Sala* es procedente negar al inculpado la libertad provisional bajo caución cuando se le siga proceso por la comisión en grado de tentativa de un delito considerado como grave por la ley¹⁹.

La razón que, esencialmente, aduce para sostener el criterio es que la tentativa no es un ilícito en sí mismo, al que corresponda un específico y particular tipo penal, sino un grado de comisión de un delito, éste sí autónomo, cuya consumación no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente²⁰.

Posteriormente, siguiendo también la opinión de otro reconocido penalista sobre la tentativa²¹, vienen el

¹⁶ Considerando séptimo, párrafo 33.

¹⁷ Jiménez de Asúa (considerando séptimo, párrafos 35-36), remitiendo, no como era de esperarse a su monumental tratado, sino a una obra compilada (*Lecciones de derecho penal*, Harla, México).

¹⁸ Considerando séptimo, párrafos 37-52.

¹⁹ Considerando séptimo, párrafo 53.

²⁰ Considerando séptimo, párrafo 54.

²¹ JIMÉNEZ HUERTA (*Derecho penal mexicano*, t. I, Porrúa, México [considerando séptimo, párrafos 75-76]).

resto de los argumentos, siempre vinculados a la idea que –se supone– da sustento a la tesis: la tentativa no es un delito independiente o autónomo, sino una extensión del tipo.

De igual forma, hay un intento, acaso esbozo sobre –ahora sí– la naturaleza de la punibilidad de la tentativa, aludiendo, o más bien entremezclando, aspectos de la teoría objetiva y subjetiva, con otros precedentes jurisprudenciales, para concluir que, en virtud de la *naturaleza* de la tentativa, que no constituye un delito autónomo, resulta obvio que el catálogo de delitos graves no tiene porqué señalar expresamente como grave la tentativa del delito; y por ende, la calificativa de un delito grave debe extenderse, por identidad de razón a su tentativa y declarar improcedente el otorgamiento del beneficio de la libertad provisional²².

I.4. Las inconsistencias

Lo primero que llama la atención es la simplificación, rayana en la simpleza, con que la Primera Sala aborda el problema planteado, expresa e implícitamente, en los criterios divergentes. Más aún, es notoria la absoluta desvinculación de la resolución con los presupuestos constitucionales que regulan el derecho fundamental, que no beneficio como tradicionalmente sigue denominándosele a la libertad provisional bajo caución.

De esta forma, la llana determinación de la *naturaleza* sobre la añeja discusión –que actualmente se antoja bizantina– sobre su autonomía o independencia, aderezada con el análisis parcial, sesgado y descontextualizado de los precedentes invocados y doctrina citada, la Primera Sala al proponer su criterio, formalmente vinculante,

²² Considerando séptimo, párrafos 77-78.

corta(ó)²³ de tajo el derecho de toda persona a acceder a la libertad provisional en el supuesto de que se le impute una tentativa de un delito calificado como grave, con argumentos que no sólo no son convincentes, sino a costa de otros principios del proceso penal, constitucionalmente reconocidos para todos los ciudadanos.

I.5. De espaldadas a la Constitución

En primer término, la Primera Sala elude el análisis de los presupuestos constitucionales para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, limitándose a reiterar su contenido literal y hacer un esbozo sobre la finalidad de la prisión preventiva²⁴. Amén de lo anterior, también ignora –olímpicamente– el origen y fundamento de la reforma constitucional que implementó el sistema (pre)clasificatorio binario delito grave-delito no grave, para –respectivamente– determinar o excluir la prisión preventiva.

De hecho, el estudio de tales presupuestos, vinculado al contenido de la exposición de motivos de la reforma constitucional, hubiese condicionado, necesariamente, no sólo una fundamentación diversa, sino también una conclusión incompatible con la que formula la Primera Sala.

En efecto, el sistema binario de la prisión preventiva, constitucionalmente parte del supuesto de que la libertad

²³ Con posterioridad, las legislaturas estatales procedieron –siguiendo el criterio establecido por la SCJN– a establecer, expresamente, la improcedencia de la libertad provisional bajo caución para los supuestos de tentativas de delitos graves. Así, p. ej., en Michoacán, *cfr.* reforma de 06-07-2004.

²⁴ De acuerdo con la Primera Sala, la prisión preventiva tiene como objetivo mantener en prisión preventiva a una persona sobre quien recaen fundadas sospechas de que ha cometido un delito y, con ello, “conseguir la marcha regular del proceso”. No obstante, reconoce que esta medida es extrema y que sólo se justifica tratándose de delitos de suma gravedad (considerando séptimo, párrafo noveno).

provisional bajo caución debe ser la regla general y que la excepción a esa regla es la prisión preventiva; procederá únicamente para los delitos que, por su gravedad, sean (pre)calificados como graves²⁵.

Ahora bien, el único parámetro constitucionalmente fijado al legislador secundario para determinar si un hecho (delictivo) debe ser o no incorporado al catálogo de delitos graves (si es 1), es la gravedad del propio delito. Esto quiere decir que, para el Constituyente permanente la determinación de si un delito es grave o no, está exclusivamente vinculada a la gravedad del hecho –previamente tipificado– en abstracto, sin incluir para ello, referencia alguna a la persona o personas a quien eventualmente llegue a imputársele. Esto es, la gravedad a que alude el texto constitucional es la del injusto (hecho, típico y antijurídico), sin importar que el mismo sea imputado, eventualmente, a determinada persona. En caso contrario, es decir, que el delito no sea grave (si es 0), la regla general es que procede la libertad provisional; salvo que concurran, ahora sí, determinadas condiciones personales del imputado de un hecho no grave²⁶.

En este contexto normativo constitucional, la fundamentación proporcionada para ampliar a las

²⁵ De esta forma, su representación con símbolos lógicos sería: $(1=pp \wedge 0=lp) \wedge y, su excepción: [0=pp \wedge 0+(a,b,c)]$. Donde: 1:= delito grave, 0:= delito no grave, pp:= prisión provisional, lp:= libertad provisional y, a,b,c:= condiciones personales del imputado. Agradezco a mi colaborador Victor Manuel Ayala Ponce, su asistencia en este apartado.

²⁶ De acuerdo con el texto constitucional (art. 20, fracción I, *in fine*): *En los casos de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el imculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando ... aporte elementos al juez para establecer que la libertad del imculpado, representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.*

tentativas de delitos graves la prisión preventiva, aun cuando no estén incorporadas al catálogo de delitos excluyente-marginal de libertad condicional, sustentada en que la ejecución de la tentativa constituye una inequívoca manifestación de la peligrosidad del agente, que es un aspecto eminentemente de carácter subjetivo o vinculado a la persona a quien se le imputa la tentativa, es incompatible con los presupuestos que el propio texto señala para elaboración de los catálogos respectivos, puesto que toma en cuenta elementos que son ajenos a la gravedad del hecho. Este es, constitucionalmente, el único parámetro y, al mismo tiempo límite, que el legislador secundario puede tomar en cuenta para considerar un ilícito como grave. Otra cosa sucede respecto a los delitos no graves, para los que sí, el constituyente permanente claramente dejó sentadas las bases para que pueda llegar a determinarse la prisión provisional, tomando en cuenta, para ello, aspectos personales del imputado²⁷.

Por tanto, fundamentar la extensión de la prisión preventiva a las tentativas de delitos graves en la *inequívoca gravedad de la conducta*²⁸ es *constitucionalmente* incompatible con los parámetros y límites impuestos por la propia ley fundamental para determinar cuando un hecho delictivo puede ser considerado como grave.

Otro aspecto constitucional, también desdeñado en la contradicción de tesis, es el alcance –ni más pero tampoco menos– que de una de las garantías o principios derivados del principio de legalidad penal, la prohibición de analogía *in malam partem*. Más aún: la falta de interés en este aspecto, enunciado claramente en la resolución del Primer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito²⁹,

²⁷ Véase nota anterior.

²⁸ Registro base de datos *IUS* 189,667.

²⁹ *Cfr.* su criterio en base de datos *IUS* 190,746.

no sólo queda de manifiesto por la escasa, prácticamente nula referencia al tema, sino que la conclusión y todo el soporte mismo de la propia tesis (la tentativa es igualmente grave que el delito consumado), descansa –a su vez– en una insostenible, teórica y legalmente, equiparación de la tentativa con el delito consumado que, encubierta por el argumento *igualdad de razón*, en el fondo constituye la extensión de una situación prevista en la ley (prisión preventiva para delitos graves) a otra no expresamente prevista en ella (prisión preventiva para tentativa) que, por su naturaleza o efectos –restricción de un derecho fundamental– es en perjuicio del reo y, por ende, incompatible con la prohibición constitucional de analogía en materia penal³⁰.

En efecto, la equiparación legal de tentativa con el delito consumado es insostenible, puesto que en el Derecho mexicano siempre éste ha sido desvalorado con mayor intensidad que aquél. Consecuentemente, de aceptarse que el ilícito consumado y el tentado son igualmente graves [*la acción de quien intenta pero no consuma es igualmente reprobable como la acción consumada*]³¹, el legislador los hubiese consumado con la misma pena. Esto es, dicho de otra forma, la consumación es de *lege lata* más grave que la tentativa, puesto que en la primera se lesionan, a veces irreparablemente, el bien jurídico tutelado, mientras que en la segunda, sólo se pone en peligro.

³⁰ Art. 14, párrafo primero: *A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*, art. 14, párrafo tercero: *En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*.

³¹ Considerando séptimo, párrafo 87 (= en texto de la tesis registro *IUS* 189,667, *in fine*).

Teóricamente, aunque a la equiparación de la tentativa con el delito consumado se han dedicado enormes esfuerzos, particularmente desde el finalismo, la doctrina dominante no sólo propone una nítida distinción entre las consecuencias jurídicas inherentes a una y otra, sino un tratamiento estructuralmente diferenciado. Por tanto, la equiparación *fast track* que hace la tesis por contradicción de la Primera Sala, sin tan siquiera aproximarse –o cuando menos, aludir y mucho– al estado de la cuestión en la doctrina contemporánea sobre la naturaleza propiamente dicha de la tentativa, es, cuando menos y desde la perspectiva de la fundamentación, un déficit considerable que sólo puede entenderse, mas en modo alguno justificarse, como una omisión marcadamente tendenciosa para *robustecer* los argumentos del fallo.

De esta forma, y, en pocas palabras, la Constitución establece un sistema binario excluyente-condicionante de prisión preventiva atendiendo –exclusivamente– a la gravedad del hecho imputado; mientras que la tesis por contradicción, para extender la prisión preventiva a las tentativas de delitos graves, acude –desbordado el parámetro constitucional– a la gravedad de la conducta del agente, desdibujando con ello, sensiblemente, el Derecho Penal que en la propia sede constitucional ha quedado estructurado sobre el principio de hecho o acto³², incluyendo el Derecho fundamental a la libertad provisional, para abrir la puerta a un Derecho Penal de autor, inherente o característico de los estados autoritarios.

Por estas mismas razones, todavía es aún más desacertado que, como colofón y engrace con el criterio

³² Así, expresamente, se consigna en el art. 16 constitucional: *No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de “un hecho” que la ley señale como delito...* [comillas agregadas].

que propone, la Primera Sala acuda a la exposición de los motivos expuestos por el legislador constitucional de Baja California para elaborar su catálogo de delitos graves, puesto que es por demás palmario que excede, y con mucho, los parámetros y límites que el Constituyente permanente fijó para la determinación de los delitos graves, fundamentándolo no sólo al margen de éstos, sino –sin tapujo– aludiendo a conceptos incompatibles con el Derecho Penal de un estado democrático, como la *grave peligrosidad social*, la *alarma y repudio colectivo* o la *peligrosidad del delincuente*³³.

Así, por eludir –sin justificación alguna– los puntos constitucionales previamente planteados en uno de los criterios en discrepancia, la resolución de la Primera Sala incurre, *mutatis mutandi* y si se me permite la expresión, en una inconstitucionalidad por omisión exhaustiva del problema (constitucional) que se le ha planteado que, ni más ni menos, es que si la prisión preventiva en un ilícito tentando vulnera o no el derecho fundamental a libertad provisional.

II. Al límite de las garantías: el (des)amparo judicial y la Constitución federal como tope máximo –techo– de los derechos fundamentales

La incapacidad institucional para reducir a límites aceptables los índices delictivos y, al mismo tiempo, hacer frente a las nuevas formas de delincuencia, ha tenido –hasta el momento– su clímax constitucional-legislativo en el vaivén que, respecto de los presupuestos para girar una orden de aprehensión y determinar la sujeción a proceso, han sufrido los preceptos que la regulan: del cuerpo del delito a los elementos del tipo y

³³ Considerando séptimo, párrafo 25.

de los elementos del tipo al cuerpo del delito. Todo esto, en dos reformas al texto fundamental, en un plazo de cinco años.

II. 1 Antecedentes

En la reforma constitucional de 1993-1994, fueron modificados los artículos 16 y 19 que, por su orden, prescriben los presupuestos o requisitos para que la autoridad judicial emita una orden de aprehensión y sujeción a proceso (auto de formal prisión). Para ambos supuestos, previamente, el texto fundamental exigía que los elementos de convicción del sumario fuesen suficientes para acreditar el *cuerpo del delito* y, además, bastaran para hacer probable la responsabilidad del imputado. El primer presupuesto o noción fue sustituido por el de *elementos del tipo*. Pese a que, en el fondo y de acuerdo con la doctrina procesal dominante –e incluso normativamente–, ambos conceptos podrían considerarse equivalentes, se generó en el ámbito dogmático un inusual y copioso debate sobre los elementos que, respectivamente, cada uno de estos presupuestos contenía o debería tener³⁴. En la práctica, la reforma –en parte por problemas estructurales del propio procedimiento penal mexicano y en parte por la inercia o rutina judicial– generó una gran confusión que, incluso, no fue posible paliar con la definición legal secundaria de la noción elementos del tipo. Este desconcierto, a la postre sería utilizado como pretexto para, tan sólo unos años después, volver –constitucionalmente hablando– a una noción del cuerpo del delito, todavía más restrictiva que la que existía previo a la reforma de 1993-1994.

Las sucesivas reformas al texto fundamental tuvieron impacto, parcialmente y sin que al respecto existiese

³⁴ Al respecto, *vid.* Bedolla Espino, J.: “Aspectos...” cit., pp. 101-125.

mandato *expreso* del constituyente permanente en las legislaturas estatales, de modo tal que –algunas– incorporaron a sus legislaciones procesales penales, en sustitución de la noción del cuerpo del delito, la de los elementos del tipo y, posteriormente, tras la contrarreforma de 1999, algunas retornaron al concepto del cuerpo del delito, pero otras conservaron aquélla.

En este escenario legislativo, surgió la controversia entre los Tribunales Colegiados del Vigésimo Primer Circuito, que, también vendría a ser saldada –nuevamente– con un costo negativo para los derechos fundamentales de los ciudadanos, a través del criterio jurisprudencial por contradicción emitido por la Primera Sala.

En esta ocasión, la materia de la controversia quedó servida al sostener, por una parte, el Primer Tribunal Colegiado de ese Circuito que, dado que la legislación del Estado de Guerrero conservaba aún, en el artículo 204 del Código de Procedimientos Penales, la noción de los elementos del tipo –introducida en el reforma constitucional de 1993-1994– y que ésta era más amplia (garantista), por exigir además de los aspectos objetivos, los normativos y subjetivos, que la vigente en el texto constitucional, que reincorporó el concepto o noción del cuerpo del delito, (de)limitado a los elementos materiales u objetivos³⁵.

El Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito consideró, a su vez y en sentido inverso, que para decretar la formal prisión debería prevalecer el texto constitucional, en su nueva redacción *cuerpo del delito* frente a *elementos del tipo* de la legislación

³⁵ Posteriormente, en la legislación secundaria, fue adicionado al concepto así delineado constitucionalmente, los elementos normativos, cuando la descripción penal los contuviera.

local; ello, debido a que, ante la falta de *actualización* de ésta, debe prevalecer el texto de la ley fundamental como consecuencia o efecto del principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 133³⁶.

Después de revisar los presupuestos para la existencia de una contradicción, la Primera Sala de la SCJN determinó su procedencia; pero al mismo tiempo, la declara sin materia, debido a que la legislación del estado de Guerrero fue, finalmente, adaptada o actualizada al texto constitucional federal³⁷.

No obstante lo anterior, persistió la controversia, puesto que otro Tribunal Colegiado, con sede en Durango³⁸ y ante la misma situación de no-actualización de la legislación secundaria al texto constitucional federal, siguió esencialmente el criterio de que, debido a las mayores prerrogativas otorgadas por la legislación estatal, debería prevalecer sobre aquél.

II.2. El contenido de la tesis

Para disipar la controversia, la Primera Sala optó por establecer como tesis por contradicción un criterio propio, elaborado sobre una abundante revisión de los antecedentes legislativos de las reformas constitucionales de 1993-1994 y 1999, pero básicamente articulado sobre

³⁶ Esta Constitución, las leyes que del Congreso de la Unión emanen de ellas y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

³⁷ Cfr. ejecutoria registro base de datos IUS 17,423, considerando quinto, *in fine*. En lo sucesivo, citada por considerado y párrafo, con numeración propia por cada línea de texto independiente, excepto en el que corresponde a los datos de identificación de tesis (p. ej., «Sexta Época, Instancia, Fuente, Volumen, Página»), que se toman las cinco líneas como un solo párrafo.

³⁸ Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Distrito.

la idea de la supremacía constitucional expuesta por el Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito³⁹, aderezado con un extraña reflexión sobre el carácter simbólico –aparente– de la extensión de las prerrogativas (derechos fundamentales) del ciudadano, una vez que pasan por el filtro reductor que supone tal principio, afirmando: a) es sólo apparente que una ley secundaria, por falta de actualización al texto constitucional, otorgue mayores prerrogativas a los ciudadanos y que por esa razón sea preferente su aplicación, b) esto debido a que los jueces de los Estados deben acatar, conforme al principio de supremacía, lo establecido en la constitucional federal cuando la legislación estatal se oponga a ella, c)⁴⁰ por ende, no puede sostenerse válidamente que una ley local otorgue mayores prerrogativas y d) la falta de actualización de una norma secundaria al texto constitucional es una forma de contradicción frente al texto fundamental y, ergo, resulta aplicable éste por ser la ley suprema⁴¹.

II.3. Los argumentos

Luego de la revisión de los antecedentes legislativos, tanto de las reformas constitucionales de 1993-1994 y 1999, como de la legislación procesal de Durango⁴², invocando una interpretación histórica, sistemática e integral de los preceptos involucrados, particularmente el artículo 204 del Código de Procedimientos Penales de Durango que, en su oportunidad, fue reformado para adecuarse a la reforma constitucional que incorporó la noción de *elementos del tipo*, llega a la conclusión de que el verdadero sentido de la ley no debe apreciarse a simple

³⁹ Cfr. base de datos IUS 190,459, considerando sexto, párrafos 11-54.

⁴⁰ Ejecutoria IUS 17,423, considerando sexto, párrafo 67.

⁴¹ Considerando sexto, párrafos 69-70.

⁴² Considerando sexto, párrafos 11-62.

vista, sino que es necesario remontarse a la intención que tuvo el legislador para adecuar la norma a la Constitución federal. Tal intención o voluntad del legislador, según el voto mayoritario, fue que en la norma secundaria no existieran preceptos contrarios al texto fundamental⁴³.

De lo anterior, es decir, una vez desentrañada la voluntad del legislador que, tras la reforma constitucional de 1993-1994, sí llevó a cabo la actualización de su texto local, están forjados los eslabones que llevarán a la conclusión: si el texto vigente del ordenamiento local, elaborado para no contradecir el texto constitucional, no ha sido actualizado, una vez que éste ha sido –nuevamente– reformado, eso no implica que otorgue mayores prerrogativas, como tampoco que sea aplicable preferentemente, puesto que siendo *de explorado derecho*⁴⁴, que la norma fundamental es la suprema de toda la Unión, debe prevalecer sobre las leyes locales que no han sido actualizadas a su texto.

Esta es, digámoslo con un término del foro, la parte medular de la resolución de la controversia que, todavía y ampliamente se encarga de fundamentar el origen y alcance del principio de supremacía constitucional del artículo 133; esencialmente, para dejar en claro que la aplicación preferente del texto constitucional por los jueces locales no implica facultades de control constitucional para desconocer las leyes emanadas de los congresos locales⁴⁵, y robustecer, de la mano de otra tesis de la propia SCJN, la idea de la supremacía constitucional⁴⁶.

⁴³ Considerando sexto, párrafo 68.

⁴⁴ Considerando sexto, párrafo 70.

⁴⁵ Considerando sexto, párrafo 71.

⁴⁶ Entre otras, registro base de datos *IUS* 180,240 (Primera Sala) y 190,669 (Pleno).

II.4. Las inconsistencias (falacias, argumentos implícitos y omisiones)

La cadena de argumentos de la tesis por contradicción descansa sobre una afirmación implícita que, dada por cierta, constituye una insalvable petición de principio que afecta todo su contenido y estructura. En efecto, da por sentado que existe un *deber* constitucional de actualización de la legislación secundaria. Sin embargo, tal deber u obligación es, formal y materialmente, inexistente.

Formalmente, es inexacto que el constituyente permanente de 1999 (como tampoco el de 1993-1994), haya emitido un mandato de *actualización* a las legislaturas locales, puesto que el decreto respectivo sólo contiene un artículo transitorio, con relación al inicio de su vigencia, precisando como tal el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de Federación⁴⁷. Un tal mandato legislativo, emitido por el poder revisor de la constitución, es siempre expreso y forma parte del decreto respectivo, como por ejemplo sucedió –por citar un caso coetáneo– con la reforma al artículo 115 constitucional de 1990⁴⁸ o, bien, en otro reciente, la reforma al artículo 18 constitucional, que sentó las bases para el desarrollo del sistema integral de justicia para adolescentes⁴⁹. En

⁴⁷ DOF de 08-03-1999. Artículo segundo transitorio: *Los Estados deberán adecuar sus Constituciones y leyes conforme a lo dispuesto en este decreto a más tardar en un año a partir de su entrada en vigor. En su caso, el Congreso de la Unión deberá realizar las adecuaciones a las leyes federales a más tardar el 30 de abril del año 2001.*

⁴⁸ Publicada en DOF de 23-12-1990.

⁴⁹ DOF de 12-12-2005. Art. transitorio 1º: *El presente decreto entrará en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federal. Art. transitorio 2º: Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que requieran para la aplicación del presente Decreto.*

ambos casos, el constituyente permanente no sólo emite el mandato para la modificación de la legislación secundaria, sino que establece el plazo para ello.

Tampoco puede extraerse o deducirse un mandato o deber constitucional de actualización para el legislador secundario, de la exposición de motivos o del *iter* parlamentario. Esto es así, puesto que tal determinación, por implicar un compromiso constitucional ineludible para las legislaturas de los Estados, debe –necesariamente– ser expreso; y, además, parte y materia no sólo del decreto respectivo, sino del debate mismo para su aprobación o rechazo de la reforma en cuestión, en la que éstas participan, como miembros del poder constituyente permanente.

De igual forma, del contenido material de la reforma constitucional no puede –tampoco– deducirse o extraerse un deber constitucional de adecuación a su contenido para las legislaturas de los Estados. En efecto, la modificación o reincorporación del concepto cuerpo del delito, en sustitución de la noción de elementos del tipo, constituye una disminución o flexibilización de las exigencias constitucionalmente previstas para la emisión de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión; esto es, dicho en otros términos, materialmente es una restricción –como puso de manifiesto el voto minoritario– a las garantías de libertad y seguridad jurídica de los ciudadanos.

En este contexto, la falta de adecuación de la legislación secundaria –sin mandato expreso para ello del constituyente permanente– no puede ser considerada una contradicción y, mucho menos, una contravención al pacto federal, puesto que éste, con relación a los derechos fundamentales o garantías individuales establece *expresamente* y únicamente que no podrán restringirse o

suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece; mas no que no puedan ampliarse por las legislaturas de los Estados.

Sostener lo contrario, a partir del argumento circular *Constitución es norma suprema-los jueces (estatales) deben aplicarla-por la supremacía (misma) de la Constitución* tergiversa los fundamentos esenciales del sistema constitucional federal, al trasformar el catálogo de derechos fundamentales que, como mínimo, se reconoce a todos los ciudadanos, en un tope máximo infranqueable, no sólo por los ordenamientos estatales, sino también por los convenios y tratados internacionales, ya que la ampliación o fortalecimiento de un derecho fundamental por éstos, devendría inocuo e inaplicable, por falta de *actualización* de los mismos al ordenamiento constitucional federal y (todo) en aras de la supremacía constitucional *per se*.^{50, 51}

Pese a lo anterior, es decir, a la inexistencia formal y material de un mandato o deber de actualización de la legislación secundaria a la Constitución federal, emanado del Constituyente permanente, el criterio de la Primera Sala está, en principio, estructurado –al parecer inadvertidamente– como si se tratara de un problema de inconstitucionalidad por omisión⁵². Sin embargo,

⁵⁰ Así, por ejemplo, ningún sentido tendría que la ley fundamental reconocza que el nuevo sistema de justicia integral para adolescentes se regirá por los derechos consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales; como tampoco que ya muchos Estados, siguiendo el ejemplo de Veracruz, hayan establecido Cortes Constitucionales estatales que tienen competencia para conocer y resolver las controversias que sobre los derechos fundamentales adicionales, garantiza la Constitución y legislación local a sus habitantes

⁵¹ Esto, en última instancia, implicaría –también– una automarginación del Estado Mexicano del contexto internacional y del Derecho internacional de los derechos humanos.

⁵² Al respecto *vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J.: *La inconstitucionalidad...* cit.; AA.VV.: *En busca...* cit.; SAGÜÉS, N.: “La inconstitucionalidad” cit., pp.115-138.

al final y dado que no existe tal deber, como tampoco puede extraerse convincentemente su existencia de los antecedentes que invoca, para de allí elaborar un planteamiento de inconstitucionalidad por omisión de la norma estatal no actualizada, queda entrampada en sí misma y debe concluir, como inició, a través de un argumento circular de autoridad: la ley fundamental es suprema y porque es suprema debe prevalecer.

II.5. Argumentos implícitos y omisiones

En la fundamentación de la decisión, la Primera Sala de la Suprema Corte lleva a cabo, también, una forzada equiparación de términos que, hilvanados sucesivamente, terminan utilizándose –si no como sinónimos– como equivalentes o susceptibles de intercambiarse. Así, inicialmente, la falta de actualización de la legislación secundaria al texto constitucional es, sin más explicación, identificada como contradicción u oposición de la primera respecto a la segunda⁵³ y, finalmente, como vulneración de la supremacía constitucional^{54, 55}. Otro

⁵³ ... *de ahí que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarios a los preceptos constitucionales, por el hecho de que no hayan sido actualizados...* [considerando sexto, párrafo 70]. En realidad, hay un malogrado intento de vincular o inferir “la falta de actualización” de la legislación secundaria como una “contradicción” frente al texto constitucional, a partir del análisis de exposición de motivos de la reforma al Código de Procedimientos Penales de Durango que, en su momento, introdujo los elementos del tipo, firmando que éste, de no reformarse podría tener *preceptos contrarios a los establecidos en la Constitución General de la República* [considerando sexto, párrafo 68]. Sin embargo, lo que la tesis no explica es cómo la omnipresente y siempre oculta voluntad del legislador puede no sólo extraerse para determinar lo que quiso decir, en el pasado, sino también para el futuro, respecto de una ley que todavía no emite, puesto que –el problema radica en que– no ha actualizado su contenido a la nueva redacción de la norma fundamental [!!].

⁵⁴ ... *las legislaciones federales o locales que, al no regularlo, así [el cuerpo del delito] vulneran el principio de supremacía constitucional que resguardado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación* [considerando sexto, párrafo 121].

⁵⁵ Esto es, en resumen y gráficamente falta de actualización = contradicción

aspecto que, claramente identificado, tanto en una de las tesis de los Tribunales Colegiados contendientes⁵⁶, como en el propio planteamiento de la Primera Sala para determinar la existencia de la controversia, es –cuando menos– desdeñado la determinación acerca de la estructura, abierta o cerrada, del catálogo de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Este problema, con significativas implicaciones *ad intra* y *ad extra* del ordenamiento fundamental, amén de contar con antecedentes y posturas bien definidas en la doctrina nacional, es sólo abordado tangencialmente, por no decir eludido, por medio del aludido y extraño argumento sobre el carácter simbólico-aparente que una ampliación o extensión de éstos en la legislación secundaria tiene, si *a contrario* se observan detenidamente a través del caleidoscopio de la supremacía constitucional.

Entre los múltiples problemas que la determinación sobre si el catálogo de derechos fundamentales es de *numeris clausus* -o *numeris apertus*, están el alcance mismo del artículo inaugural de la Constitución, que establece que los derechos reconocidos en la Constitución no podrán ser restringidos o suspendidos, sino en los casos y con las condiciones en ella establecidos (artículo 1°, con relación al 29), el del propio régimen federal (artículo 41, con relación al 115, 116 y 117), así como la relación interna y externa de los derechos fundamentales, desde la perspectiva de los organismos nacionales para su protección y de los instrumentos y convenios internacionales suscritos por México (artículos 102 y 133).

(por omisión legislativa) = vulneración o contravención del principio de supremacía constitucional.

⁵⁶ Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, registro *IUS* 192,015.

II.6. Los votos disidentes

En contra del sentido del fallo votaron, conjuntamente, los ministros Gudiño Pelayo y Castro y Castro⁵⁷, destacando adicionalmente dos aspectos que la mayoría soslayó: en su concepto, sin poner en tela de juicio el alcance del principio de supremacía constitucional del artículo 133, con relación a la obligación de los juzgadores de los Estados de acatar el texto federal –que en realidad nadie discute– consideraron que las exigencias prescritas para dictar un auto de formal prisión, por conllevar una sensible reducción de la libertad de las personas, forman parte de los derechos fundamentales a la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Por otra parte, continúan, el texto fundamental otorga las garantías mínimas que se deben respetar, mas no es un catálogo cerrado, sino que su contenido y alcance puede ser ampliado por la legislación secundaria.

Por tanto, si en el fondo la modificación constitucional de los presupuestos o exigencias para dictar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, a través de la reincorporación del concepto del cuerpo del delito, constituye una reducción al conjunto de presupuestos mínimos para que pueda restringirse la libertad de una persona, debe prevalecer, conforme al principio *favor rei*, la norma que le conceda un mayor beneficio.

No existe, en suma para los disidentes, contradicción alguna entre el texto de la legislatura que conserva, como presupuesto, para restringir la libertad personal la noción elementos del tipo y el texto fundamental, que reintrodujo el concepto de cuerpo del delito, puesto que el primero es más garantista que el segundo; y, en todo caso, antes de contradicción, habría que considerar a la norma estatal como complementaria o subsidiaria de la ley fundamental.

⁵⁷ Registro base de datos *IUS* 20,144.

II.7. El efecto expansivo re(pro)ductor de la disminución judicial de derechos fundamentales

Así, conforme al criterio de la mayoría y de acuerdo a la obligatoriedad de la jurisprudencia por contradicción, los tribunales de todo el país, al momento de resolver la llamada situación jurídica del imputado, habrán de pronunciarse o deberán tener en cuenta –con independencia de lo que la legislación secundaria establezca– si el hecho imputado es suficiente para acreditar el cuerpo del delito correspondiente; es decir, exclusivamente los elementos de carácter objetivo⁵⁸. Esta determinación, desencadenó una serie de concesiones en cascada o en cadena, de amparos de los tribunales federales para que los tribunales locales, en los Estados que continuara vigente la exigencia de elementos del tipo, lo hicieran conforme a la noción del *cuerpo de delito*.

La concesión del amparo en estos términos descansa sobre aspectos meramente formales y, generalmente, fueron otorgados para el efecto de que la autoridad responsable emitiera otra resolución, al tenor del concepto del *cuerpo del delito*. De hecho, un amparo concedido en esos términos, en el fondo, no puede considerarse propiamente dicho como una protección constitucional para el ciudadano, puesto que, si para emitir el acto de molestia, el juzgador consideró todos los elementos del tipo del ilícito imputado, al cumplimentar el amparo únicamente podrá subsanar el aspecto formal, sustituyendo la frase *elementos del tipo*, por *cuerpo del delito*, sin que pueda llegar a tener efectos sobre

⁵⁸ Posteriormente, esta tajante división fue matizada, incorporando o aceptando que el cuerpo del delito también está compuesto, cuando la descripción típica lo requiera, por los elementos normativos. *Cfr.*, entre otras, tesis registro IUS 184,968 (Primera Sala), 191,262 (Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Tercer Circuito).

el fondo del asunto, puesto que si aquél, al momento de emitir el auto de formal prisión estimó que estaban satisfechos todos los elementos del tipo imputado, con mayor razón confirmará tal determinación, si sólo se trata de pronunciarse sobre los objetivos. Esto es, dicho llanamente, un desamparo⁵⁹.

III. La hora del garrote⁶⁰ o el advenimiento del estado autoritario judicialmente legitimado: la constitucionalización de la prisión vitalicia

A partir de una acción de inconstitucionalidad, promovida por un grupo de legisladores del Estado de Chihuahua, frente a una reforma al Código Penal local que –materialmente– estableció la prisión vitalicia, el Pleno de la SCJN estableció que esa sanción no vulnera la proscripción constitucional, del artículo 22, relativa a la exclusión de penas inusitadas y trascendentales⁶¹.

De esta conclusión, derivó a su vez, un procedimiento adyacente de auto-revisión del criterio precedente que la propia SCJN había establecido, considerando que la pena vitalicia era incompatible con el texto constitucional. Como consecuencia de ello, se modificarán –por mayoría de votos–

⁵⁹ Al respecto, es oportuno destacar la muy extendida tendencia de los tribunales federales mexicanos, encargados del control constitucional, para pronunciarse y subsanar –a través de las resoluciones conocidas como amparos para efectos– aspectos formales, dejando de lado o, cuando menos, postergando la decisión sobre el fondo de la controversia constitucional para otro momento. Esto, en contraste, como expone FERRAJOLI (*Derecho...* cit., p. 358), las decisiones de esta naturaleza que deben, antes de privilegiar aspectos formales, aspectos sustanciales. Sobre los tribunales mexicanos, por demás elocuente, el trabajo de MAGALONI, A. L. y NEGRETE, L.: “El Poder...” cit.

⁶⁰ Expresión tomada del voto particular del ministro Góngora Pimentel, consultable en base de datos *IUS*, registro 20,583.

⁶¹ *Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otra inusitadas y trascendentales.*

las tesis que al respecto habían sido apenas establecidas en 2001, relativas tanto a la inconstitucionalidad de esa pena, como a la imposibilidad de extraditar a ciudadanos nacionales y no nacionales a países que pudieran, eventualmente, imponerles prisión vitalicia⁶².

III.1. La sentencia previa

La acción de inconstitucionalidad, frente a la reforma del Código Penal de Chihuahua, pretendía la declaración de invalidez del nuevo régimen establecido en la reforma de 2003⁶³, que introdujo un régimen especial sancionatorio-acumulativo ilimitado para ciertos delitos.

Con relación al concurso real de delitos, ese ordenamiento prevé –como regla general– que las sanciones acumuladas aplicables a cada una de los delitos cometidos no podrán exceder el tope máximo de sesenta años establecido para pena de prisión (artículo 67, con relación al 27, primer párrafo).

El régimen especial sancionatorio-acumulativo ilimitado, objeto de la acción de inconstitucionalidad, quedó delineado en el segundo párrafo del artículo 27, al establecer que, excepcionalmente, el tope máximo de prisión de 60 años puede ser rebasado cuando se trate de determinados delitos: homicidio doloso en perjuicio de mujeres, menores o secuestro⁶⁴.

⁶² Respectivamente, tesis del Pleno, registro *IUS* 188,542 “Prisión vitalicia. Constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional” y 188,601 “Extradición. La pena de prisión vitalicia constituye una pena inusitada prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que para que trámite aquélla, el Estado solicitante debe comprometerse a no aplicarla o a imponer una menor que fije sus legislación”.

⁶³ Publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de 27 de agosto, en vigor al día siguiente.

⁶⁴ Con posterioridad, en la reforma de julio 2004, se incorporó a este catálogo *numeris clausus* el delito de abuso de autoridad.

Luego de abordar, ampliamente, cuestiones de carácter procesal sobre la oportunidad y legitimidad de los promotores de la acción de inconstitucionalidad, descartando de paso las objeciones formuladas sobre las violaciones alegadas durante la tramitación y aprobación del decreto que dio origen a la adición del párrafo cuestionado, la resolución inicia el análisis del concepto de invalidez relativo al régimen especial sancionatorio acumulativo del artículo 27 del Código Penal de Chihuahua. Este sistema –afirmaron los promoventes– al permitir la acumulación de sanciones sobre el límite máximo de la pena de prisión para ciertos delitos, por ejemplo en un concurso real de un homicidio doloso de una mujer y secuestro, la pena, de aplicarse en su máxima extensión (60 y 40 años de prisión), estaría estableciendo una sanción de 100 años de prisión y, con ello, una pena vitalicia, prohibida por los artículos 18, 22 y 133 constitucionales.

III.2. Deshilvanando la madeja: los argumentos de la mayoría

Para sostener la constitucionalidad del precepto objetado, la mayoría se ve en la necesidad de (auto) deconstruir los conceptos y límites que previamente la propia SCJN había establecido entorno a la prisión vitalicia o perpetua. El criterio anterior estaba edificado sobre tres sólidos pilares: a) la finalidad esencial de la pena siempre ha sido, conforme al artículo 18 constitucional, la readaptación social del delincuente, b) la readaptación social es una garantía o derecho fundamental y c) connotación histórico-teleológico del vocablo *pena inusitada* del artículo 22 de la ley fundamental.

La deconstrucción, propiamente dicha de esos conceptos, hubiese implicado un análisis a fondo de cada

uno de ellos, así como una reflexión profunda, no sólo sobre los límites que un Estado constitucional de Derecho tiene y debe tener el *ius puniendi*, sino también respecto de la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales para el legislador secundario –como puntual, denodada e infructuosamente propusieron en el debate los ministros Silva Meza y Cossío Díaz⁶⁵–.

Al margen de lo anterior o, mejor dicho, eludiéndolo, la mayoría propone como fundamento de la *nueva reflexión*, una serie de consideraciones sobre el fin de la pena totalmente desvinculadas del contenido constitucional que a la pena de prisión asigna la norma fundamental. Esto es, dicho de otra forma, se privilegia y ofrece a modo de *ratio decidendi* un conjunto de afirmaciones –más o menos afortunadas– sobre la naturaleza o fin de la pena que, por su denotado sincretismo, aparenta una consistencia irrefutable; y, a partir de ello, incomprensible y olímpicamente descalifica el contenido expreso e implícito que el texto constitucional otorga a la pena –resocialización del sentenciado y garantía del ciudadano– concluyendo que:

... desde esta [su] perspectiva, la pena forma parte de la defensa social, que responde de manera proporcional a la gravedad del ilícito cometido, independiente que su finalidad sea, también [y como establece la Constitución], la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación para que pueda convivir en la comunidad⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN, 06-09-2005, respectivamente, entre otras, secciones 30-36 y 37-41, 59-63, 65-68.

⁶⁶ Cfr. considerando séptimo, párrafo 34 (la numeración de los párrafos es propia, asignado el subsiguiente por cada línea con texto independiente) y, según aparece el texto resolución en la base de datos IUS, registro 19,537.

Esto es, dicho de otra forma, el punto de partida obligado para el análisis constitucional que no es otro que el propio texto de la ley fundamental particularmente pero no tan sólo el artículo 18 es soslayado y, además, convertido en una –mera– cuestión residual.

Para concluir este apartado, que anuncia ya el sentido mismo de la resolución y previo a someter a análisis del precepto cuestionado a través del nuevo caleidoscopio de la mayoría⁶⁷, la decisión se refuerza con dos consideraciones adicionales respecto del artículo 22 y dos argumentos adicionales de relleno.

Para distanciarse del contenido histórico teleológico del concepto constitucional de pena inusitada, previamente asignado por la SCJN –que cohonesta con la evolución e historia misma del Derecho Penal, que ha tenido como eje rector la humanización de las penas y hoy cristalizado el principio universalmente reconocido de humanidad de las penas– la mayoría opta por una interpretación letrista y delimitada, exclusivamente, a las sanciones que expresamente aparecen proscritas en el artículo 22. De esta forma, afirma que la prohibición constitucional está referida al contenido mismo de la pena *esto es [para evitar] que se convierta [su aplicación] en una práctica inhumana*⁶⁸.

Así, de un plumazo, un precepto constitucional que formal y materialmente consignaba derechos fundamentales para los ciudadanos y, al mismo tiempo, reconoce y acoge como límite a *ius puniendi*, el principio

⁶⁷ Esto, viene a completar la impresión de que, al eludir el contenido constitucional expreso del artículo 18 constitucional y, más aún, relegarlo, estamos ante una peculiar forma de reinterpretar la Constitución: primero nuestras consideraciones, después la Constitución. El mundo al revés, proclamó la Reina de Corazones: la sentencia primero, las pruebas después.

⁶⁸ Considerando séptimo, párrafo 35.

de humanidad de las penas, queda degradado a algo así como un manual de prácticas penitenciarias prohibidas. No obstante, debe conceder que la enunciación de penas del artículo 22 es exemplificativa y, por ende, no cerrada. Con ello, el argumento subsiguiente, apelando a la etérea voluntad psicológica del creador de la norma –en este caso omisivo– cae por su propio peso, ya que, conforme a su estructura *numerus apertus*, es insostenible –además de *naïve*– que el silencio de los [inocentes] constituyentes deba interpretarse no sólo como una renuncia a establecer los límites de la prisión, sino como una tácita convalidación de la prisión vitalicia⁶⁹.

El precepto no es, como lo reconoce la mayoría, un catálogo cerrado y por tanto susceptible de abarcar o comprender otras sanciones que, aunque no expresas en el texto constitucional, resultan incompatibles con los principios rectores y límites establecidos en la ley fundamental como límites a la potestad punitiva, que tienen como principal destinatario –precisamente– al legislador secundario. Su actividad no puede ser, en un estado constitucional de Derecho y como sugiere la mayoría ([como no estableció un límite a la duración de las penas libertad [con su silencio] dejó *[un cheque en blanco]* al legislador ordinario [para] determinar cuáles son las conductas delictivas y la penalidad que debe corresponder a cada una de ellas])⁷⁰, absolutamente libre, sino necesariamente vinculada y (de)limitada, por los principios rectores, expresos e implícitos, en la ley fundamental para contener y racionalizar, como corresponde en un estado social y democrático de Derecho, la potestad punitiva estatal.

⁶⁹ Considerando séptimo, párrafo 36.

⁷⁰ *Idem*.

Para delimitar y con excluir de la prisión vitalicia el concepto *excesivo*, también recogido en el propio artículo 22 constitucional, se afirma que está exclusivamente delimitado a la pena de multa. Por tanto, es improcedente echar mano de este concepto para extenderlo, a través de una interpretación analógica *favor rei*, a la prisión vitalicia. No obstante rechazar que este adjetivo sea, conforme a la nueva reflexión, aplicable a la pena de prisión, acota que lo *excesivo* no sería, en todo caso, predicable a la duración de la propia privación de la libertad, sino a la proporcionalidad que debe existir entre la conducta delictiva y el hecho delictuoso⁷¹.

Por un momento, parecería que la mayoría, siguiendo el exhorto de abrir el debate a otros importantes aspectos, estaría dispuesta a abordar la vinculación del principio de proporcionalidad, los derechos fundamentales y límites a la legislación penal. Sin embargo, el análisis del párrafo subsiguiente⁷², aclara que la proporcionalidad a que se refiere no tiene nada que ver con estos aspectos, sino con la idea –digamos– fundamental que campea a lo largo de toda la sentencia: el fundamento de la reacción penal no es el acto ilícito en sí mismo, sino la conducta y su correspondiente correlación con el riesgo social y la necesidad de preservar el orden jurídico. Esto es, una visión puramente autoritaria del Derecho Penal, basada en un Derecho Penal de autor, el peligro social y la supervivencia del orden jurídico. Un tal planteamiento, es de *lege lata* incompatible con los principios constitucionales rectores de la potestad punitiva. Así, contraviene –entre otros– los principios de hecho o acto (art. 16), de resocialización (art. 18), humanidad de las penas (art. 22), legalidad penal (arts. 14 y 16).

⁷¹ Considerando séptimo, párrafo 37.

⁷² Considerando séptimo, párrafo 38.

Finalmente, para justificar o convalidar la prisión vitalicia, la resolución acude a un argumento *a fortiori* que, por su contenido, bien podría ser *ad populum*: si el legislador ordinario puede, para ciertos casos, establecer la pena de muerte, con mayor razón puede hacer lo propio con la prisión vitalicia *indudablemente de mayor gravedad para el delincuente*⁷³. Sin perjuicio de que la constitucionalidad de una pena no está, no debería estar, determinada en función de la gravedad que para el sentenciado implique, sino de su compatibilidad con los principios y límites que la propia ley fundamental establece, llama poderosamente la atención que la SCJN, tan afecta a desentrañar la voluntad del legislador, no haya acudido al expediente histórico de un tema tan debatido como la pena de muerte para fundamentar la decisión de la mayoría. De haberlo hecho, seguramente, se habría topado con un obstáculo insalvable para optar por *constitucionalizar* la prisión vitalicia, pues de sobra conocida que, ya desde la Constitución de 1857, la pena capital quedó constitucionalmente herida de muerte, puesto que su supervivencia estaba condicionada o supeditada, precisamente, al establecimiento de un sistema penitenciario que garantizará la readaptación del delincuente⁷⁴. Ahora bien, dado que finalmente la pena de muerte quedó constitucionalmente abolida en noviembre de 2005 y, por ende, *ex post* desvirtuado, la SCJN bien podría considerar una nueva reflexión sobre el tema, pues su argumento de cierre, si bien formalmente válido al momento de su expedición, má no materialmente, ha quedado sin contenido; y con su propio argumento de cierre

⁷³ Considerando séptimo, párrafo 39.

⁷⁴ Así, claramente quedó establecido en los debates del Congreso Constituyente de 1856. *Vid.* en particular, sesiones de 25 y 26 de agosto de 1856, en *Derechos...* cit., pp. 1070-1077.

mutatis mutandi si el capricho veleidoso y oportunista de un legislador local inspiró una nueva reflexión sobre la prisión vitalicia, con mayor razón habría lugar a una reconsideración de lo considerado, si el constituyente permanente, que incluye a todas las legislaturas de los Estados, ha desterrado del ordenamiento la pena de muerte.⁷⁵

Removido el doble obstáculo, el texto constitucional –principios penales incluidos– y la previa interpretación de la SCJN respecto a la prisión vitalicia, la declaración de constitucionalidad del artículo 27 del Código Penal de Chihuahua, está a tan sólo dos pasos: a) primero, inferir que pese al silencio del Constituyente local al respecto, el sistema de acumulación matemática de penas es, además, sucesivo⁷⁶ y b) equiparar a la prisión vitalicia las penas que ostensiblemente rebasen la vida del ser humano⁷⁷.

III.3. Los votos particulares

El ministro Cossío Díaz rechaza el sentido del fallo de la mayoría, tanto en los aspectos procesales de la acción de inconstitucionalidad intentada, como respecto al fondo del asunto. Con relación al fondo, divide sus objeciones al fallo de la mayoría, en dos apartados a) acumulación de penas y prisión vitalicia y b) proporcionalidad.

Cossío delimita el concepto de pena vitalicia a la que, expresamente y conforme al principio de legalidad penal, está determinada como tal por el legislador. Por tanto, el sistema de acumulación de sanciones del artículo 27 del Código Penal de Estado de Chihuahua, al no establecer,

⁷⁵ Por tanto, ahora, de *lege lata*, ya no es posible fundamentar la existencia y constitucionalidad de la pena de prisión, a la luz del peregrino argumento de que hay otra más grave.

⁷⁶ Considerando séptimo, párrafo 58.

⁷⁷ Considerando séptimo, párrafo 101.

propriamente y como sanción independiente la prisión vitalicia, no sería *per se* inconstitucional. A partir de esta clarificación conceptual, sostiene que en el caso concreto es innecesario interrumpir la aplicación de las tesis jurisprudenciales relativas a la incompatibilidad de la prisión vitalicia con el artículo 22 constitucional⁷⁸.

También disiente del método empleado para determinar la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 27 de ese ordenamiento, afirmando que el estudio y análisis correspondiente debió llevarse a cabo a través de una revisión integral de todos los contenidos constitucionales que, estando en una posición de igualdad jerárquica, son necesarios para pronunciarse sobre la compatibilidad de normas inferiores del ordenamiento, incluyendo las que establecen sanciones penales.

De esta forma, reconociendo la importancia que el tema tiene en la justicia constitucional, considera inadecuado que la Corte renuncie, plegándose –inadvertidamente o inconfesadamente– a la tesis estricta de la autorrestricción^{79, 80} al realizar el control de constitucionalidad de las sanciones establecidas por el legislador. Para ello, si bien reconoce que las facultades del legislador son amplias, se pronuncia a favor de un control de la constitucionalidad restringido y limitado a casos excepcionales, como en el caso de las penas inusitadas.

⁷⁸ Tesis 125/2001 y 127/2001, registro *IUS*, respectivamente, 188,601 y 188,542.

⁷⁹ Sobre su contenido, alcance y objeciones, *cfr.* BERNAL PULIDO, C.: “El principio...” cit., pp.115-123.

⁸⁰ Al fundamentar la mayoría su resolución en la *[omnímoda] libertad de opción* del legislador de Chihuahua, la SCJN, sostiene –con razón– ERAÑA, abdica en su típica *[fundamental]* función de fijar límites y parámetros de constitucionalidad para que el elenco de penalizaciones de todo el país no riña con los postulados del texto supremo y con los compromisos internacionales («Comentario a la sentencia I.- 20/2003 de la SCJN que convalida la legislación estatal de penas perpetuas [fácticas]») cit., pp. 481-484.

Así, más adelante –reconociendo que el establecimiento de una pena representa una intervención o inhibición de la garantía de libertad– propone como parámetro para establecer si, en el sentido constitucional, una pena es inusitada acudir al principio de proporcionalidad⁸¹; teniendo en cuenta, también para ello, otras garantías y contenidos constitucionales, estrechamente vinculados, como son los reconocidos en los artículos 22 y 18 de la ley fundamental.

Respecto al artículo 18 constitucional, sostiene que la readaptación es, reivindicando el carácter normativo de la Constitución, una garantía individual, como tal exigible jurisdiccionalmente; mas no simplemente y como sostiene la mayoría, una (mera) norma programática. Por tanto, en vez de relegar y minimizar el contenido constitucional de una garantía, la función de un tribunal constitucional, es respaldar y fortalecer claramente tal carácter⁸².

Finalmente, también descarta que el análisis constitucional de los preceptos involucrados, los artículos 18 y 22, pueda hacerse en forma absolutamente desvinculada, sin tomar en cuenta el resto de los contenidos constitucionales, así como la genealogía de los propios preceptos; y, dado que asigna, como no puede ser de otra forma, el carácter de derecho fundamental a la readaptación social, rechaza que a través de

⁸¹ Sobre la capacidad de rendimiento en este aspecto del principio de proporcionalidad, *vid.* BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, pp. 129-146.

⁸² De esta forma, el voto se decanta afirmativamente por el control de la constitucionalidad de los tipos y de las sanciones penales; y, si bien, manifiesta debe ser restringido o limitado, dado que en sus consideraciones incorpora reflexiones que éstos suponen una intervención para los derechos fundamentales y que la readaptación es una garantía individual que debe salvaguardarse –sin que sea posible su total extinción– está claro que, en el fondo, aboga por un control de la constitucionalidad de los tipos penales y las sanciones mucho más amplio. Al respecto, sobre las diferentes posturas teóricas, *cfr.* BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, pp.115-128.

la imposición de una pena se anule por completo la posibilidad de readaptación.

Por su parte, de igual forma el ministro Silva Meza sostiene la invalidez constitucional del precepto impugnado, invocando también el principio de proporcionalidad, vinculando su análisis intraconstitucional –como propone Cossío Díaz– con los principios de libertad y dignidad de la persona⁸³.

III.4. La retractación ad extraditio

Sobre la base del sentido de la resolución de la acción de inconstitucionalidad aludida, la SCJN llevó a cabo un procedimiento *sui generis* y *fast track* para modificar el contenido de los criterios previos –jurisprudencia obligatoria– emitidos por el propio Pleno, que consideraba la prisión vitalicia incompatible con el texto constitucional, así como la interdicción para extraditar a nacionales y no nacionales a algún país que pudieran llegar a aplicar esa pena.

El procedimiento en sí mismo, denominado de modificación de jurisprudencia⁸⁴, fue ampliamente cuestionado y debatido; y, como es costumbre, dominó cuantitativamente en la discusión del proyecto. De hecho, el fondo del asunto fue apenas aludido y abordado en debate, bajo el argumento de que, previamente –en la acción de inconstitucionalidad–, ya se había ampliamente discutido y tomado la mayoría su decisión al respecto⁸⁵, por más que algunos de los ministros de la (anunciada) minoría, insistieron en la necesidad de profundizar en el debate⁸⁶.

⁸³ Véase, con mayor amplitud, el contenido de su voto –reiterado esencialmente en la resolución subsiguiente– *infra III.7*.

⁸⁴ Consultable como solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005/PL, registros *IUS* 175,844 (jurisprudencia) y 19,501(ejecutoria).

⁸⁵ Así, p. ej., intervención ministra LUNA RAMOS, sección 24.

⁸⁶ *Vid.*, entre otros argumentos ministros SILVA MEZA (secciones 9-11), Cossío DÍAZ (sección 31-32) GÓNGORA PIMENTEL (secciones 45-48).

En este contexto, literalmente de urgencia –según se dijo– para garantizar la seguridad jurídica, el texto de la resolución es, sustancialmente, una reiteración de los inconsistentes argumentos emitidos por la mayoría en la *sentencia previa*; pero ahora incrementando, cuantitativa y exponencialmente, su desvinculación con los principios constitucionales rectores y límites del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho y reforzando, autoconstatando(se) la mayoría su visión y percepción marcadamente autoritaria de la función del Derecho Penal y de la pena, de suyo incompatible en un tal contexto constitucional.

A la pena, según la mayoría, puede asignársele –como ha sucedido en el pasado– cualquier fin o finalidades: puede ser reparatoria [sic] del daño, castigo, reformar al delincuente, readaptarlo, eliminación del arraigadamente inadaptado, ser intimidatoria, ser correctiva, ser eliminatoria (temporal o definitivamente), ser justa, etc.⁸⁷ Sin embargo, todas estas características de la pena son sus consecuencias, algunas deseables, otras no, pero no son propiamente dicho el fin de la pena, pues éste, en sí mismo inobjetable y en primer término, es “restablecimiento del orden externo en la sociedad”⁸⁸.

A partir de esta visión, ultra-Jakobs, que no persigue la integración de las personas al sistema, sino exclusivamente la salvaguarda del sistema mismo, se pervierte y desmonta *a priori* todo el sistema de garantías establecido en el texto constitucional a favor del ciudadano, inaugurando y avalando –desde la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación– la nueva realidad autoritaria de la política criminal mexicana: máxima intervención,

⁸⁷ Considerando cuarto, párrafos 16-23.

⁸⁸ Considerando cuarto, párrafo 24.

mínimas garantías. Es, precisamente sobre esta, aquí si deconstrucción, que más adelante se negará el carácter de garantía o derecho fundamental a la readaptación social que consigna el artículo 18 constitucional, limitándola o relegando, a (tan) sólo un medio para lograrla⁸⁹.

De esta forma, invocando el concepto de soberanía popular consignado en la Constitución y, con ello, implícitamente evocando el espíritu del pueblo o *Volkgesit*, como único límite a la potestad punitiva, afirma la mayoría que:

El sistema punitivo debe estar acorde con el principio de soberanía, cuya máxima manifestación de autodeterminación en nuestro país, es que dicho sistema debe encontrar su fundamento en los diversos principios garantistas que se plasman en la Norma Fundamental⁹⁰.

No obstante esta afirmación, que lógicamente impone la revisión de esos principios, la resolución para subrayar, aún más, la subordinación e instrumentalización del ciudadano al (nuevo) Estado autoritario, descubre *un sistema (constitucional) de aplicación de penas*, ajeno a cualquier función de contención o dique de la potestad punitiva, estructurado para la *obtención de diversos resultados*⁹¹.

Para lo anterior, se contenta(n) con una simple trascipción de los preceptos⁹² que, *a través de una*

⁸⁹ Paradójicamente, la mayoría pretende justificar y, al mismo tiempo, legitimar la violencia extrema que conlleva la prisión vitalicia, apelando a la deslegitimación (formal) de la violencia privada, establecida en el propio texto constitucional, al proscribir la justicia por propia mano (art. 17), cuando de lo que se trata en un estado constitucional de Derecho, es (de) limitar la potestad punitiva. *Cfr.* considerando cuarto, párrafo 28.

⁹⁰ Considerando cuarto, párrafo 36.

⁹¹ *Ídem.*

⁹² Considerado cuarto, párrafos 37-61.

interpretación armónica, habrá(n) –posteriormente– de deducir las diversas penas cuya aplicación se encuentra autorizada en nuestro territorio⁹³, pero olímpicamente eludiendo cualquier consideración sustancial sobre el sistema garantista que alude existe en la propia Constitución. Esto es, dicho de otra forma, omite cualquier consideración y reflexión sobre los límites que en un estado social y democrático de Derecho tiene –debe tener– la potestad punitiva. Así, por ejemplo y por sólo citar los que expresamente se consignan en el texto constitucional: principio de dignidad de la persona (artículo 1º); principio de legalidad penal (art. 14, con relación al 16); principio de hecho o de acto (artículo 16) y, particularmente, el principio de resocialización (art. 18) y humanidad de las penas (art. 22), amén de los implícitos, como los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, intervención mínima, presunción de inocencia⁹⁴, etc.

Así, después de la consabida, parcial e –incluso mutilada– trascipción de los preceptos constitucionales involucrados, la mayoría infiere que la Constitución autoriza la *aplicación de diversas penas en el territorio nacional*⁹⁵; y que, cada una de ellas, refleja el resultado que el constituyente quiso lograr. De esta forma, se establece que la Constitución únicamente contiene algo así como un catálogo habilitador de penas, mas no una serie de garantías o derechos fundamentales para el ciudadano que, al mismo tiempo contienen expresa o implicitamente una serie de principios rectores y límites

⁹³ Considerando cuarto, párrafo 62.

⁹⁴ Expresamente reconocido, con tal carácter por el propio Pleno, en la tesis “Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la constitución federal”, registro *IUS* 186,185.

⁹⁵ Considerando cuarto, párrafo 62.

a la potestad punitiva. De nuevo, el mundo al revés: los preceptos y principios constitucionales rectores del sistema penal no son garantías individuales, sino simplemente disposiciones habilitadoras de (más) poder punitivo⁹⁶.

De esta suerte, despojando los preceptos de todo contenido garantista, se afirma que los artículos 18, 19 y 20 persiguen –con relación a la pena de prisión– dos resultados: a) segregación del individuo que ha delinquido del núcleo social [eufemísticamente denominado “pérdida de su libertad locomotora”] y b) la readaptación del delincuente. Por su parte, los artículos 20 y 22 tienen, respectivamente, una connotación “reparatoria” [sic] del daño y el último párrafo de éste, tiene como resultado la eliminación del delincuente⁹⁷.

Así, con un reduccionismo rayano en la simpleza, las penas no tienen finalidad alguna⁹⁸, puesto que lo único que persiguen son –instrumentalizado al ciudadano– diversos y pragmáticos resultados. Los dos resultados constitucionales, últimos y esenciales, que se pretende obtener con la pena son: a) el castigo y b) la tutela de las leyes⁹⁹. Para justificar el primero, con una visión estrictamente retribucionista, incluso gramaticalmente incompatible con el texto constitucional¹⁰⁰, la pena es el remedio eficaz y único del mal social que causa el delito.

⁹⁶ En la lógica interna de la sentencia, este planteamiento es coherente con ella misma, puesto que el fondo, el fin último no es declarar la compatibilidad de la prisión perpetua con el texto constitucional, sino habilitar al legislador secundario para que la establezca.

⁹⁷ Considerando cuarto, párrafos 63-65.

⁹⁸ Por supuesto no en el sentido agnóstico que Zaffaroni asigna a la pena (ZAFFARONI, E. et. al.: *Derecho...* cit., pp. 44-55).

⁹⁹ Considerando cuarto, párrafos 66 y 67.

¹⁰⁰ Así, la palabra “castigo”, reiteradamente usada en la resolución, no aparece en texto constitucional.

De aquí, la conclusión obligada sería que el fin de la pena es –con Hegel– la afirmación del Derecho. Sin embargo la mayoría, entrevera o incorpora, sin más, el bien social como fin último de la pena, que se obtiene merced a la tutela de las leyes¹⁰¹.

Para adscribir dicha nueva finalidad –castigo, orden y tutela de las leyes– a la pena, se invoca y transcribe parte de la sesión de la junta inaugural del Constituyente de 1917, que contiene un pronunciamiento político, que nada tiene que ver con el planteamiento que se pretende justificar. Tan es así, que no hay referencia expresa o implícita al respecto en esa exposición de motivos, como tampoco en la resolución, tan proclive a la *deducción por desprendimiento*, explicación alguna al respecto¹⁰².

Hasta el momento, los planteamientos de la mayoría mantienen una cierta coherencia interna, puesto que vincula el castigo/retribución con la tutela (del sistema) de las leyes. Sin embargo, inexplicablemente retorna al sincretismo, siempre al margen de la Constitución, para remarcar el objeto de la prisión en el castigo del delincuente y la segregación durante su aislamiento, añadiendo –como dicho sea de paso– la readaptación social e incorporando conceptos absolutamente incompatibles con el texto constitucional, como la peligrosidad social del reo¹⁰³.

En este contexto, la parte medular del fallo, contiene los argumentos para convalidar-habilitar la prisión perpetua, afirmando que la duración de la pena no es

¹⁰¹ La nueva finalidad de la pena es sólo la tutela de las leyes, ni tan siquiera el sistema mismo, sino simplemente la norma. *Cfr.* considerando cuarto, párrafo 67.

¹⁰² Considerando cuarto, párrafo 68.

¹⁰³ Considerando cuarto, párrafos 69-70. En contra, el artículo 16 reconoce y establece que el sistema penal es de acto, no de autor, ya que prescribe la procedencia de una orden de aprehensión, emitida por la autoridad judicial, sólo por un hecho que la ley señale como delito.

suficiente para ser calificada de inusitada o trascendental y, por ende, constitucionalmente prohibida¹⁰⁴.

Con el mismo reduccionismo, se aparta del previo concepto constitucional histórico teleológico asignado a la pena inusitada, sustituyéndolo por una mera interpretación gramatical, pregonando que el constituyente no pretendió, con ese vocablo, establecer algo así como *statuo quo perenne, inamovible y excluyente de toda pena que, ex ante al texto constitucional, no hubiese sido usada*. Ello implicaría, *ex post*, sigue la mayoría, una barrera al progreso de la ciencia penal [sic], ya que toda innovación, en las sanciones penales, sería una pena inusitada¹⁰⁵; e insistiendo, nuevamente, para apuntalar este singular argumento en el silencio del constituyente de 1917, al no fijar parámetro alguno para precisar tales acepciones, debe recurrirse a una interpretación *conforme a la época actual, considerando los instrumentos jurídicos que para el efecto existen*¹⁰⁶. Esto es, dicho de otra forma y llanamente, el concepto constitucional de “pena inusitada” no debe interpretarse conforme a los principios rectores de un sistema penal propio de un Estado constitucional de Derecho, sino conforme a las necesidades del momento.

Así, se concluye que inusitada es la pena que: a) tenga por objeto causar un dolor o alteración física, b) que sea excesiva con relación al delito cometido y c) que siendo utilizada en determinado momento, no lo sea ya en otro, por ser rechazada en otros instrumentos punitivos¹⁰⁷.

Finalmente, para poder llegar a su conclusión –previamente anticipada en la resolución de la acción de inconstitucionalidad de Chihuahua– aún queda un

¹⁰⁴ Considerando cuarto, párrafo 71.

¹⁰⁵ Considerando cuarto, párrafo 91.

¹⁰⁶ Considerando cuarto, párrafo 99.

¹⁰⁷ Considerando cuarto, párrafos 105-108.

escollo por remover: desconstitucionalizar la garantía y principio de resocialización. Según esto, la resocialización no es, como unánimemente ha sostenido la doctrina, una garantía o derecho fundamental del sentenciado; es simple y llanamente, aun cuando se encuentre en la parte dogmática de la Constitución, un simple medio o instrumento para lograr esa finalidad o resultado. A mayor abundamiento –acudiendo nuevamente a la etérea y omnipresente voluntad por omisión del Constituyente de 1917– si la readaptación hubiese sido el fin único y necesario de la pena, así lo hubiese expresamente plasmado en el texto constitucional, lo que no hizo; puesto que se limitó a establecer:

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

En esta nueva lógica y reduccionismo constitucional, el artículo 18 no establece una garantía individual o un derecho fundamental¹⁰⁸, como tampoco lo constituye la disposición constitucional, también contenida en ese mismo precepto, de que los sentenciados deben ser reintegrados al núcleo social¹⁰⁹. De haber sido así, el Constituyente hubiera establecido las bases para que el sistema penitenciario valorara el grado de readaptación y, una vez alcanzado, que el sentenciado obtuviera

¹⁰⁸ Vid., enmarcando la readaptación como una garantía, tanto individual, como una obligación prestacional de carácter gubernamental, ERAÑA, M.: “Comentario...” cit., pp. 481-484.

¹⁰⁹ Considerando cuarto, párrafo 116.

su liberación por carecer la reclusión ya de objeto¹¹⁰,¹¹¹. No podría faltar, tampoco, el argumento de mayoría de razón ya conocido e invocado previamente, si está prevista la pena de muerte, que es más grave, no hay obstáculo alguno para que exista la prisión perpetua; pero ahora, aderezado con otro, pretendidamente de reducción al absurdo, pero –más bien– *non sequitor ad populum*: sería absurdo que los marginados sociales que no tienen acceso al trabajo, capacitación y educación, no pudieran exigir al Estado tales prerrogativas sobre la base de que corresponden exclusivamente a quienes sí han delinquido y se encuentra purgando una pena de prisión¹¹².

Volviendo a la que parece ser la –inconfesada– fuente de inspiración de buena parte de la argumentación, se echa mano *mutatis mutandi* del famoso pasaje de la isla de Kant: incluso si una legislación llegara a aceptar actos infames, mutilaciones y marcas, ello no implicaría que la prisión fuera inusitada, puesto que las condiciones de su sistema penitenciario no determinaría en sí el concepto que abarca la pena, serían (solamente) las sanciones disciplinarias las que merecieran ese calificativo.

¹¹⁰ Ello, por tanto, nos permite –a la mayoría– asignarle, conforme a la época actual y de ocasión, cualquier otro fin para sustituir el silencio al respecto la etérea y omnipresente voluntad del Constituyente original.

¹¹¹ El sistema penitenciario está, precisamente, basado en el principio de la resocialización y así lo consignan las leyes especiales y, los ordenamientos penales contienen expresamente, medidas para que, anticipadamente, los sentenciados puedan obtener su libertad. De hecho, ese fin constitucionalmente reconocido que la mayoría se niega a reconocer, está igualmente establecido, incluso en el nombre mismo, de la norma reglamentaria del artículo 18, denominada precisamente “Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados”.

¹¹² Los derechos al trabajo y la educación se encuentran garantizados, para todos los ciudadanos, fuera del artículo 18.

III.5. Otra vez: de espaldas a la Constitución

Es sorprendente, cuando no –aquí sí– insólito e inusitado que un tribunal que se auto percibe como Tribunal Constitucional, lleve a cabo la interpretación de un precepto o preceptos constitucionales no sólo al margen de los principios ínsitos en el propio texto fundamental, sino mutilando y omitiendo su propio contenido. Así, para reducir a un simple medio la garantía y principio de resocialización, transcribe –expresamente minimizándolo– y se ocupa sólo del párrafo segundo del artículo 18 constitucional. Sin embargo, éste no es –incluso a nivel estrictamente gramatical– el único precepto que incorpora el concepto resocialización. Tan es el eje rector de todo el sistema penal y el fin constitucional de la pena, que tal concepto aparece en el texto constitucional, cuantas veces se hace referencia al sistema penitenciario¹¹³. Más aún, no sólo la resocialización, sino la reintegración a la comunidad es garantía del sentenciado, pues así lo ha establecido expresamente el constituyente permanente en la reforma de 2001¹¹⁴.

Lo anterior, no sólo no es considerado, sino olímpicamente ignorado y silenciado por la mayoría. ¿Qué, acaso para interpretar un precepto o concepto

¹¹³ Así, por ejemplo, el propio artículo 18, párrafo quinto, precisa que: *Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo....* Más aún, la propia Constitución establece, con relación al Distrito Federal, que es facultad de la Asamblea Legislativa expedir –entre otras– las normas para *prevención y readaptación social* (artículo 122, C, fracción V, inciso i).

¹¹⁴ Decreto publicado en Diario Oficial de la Federación de 14-08-2001, adición de un párrafo sexto al artículo 18 constitucional: *Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.*

a través de su innovador método marginal/excluyente *conforme a la época actual*, no hubiese sido mucho más coherente acudir al Constituyente permanente de 2001 –tan legitimado como el original de 1917– y su adición al artículo 18 constitucional, de la reintegración como fin concurrente y, al mismo tiempo, garantía del sentenciado. Ante tal indiferencia, por el contenido material de la constitución, está por demás esperar un análisis de los principios expresos e implícitos en el propio ordenamiento para determinar o no la compatibilidad de la prisión perpetua con el texto fundamental.

¿Por qué la SCJN omite, como expone el voto particular del ministro Silva Meza, cualquier referencia al artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, que consigna como finalidad esencial de las penas privativas de la libertad la reforma y la readaptación social de los sentenciados?

III.6. Voto paralelo: Excusatio non petita, accusatio manifesta

El ministro Aguirre Anguiano, en aras de justificar tres aspectos que, en su concepto, no quedaron suficientemente aclarados en el proyecto, formuló voto paralelo¹¹⁵. En realidad, tal postura contiene un *mea [nostra] culpa* sobre el origen e impacto –por demás previsible– del fallo de la SCJN. Así, con la típica asepsia y renuencia para aceptar que sus decisiones tienen, no sólo contenido, sino también prospectiva política, aduciendo que se trata de una cuestión exclusiva o estrictamente jurídica, rechaza que la apresurada medida para modificar la jurisprudencia anterior, haya obedecido a presiones externas o de naturaleza política.

¹¹⁵ Consultable en *IUS* 20,582.

Nada de eso influyó en el ánimo de la mayoría, únicamente la *imperiosa* necesidad de dar certeza y unidad a la aplicación de las leyes en nuestro país, posibilitando con ello la plena vigencia para los gobernados de la garantía de seguridad [que serán extraditados] jurídica y, por ende, del estado de Derecho. Con la misma pulcritud jurídica, niega que la SCJN esté invadiendo –con el sentido de la resolución– espacios que corresponden al Ejecutivo y Legislativo, para delinear la política criminal nacional: única y exclusivamente se determinó si la prisión vitalicia está o no ajustada a la Constitución; y, por supuesto, que no se trata de crear, reformar o aprobar una norma¹¹⁶.

Para corroborar que, en realidad, los razonamientos del voto paralelo son un *mea culpa* anticipado de las implicaciones tanto políticas, como en concreto, político criminales que tendría el fallo, dos botones *ex post* de prueba: a) más pronto que tarde y, una vez removido el obstáculo constitucional, el nuevo Ejecutivo Federal extraditó a Estados Unidos, dentro de las llamadas cien acciones inaugurales del gobierno, a mexicanos acusados –también– en ese país de delitos relacionados con el narcotráfico, algunos todavía con procesos en curso o con sentencias por cumplir en México¹¹⁷ y b) el propio Ejecutivo Federal, ha propuesto al

¹¹⁶ De hecho, el método esencialmente invocado para convalidar la constitucionalidad de la prisión vitalicia (incluso reproducido en la tesis respectiva [IUS 175,844]), *in fine* y como argumento de cierre, conduce, precisamente –lo niegue o no la mayoría o el voto paralelo– a la creación de una nueva norma que, no es otra que el establecimiento y validez de la prisión vitalicia. Esto es así, puesto que recurrir y basarse invocando (*a contrario*) el silencio del legislador al respecto, conlleva la creación de una norma nueva, no expresamente dictada por éste, pero que le es atribuida o, mejor dicho en este caso, endosada. Al respecto, *cfr.* EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación...* cit., pp. 157 y ss.

¹¹⁷ En esa primera (re)acción, 15 personas fueron extraditadas a Estados Unidos. Véase <http://www.jornada.unam.mx/2007/01/20/index.php?section=politica&article=005n1pol>.

Constituyente ordinario, precisamente invocando el fallo y argumentos de la SCJN, la prisión vitalicia o perpetua para determinados delitos del ámbito federal¹¹⁸.

Es importante de cara al juicio de la historia, tener presente –como ha recordado Carbonell para otra funesta resolución¹¹⁹– las circunstancias y los nombres de los ministros de la SCJN que, en una decisión de oportunidad, procesal y sustantivamente cuestionable, abrieron de par en par la puerta para establecer, en aras de la seguridad jurídica, la pena de prisión perpetua en México¹²⁰.

III.7. Los votos particulares

De la minoría, Góngora Pimentel y Silva Meza¹²¹, formularon votos particulares. El primero, haciendo un repaso histórico del proceso de humanización de las penas, afirma que el fallo es una involución para el sistema penal nacional; y que, en última instancia, la SCJN con su criterio autoriza que se imponga la muerte social del delincuente, a través de la prisión vitalicia¹²² y, con ello, la hora del garrote ha llegado.

¹¹⁸ Cfr. iniciativa de decreto que reforma los artículos 25 y 366 del Código Penal Federal, de 09-03-2007. Sobre el contenido, francamente restrictivo y regresivo de esta propuesta, *vid.*, por todos, AA.VV.: “La reforma...” cit., *passim*. *Vid.*, particularmente –pero no tan sólo– CÁRDENAS: “La intervención...” cit., pp. 25-32; GONZÁLEZ GÓMEZ: “Estado...” cit., pp. 83-91; MORENO HERNÁNDEZ: “Los caminos...” cit., pp. 103-106; GONZÁLEZ PLACENCIA: “La reforma...” cit., pp. 115-121; ERAÑA HERNÁNDEZ: “Reforma...” cit., pp. 191-197; GARCÍA RAMÍREZ: “Reflexiones...” cit., pp. 273-284; KALA: “El derecho...” cit., pp. 485-497; MORENO HERNÁNDEZ: “Medidas...” cit., pp. 535-541; SALES HEREDIA: “La excepción...” cit., pp. 51-557; ONTIVEROS ALONSO: “Relatoria” pp. 559-561.

¹¹⁹ CARBONELL, M.: “Ultrajando la Constitución...” cit., p. 186.

¹²⁰ Votos a favor: Aguirre Anguiano, Sergio; Luna Ramos, Margarita; Ortiz Mayagoita, Guillermo; Valls Hernández, Sergio; Sánchez Cordero, Olga; Azuela Gutiérn, Mariano (presidente). En contra, Cossío Díaz, José Ramón; Díaz Romero, Juan; Góngora Pimentel, Genaro; Guidiño Pelayo; José; Silva Meza, Juan.

¹²¹ Respectivamente, consultables en *IUS* 20583 y 20584.

¹²² No sólo social, sino incluso civil, al estilo romano, pues es criterio aceptado que la prisión conlleva, en automático, la suspensión de los derechos políticos por todo el tiempo que dura la condena.

Sin tapujo alguno, reconoce la perversión que el sentido de la resolución supone en un sistema que ha sido incapaz de preservar la seguridad de sus ciudadanos y que, ante ese fracaso, lo único que puede hacer es endurecer el castigo y las sanciones penales. Una tal *política criminal*, de huida al Derecho Penal, ahora es reconocida y, además, implícitamente habilitada por la SCJN, pese a la ineeficacia probada del aumento de las sanciones para disminuir el índice delictivo. Más aún, ante el insistente y simbólico evocamiento de la impunidad, para justificar cualquier medida, el Estado es corresponsable de esa situación, particularmente si los encargados de procuración de justicia no hacen su labor de investigación para presentar a los responsables ante los tribunales y las policías se coluden con los delincuentes. El Estado de Derecho, se debilita al autorizar el fallo que éste puede aplicar toda fuerza punitiva, sin límite alguno contra los individuos que gobierna que, según esa concepción filosófica, son seres humanos incapaces de recomponerse.

Poniendo, finalmente, el dedo en la llaga, afirma que la decisión es coyuntural y para satisfacer los reclamos de otros países para extraditar a ciudadanos y no ciudadanos mexicanos, y que éste, más no la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la prisión perpetua, es el *leit motiv* de la resolución. También invoca que esa pena, con legisladores oportunistas y veleidosos se aplicará no sólo a extraditables, sino a muchos otros ciudadanos. El voto particular concluye afirmando que la pena de prisión es contraria a los artículos 22 y 18 constitucionales y los argumentos del fallo dejan claro que no sólo ha llegado de la hora del garrote, sino peor aún, deja entrever el advenimiento del (nuevo) Estado autoritario judicialmente convalidado.

El ministro Silva Meza en su voto particular objeta, tanto la procedencia misma de la jurisprudencia previa,

como el fondo del asunto. Con relación al fondo, con excelente argumentación y fundamentación, sobre la base de los principios constitucionales de libertad, proporcionalidad, dignidad humana y legalidad penal, rechaza la constitucionalidad de la prisión vitalicia, entre otras cosas, por ser contraria al fin esencial constitucional de la pena de prisión: la resocialización.

Sin entrar al debate sobre la naturaleza de la resocialización, si es o no un derecho fundamental, pone de manifiesto y justifica –no sin antes reiterar la indisponibilidad absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales– que la pena de prisión, en el marco normativo constitucional, reiterado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José –que obliga también a la SCJN como parte del Estado mexicano– tiene como finalidad esencial la readaptación social. De esta forma, coherente con su defensa de la dignidad humana, expone que, en un Estado constitucional, todo el sistema penitenciario debe estar estructurado hacia este objetivo, independientemente que tenga éxito o no, y siempre respetando la voluntad del sentenciado para asumir o no la oferta que en ese sentido se le brinda.

Puntualmente, recuerda que la SCJN debe resolver si la prisión vitalicia respeta o no los derechos fundamentales y los mandatos previstos en la Constitución, mas no sumarse alegremente al debate de si esa pena, en época de crisis de inseguridad, responde o satisface el llamado reclamo de la sociedad.

Finalmente, reconociendo previamente el contenido político de su argumento, que el Estado pierde su legitimidad cuando mata, tortura, humilla al ciudadano, poniéndose al nivel de los delincuentes. En suma, la pena de prisión vitalicia –afirma– está prohibida por el artículo

22, ya que es innecesaria y trasciende a la dignidad de la persona humana.

IV. Breve excuso para Enrique Gimbernat

Enrique Gimbernat ha sostenido que la dogmática penal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, sustrayéndola de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación. Más aún, facilita la identificación del problema o problemas que plantea una disposición legal o, agregaría yo, un caso; y, a través de las teorías formuladas abstractamente, propone soluciones racionales para ambos¹²³.

Cuánta razón y sabiduría encierra su pensamiento, sus palabras y acciones, que siempre, generosa y desinteresadamente, está dispuesto a compartir con quien quiera escucharlo.

El océano de por medio que separa Morelia de Madrid no ha sido un obstáculo, como tampoco el inevitable transcurso del tiempo, para que la indeleble impronta de su magisterio esté presente en mi quehacer cotidiano, bien en las aulas o bien en la función judicial que he venido desempeñando en los últimos años. Mucho menos ahora que, don Enrique, mi Maestro, ha sido investido también doctor *honoris causa* por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo¹²⁴, mi aula *mater* y que, gracias a la solidaridad académica y amistad de mis co-discípulos y entrañables colegas que han convocado este merecido homenaje, estoy nuevamente a su lado.

¹²³ “¿Tiene un futuro...” cit., pp. 158-159.

¹²⁴ Sesión solemne del honorable Consejo Universitario de 27 de octubre de 2006, en el Colegio Nacional y Primitivo de San Nicolás de Hidalgo, Morelia (México).

V. Fuentes de información

Bibliográficas

- AA.VV., “La reforma penal en México. Análisis, críticas y perspectivas”, en *Sistema penal*, edición especial (agosto 2007), Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal / Ubijus, México, 2007.
“La intervención de la comunicaciones privadas en la reforma constitucional” (FÉLIX CÁRDENAS [pp. 25-32]), pp. 25-32, “Estado de Derecho: ¿con un sistema penal de dos velocidades?” (GONZÁLEZ GÓMEZ [pp. 83-91]), “Los caminos inciertos de la reforma penal en México” (MORENO HERNÁNDEZ [pp. 103-106], “La reforma penal constitucional: el desmantelamiento de estado constitucional de derechos” (GONZÁLEZ PLACENCIA [pp. 115-121]), “Reforma penal y constitución” (ERAÑA HERNÁNDEZ, [pp. 191-197]), “Reflexiones en torno a la iniciativa de reforma constitucional y su vinculación con el proceso penal” (GARCÍA RAMÍREZ [pp. 273-284]), “El derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano” (KALA [pp. 485-497]), “Medidas democráticas frente a la delincuencia organizada” (MORENO HERNÁNDEZ, [pp. 535-541]), “La excepción hecha regla” [SALES HEREDIA [pp. 551-557]) y “Relatoría” (ONTIVEROS ALONSO, [pp. 559-561].
- ARTZ, Sigrid: “*The militarization of the Procuraduría General de la República: risks for Mexican democracy*”. En: *Reforming the administration of justice in Mexico*. Cornelius-Shirk, University of Notre Dame Press, Center for US-Mexican Studies, University of California, San Diego, Notre Dame, Indiana y La Jolla, 2007.
- BEDOLLA ESPINO, Javier: “Aspectos prácticos: cuerpo del delito y tipo penal (más allá de la retórica

simbólica dogmático-legislativa)”. En: González Gómez, Alejandro (coord.): *Repensando el derecho penal desde Michoacán. Libro homenaje al profesor Gilberto Vargas López*. SCJN, Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006.

- BERNAL PULIDO, Carlos: “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, En: *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- CÁMARA DE DIPUTADOS: *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. III. Cámara de Diputados-IIJ, Porrúa, México, 1994.
- CARBONELL, Miguel (coord.): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. UNAM, México, 2003.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier: *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, derecho comparado, el caso español*. Civitas, Madrid, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?”. En *Estudios de Derecho Penal*. Tecnos, 3^a ed., Madrid, 1190.
- GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro: “Reforma constitucional al sistema de seguridad pública y justicia penal: ¿implicaciones en el ámbito constitucional electoral?”. En: *Estudios penales y jurídicos*. Ubijus, México, 2007.

- MAGALONI, Ana Laura y NEGRETE, Layda: *El Poder Judicial de la Federación y su política de decidir sin resolver*. Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, s.a.
- RIDING, Alan: *¿Cambiará México ahora?*, trad. de Sofía Romero, Joaquín Mortiz, México, 2000.
- SAGÜÉS, Néstor: “La inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales y las vías para remediarla”. En: *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*. Konrad Adenauer Stiftung /Ad hoc, Buenos Aires, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio R. et. al.: *Derecho Penal, parte general*, 2^a ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZEPEDA LEUCONA, Guillermo: *Los mitos de la prisión preventiva en México*, OSJI, México, 2004.

Hemerográficas

- CARBONELL, Miguel: “Ultrajando la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”. *Isonomía*, (24): abril, 2006.
- ERAÑA, Miguel: “Comentario a la sentencia I.-20/2003 de la SCJN que convalida la legislación estatal de penas perpetuas (fácticas)”. *Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (36): 2006.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto: “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. *Isonomía*, (18): 2003.

Fuentes legislativas

- Código Penal de Chihuahua
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución.
- Diario Oficial de la Federación, 23-12-1990.
- Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 03-09-1993.
- Decreto por el que se declaran reformados los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 08-03-1999.
- Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o.; y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 14-08-2001.
- Decreto por el que se declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 12-12-2005.
- Iniciativa de decreto que reforma los artículos 25 y 366 del Código Penal Federal. 09-03-2007.
- Periódico Oficial del Estado de Chihuahua. 27 de agosto de 2003.

Instrumentos internacionales

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos

Tesis citadas

- Tesis aislada [superada por contradicción] XXV.1 P, registro 192015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril 2000, p. 933.
- Tesis aislada III.2º.P.67 P, registro 191262, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, septiembre 2000, p. 735.
- Jurisprudencia P./J. 155/2000, registro 190669, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 843.
- Jurisprudencia [superada por contradicción] XV. 1º. J/6, registro 190746, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 1338.
- Tesis aislada [superada por contradicción] XXI.4º.1 P, registro 190459, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, enero 2001, p. 1686.
- Jurisprudencia 1a/J. 18/2001, registro 189667, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, p. 143; ejecutoria, registro 7146, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, p. 144.
- Jurisprudencia P./J. 125/2001, registro 188601, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre 2001, p. 13.

- Jurisprudencia P./J. 127/2001, registro 188542, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre 2001, p. 15.
- Tesis aislada P. XXXV/2002, registro 186185, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto 2002, p. 14.
- Jurisprudencia 1^a/J. 86/2002, registro 184968, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, febrero 2003, p. 47; ejecutoria, registro 17423, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, febrero 2003, p. 48.
- Jurisprudencia 1a/J. 80/2004, registro 180240, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 264.
- Jurisprudencia P./J. 1/2006, registro 175844, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero 2006, p. 6; ejecutoria, registro 19501, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, mayo 2006, p. 339.

Recursos en internet

- <http://www.eluniversal.com.mx/notas/430324.html>
- <http://www.eluniversal.com.mx/notas/430324.html>
- <http://www.jornada.unam.mx/2007/01/20/index.php?section=politica&article=005n1pol>.

¿Era necesaria la nueva ley contra el secuestro?

*Humberto Haro Mederos**

RESUMEN: La interrogante planteada que nomina el presente trabajo, en cuanto a la justificación de la existencia de una nueva *Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro*, es respondida de manera categórica en sentido negativo. Primero: porque tal ley no modifica la realidad ni impide que se cometan delitos de secuestro. Segundo: porque si el tema era impostergable en la *agenda de seguridad*, resultaba mucho menos tortuoso adicionar el título vigésimo primero del Código Penal Federal, que ya contemplaba delitos de secuestro, en lugar de poner a funcionar toda la maquinaria de una reforma constitucional seguida de la expedición de esta ley especial, que al final de cuentas incluyó casi los mismos delitos. Tercero: porque menguar las garantías individuales con el pretexto de que obstruyen la prevención, investigación y persecución de los delitos de secuestro, implica una garrafal regresión y crea una peligrosa trampa sin sustento alguno. Y cuarto: porque la experiencia ha demostrado que la amenaza de la pena y la *flexibilización* de requisitos para imponerla no desalientan al crimen, ejemplo de ello es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

*Supervisor en materia Penal del Instituto Federal de Defensoría Pública.

que lejos de frenar el fenómeno, se ha visto incrementado violentamente.

SUMARIO: Introducción. I. La reforma de la realidad. II. Los viejos delitos. III. Las innovaciones típicas. IV. El derecho de excepción alternativo y paralelo al ordinario. V. ¿Otro Estado de Derecho? VI. El ámbito de aplicación fallido. VII. Garantías de las víctimas. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Aunque la llamada *miscelánea anti-secuestro*,¹ que creó una nueva ley en la materia y modificó 7 ordenamientos legales, no fue suficientemente discutida en su momento durante el proceso legislativo previo a su aprobación final, la trascendencia jurídica de su incorporación al Derecho vigente le convierte en tema obligado de reflexión, con lo que quien esto escribe se suma al justo homenaje editorial, en memoria del señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Tuve el privilegio de recibir sus cátedras de Amparo, durante el 8º semestre de la carrera de abogado, en la otrora Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara.

Conforme con las razones que se pretenden sustentar en líneas subsiguientes, se pone en evidencia que legislar,

¹ En referencia al “Decreto por el que se expide la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código Penal Federal, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad”, en: *Diario Oficial de la Federación*, 1ª sección, México, martes 30 de noviembre de 2010.

a partir de una iniciativa a la ligera, en lugar de modificar el estado de cosas que suscita el incremento impune de secuestros, sólo reduce su pretendido combate al aspecto meramente propagandístico.

Y por otra parte, las desproporciones del régimen de excepción que la nueva ley entraña y enarbola, propician riesgos descomunales, sin distingos, para responsables e inocentes, en indudable retroceso para los derechos humanos en nuestro país.

I. La reforma de la realidad

No se puede negar que, hoy más que nunca, lamentablemente la criminalidad y la violencia se volvieron ya parte del ornamento de la realidad nacional, donde los ajusticiamientos violentos, en la encarnizada lucha de bandas que pretenden el control territorial de sus actividades ilícitas, son ya tan rutinarios como la militarización del país decidida por el Ejecutivo, con las costosas consecuencias que desde luego lleva inmersas.

Al respecto, el ministro y tratadista argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, en un intento por valorar la pena en un Estado social democrático de Derecho, desde lo que él llama la lógica a seguir *del carníceros responsable*, advierte que el Estado perdió poder,² que los políticos quedaron incapacitados para resolver los conflictos sociales y, debilitados, simulan tener condiciones de mediación, porque la gente no se siente representada por ellos sino *insegura*; el autor expone:

² ZAFFARONI, E.R.: “La Función Reductora del...”, cit., p. 2. Este autor considera que el penalista erróneamente ha caído en el “rol de la incumbencia totalitaria de resolver todo”, por lo que debe asumir que no sabe de todo, que el hombre en la historia no resolvió nada con el Código Penal; que el Poder Punitivo sólo tiene condiciones de suspender (no resolver) pocas cosas, “tal vez pueda brindar alguna tranquilidad a través de suspender algún conflicto. Pero nada más”.

Entonces tenemos que brindar seguridad [...] en aquellas amenazas más inmediatas [como la inseguridad urbana]. Se llega así al delirio [...]. Con esto, los políticos van a hacer propaganda, demagogia retributiva [...]. No van a resolver nada [...] van a vender la imagen de que están resolviendo todo, especialmente de que están brindando seguridad. Y ¿cómo hacen esto?: a través de leyes penales.

[...] Dibujamos tipos penales, donde ponemos todo aquello que es negativo, [...] peligroso (ponemos eso en el tipo penal, y al tipo penal en el Diario Oficial), con eso nos basta. Creemos que eso modifica la realidad [...]. Y así, también, los políticos [...] cuando más absurda es la ley penal, más minutos de televisión tiene[n] (que les pueden representar muchos minutos de poder).³

Se coincide con el citado tratadista en que las reformas normativas por sí mismas no transforman la realidad, y en que decretar cambios legales de esta manera únicamente enriquece más el negocio de los medios de comunicación y los partidos, para crear la impresión colectiva de que se está actuando, en este caso, ante la proliferación de los delitos de secuestro y su impunidad, pero no los evita y difícilmente los disminuye.

La expedición de nuevas leyes para tipificar más conductas o complementar las existentes, alargar las penas de prisión a imponer y establecer reglas de excepción tanto orgánicas, como sustantivas, adjetivas y de ejecución, si bien es exitosa en un momento dado para la atracción de reflectores y el mantenimiento de la buena imagen de gobierno,⁴ pronto se convertirá en la medida

³ *Idem.*

⁴ *Loc Cit.* Como los tiempos cambiaron, y ahora el ámbito mercantil es el de la política, donde los políticos se venden como un producto. Para el *marketing* político no hay nada mejor que las leyes penales. “Estamos hablando de un

superficial que es y mostrará su incapacidad para reformar la realidad que pregonaba. Para entonces, las cámaras y micrófonos ya no estarán al momento del desengaño, del que sólo unos cuantos tendrán conciencia.

Para corroborar lo asentado basta revisar las *declaraciones* difundidas por funcionarios públicos y jefes policiacos relacionados con las áreas de seguridad pública de todos los niveles, de contenido más político que estratégico; más de justificación y defensa de los cargos que ocupan, que de resultados concretos; más de buenas intenciones que de acciones; más de auto-elogios e informaciones maquilladas que de verdades.

Vale la pena traer a colación lo que Ricardo Ravelo escribió respecto a las elecciones de 2005 en el Estado de México, en el contexto de aquella célebre marcha del 27 de junio de 2004, en el sentido de que al convertirse el tema de la seguridad pública en una bandera política, entre la clase empresarial se daba por hecho que el aspirante a Gobernador con el mejor proyecto contra el crimen tendría el respaldo social para ganar dichas elecciones.⁵

Se comulga con el señalamiento recurrente de que el problema no está en las leyes siempre perfectibles, obra del quehacer humano, sino en su cumplimiento y aplicación casuística, y sobretodo en la falta de acciones de fondo, eficaces y eficientes, para transformar los

Estado de Derecho, en esencia muy democrático, pero cada día menos social. Un Estado de Derecho amenazado [...] por el Estado de Policía, [...] [que] no es otra cosa que un Estado con su poder punitivo descontrolado. [...] lo principal es intentar volver al Estado de Derecho, [...] contener el Estado de Policía y no caer en el delirio”.

⁵ RAVELO, R.: “Estado de México: Los dominios del crimen. Con el proceso electoral en puerta para suceder al gobernador Arturo Montiel, los posibles candidatos tanto del PRI como del PAN tienen en el discurso contra la criminalidad su mejor bandera. Pero ganar votos así puede resultarles caro: el problema es real, y no cualquiera podrá enfrentarlo”, en: *Semanario de...*, cit., p. 45.

múltiples factores que producen y mantienen la innegable expansión y la insultante impunidad de los delitos de secuestro.

En este orden de ideas, el acreditado tratadista y profesor italiano Luigi Ferrajoli, en un ensayo que forma parte de su teoría garantista, en el que aborda la criminalidad y la globalización,⁶ asocia la crisis del Derecho Penal con el terreno de la seguridad, como política coyuntural y demagógica, que apunta al cambio en el sentido común del significado de dicha palabra (seguridad), en el viejo mecanismo del *chivo expiatorio* sobre el cual descargar las inseguridades, fortalezas y tensiones sociales no resueltas con un doble efecto regresivo:

Por un lado la identificación ilusoria, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, como si la intervención penal pudiera producir mágicamente una reducción de los delitos callejeros que requeriría por el contrario, más que políticas penales, políticas sociales; más que políticas de exclusión, políticas de inclusión.

Por otro lado, la remoción del horizonte de la política, de las políticas sociales dirigidas a remontar las causas estructurales de este tipo de desviación y de las formas de tutela alternativas al Derecho Penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que los experimentos de agravación de las penas.⁷

La nueva ley general contra el secuestro es un claro ejemplo de lo que el profesor Ferrajoli desentraña estupendamente, en cuanto a la incapacidad de la política coyuntural apuntada para afrontar las causas estructurales de la delincuencia y en cambio dirigirse solamente a alimentar los miedos y humores de represión presentes en la sociedad.

⁶ FERRAJOLI, L.: “Criminalidad y globalización”, cit., pp.77 a 79.

⁷ *Idem.*

De ahí deriva la primera objeción a la nueva ley en materia de delitos de secuestro, al considerarse una reacción oficial que por sí misma es incapaz de transformar la realidad, ya que su sola promulgación y entrada en vigor no garantiza que las cosas sean diferentes para bien. Publicar el resultado del proceso legislativo en el Diario Oficial y otros medios de comunicación no basta para cambiar el reinante estado de cosas.

II. Los viejos delitos

El artículo tercero del decreto⁸ derogó los artículos 366 y 366 bis del Código Penal Federal, que tipificaban buena parte de las mismas conductas básicas, agravadas y atenuadas, a las que con ligeras variaciones se da vida en algunos artículos de la nueva Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es decir, si se descuentan las nuevas tipificaciones que sin duda esta legislación introduce,⁹ gran número de delitos solamente se trasplantaron de un cuerpo normativo a otro, en algunos casos en forma idéntica, en otros con algún cambio de redacción.

Con ello la innecesaria espera que llevó la preparación del terreno, a partir de toda una reforma constitucional previa, para instaurar la nueva ley general de la materia,¹⁰

⁸ *Op. Cit.*, nota 1.

⁹ Las mismas se abordarán en el apartado III.

¹⁰ Cf. Diario Oficial de la Federación del lunes 4 de mayo de 2009. Fue necesario hacer intervenir al Constituyente Permanente para reformar el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el fin de facultar al Congreso de la Unión para expedir una ley general en materia de secuestro, que estableciera, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios.

viene a poner en tela de duda la supuesta urgencia del tema en la *agenda de seguridad*, cuando lo más pragmático y lógico era simplemente complementar el título vigésimo primero, del Código Penal Federal, relativo a la privación ilegal de la libertad y de otras garantías, que ya contenía delitos de secuestro, así como modificar las disposiciones contenidas en otros ordenamientos, necesarias para su debida armonización y puesta en marcha.

La espera y los trámites que condujeron a la promulgación de esta nueva *ley especial* muestran su falta de justificación en cuanto a la premura que mermó su debida discusión, y también desde la óptica de los tipos penales específicos que prevé, como se muestra en el siguiente cuadro comparativo entre el derogado artículo 366, fracción I, del Código Penal Federal y el artículo 9, fracción I, de la nueva Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro:¹¹

Cuadro 1

	ART. 366, FRACCIÓN I, CÓDIGO PENAL FEDERAL	ART. 9, FRACCIÓN I, LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO
CONDUCTA	Al que prive de la libertad a otro se le aplicará:	Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:
PENAS	De 15 a 40 años de prisión y de 500 a 2 mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:	De 20 a 40 años de prisión y de 500 a 2 mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:
FINES	a) Obtener rescate; b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra . d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro.	a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio ; b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera; c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros ; o d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro.
AUTONOMÍA	Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a este Código (esta ley) le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten.	

¹¹ Con base en: *Op. Cit.*, nota 1.

Como se observa, tanto la fracción d) como el último párrafo de ambos numerales mantienen una redacción exacta, en referencia al llamado *secuestro exprés* y a la autonomía con los demás delitos que en caso de concurso se demuestren.

Con ello se confirma que lo que ahora se presenta como innovación en la ley aquí comentada, en realidad ya existía en el Código Penal Federal antes de las reformas y, por tanto, era más natural adicionar dicha ley sustantiva.

Las diferencias restantes no tienen mayor relevancia, excepto la pena corporal mínima elevada a 20 años de prisión, el rescate o beneficio a obtener para sí o para un tercero y la supresión de la palabra *autoridad* en la realización o no de algún acto bajo amenaza de matar o dañar al rehén.

Enseguida se comparan las *agravantes* del abrogado artículo 366, fracción II, del Código Penal Federal, con las del artículo 10, fracción I, de la nueva ley de secuestro:

Cuadro 2

	ART. 366, FRACCIÓN I, CÓDIGO PENAL FEDERAL	ART. 10, FRACCIÓN I, LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO
PENAS	De 20 a 40 años de prisión y de 2 mil a 4 mil días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:	Las penas a que se refiere el artículo 9 de la presente ley, se agravarán: de 25 a 45 años de prisión y de 2 mil a 4 mil días multa, si en la privación de la libertad ocurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:
	a) Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario;	
	b) Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo;	
	c) Que quienes lo lleven a cabo obren en grupo de 2 o más personas;	b) Que quienes la lleven a cabo obren en grupo de 2 o más personas;
	d) Que se realice con violencia, o	c) Que se realice con violencia;
		d) Que para privar a una persona de su libertad se allane el inmueble en el que ésta se encuentra;
	e) Que la víctima sea menor de 16 o mayor de 60 años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad.	e) Que la víctima sea menor de 18 años o mayor de 60 años de edad, o que por cualquier otra circunstancia no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo;
		f) Que la víctima sea una mujer en estado de gravidez;

El artículo 10, fracción I, de la nueva ley en materia de secuestro solamente agregó como agravantes en sus incisos d) y f), respectivamente, que exista *allanamiento* del inmueble en que se encuentre la víctima y que se trate de mujer embarazada.

También incrementó la edad de la víctima a menos de 18 años en el inciso e), puntualizando la incapacidad de comprender o resistir el hecho.

Y aparentemente quitó la agravante del derogado artículo 366, fracción II, inciso b), consistente en que el autor sea o haya sido *integrante* de alguna institución de *seguridad pública*, o se *ostente* como tal sin serlo, para la que se preveía la misma pena corporal que el resto de supuestos (20 a 40 años de prisión).

No obstante, tal agravante no desapareció al incorporarse en el artículo 10, fracción II, inciso a), de la nueva ley general de secuestro con mayores penalidades en ambos límites (25 a 50 años de prisión).¹²

A continuación se cotejan las *agravantes* por lesiones del abrogado artículo 366, fracción III, párrafo, segundo del Código Penal Federal con las del artículo 10, fracción II, de la nueva Ley para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro:

Cuadro 3	
ART. 366, FRACCIÓN III, CÓDIGO PENAL FEDERAL	ART. 10, FRACCIÓN II, LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO
Párrafo segundo.- Se impondrá una pena de 30 a 50 años de prisión al o a los secuestradores, si a la víctima del secuestro se le causa alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 de este Código.	<p>De 25 a 50 años de prisión y de 4 mil a 8 mil días multa, si en la privación de la libertad concurren cualquiera de las circunstancias siguientes:</p> <p>Inciso c) Que durante su cautiverio se cause a la víctima alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 del Código Penal Federal.</p>

¹² Cf. Apartado III, letra B, del presente trabajo.

Por otra parte, la pena máxima de hasta 70 años de prisión, motivo de ensalzamiento oficial y al mismo tiempo de oposición académica, equívocamente se presentó como novedad cuando, tanto antes como ahora, ya era susceptible de imponerse en caso de homicidio del secuestrado. La nueva ley en materia de secuestro sólo le sumó días de multa (hasta 12 mil), y delimitó la pena mínima:

Cuadro 4	
ART. 366, FRACCIÓN III, CÓDIGO PENAL FEDERAL	LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO
Párrafo tercero.- En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, se aplicará pena de hasta 70 años de prisión.	Artículo 11.- Si la víctima de los delitos previstos en la presente ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a éstos una pena de 40 a 70 años de prisión y de 6 mil a 12 mil días multa.

Por lo que respecta a las *atenuantes* por liberación espontánea, la ley para prevenir y sancionar los delitos de secuestro retomó con similar método al de los casos anteriores, en su artículo 12, párrafos primero y último, algunas de las ya establecidas en el derogado artículo 366, fracción III, párrafos cuarto y último, del Código Penal Federal, tal y como se puede apreciar a continuación:

Cuadro 5	
ART. 366, FRACCIÓN III, CÓDIGO PENAL FEDERAL	ARTÍCULO 12 LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO
Párrafo cuarto.- Si espontáneamente se libera al secuestrado dentro de los 3 días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refieren las fracciones I y III de este artículo y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II, la pena será de 2 a 6 años y de 50 a 150 días multa.	Párrafo primero.- Si espontáneamente se libera a la víctima del secuestro dentro de los 3 días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo 9 de esta ley y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias agravantes del delito, la pena será de 2 a 6 años y de 50 a 150 días multa.
Último párrafo.- En los demás casos en que espontáneamente se libere al secuestrado, sin lograr alguno de los propósitos a que se refieren las fracciones I y III de este artículo, las penas de prisión aplicables serán de 5 a 15 años y de 250 hasta 500 días multa.	Último párrafo.- En caso de que espontáneamente se libere al secuestrado dentro de los primeros 10 días , sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo 9 de la presente ley, y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias agravantes del delito, la pena de prisión aplicable será de 8 a 15 años y de 250 a 500 días multa.

III. Las innovaciones típicas

A. Tipos básicos

Las nuevas conductas criminalizadas en la ley anti-secuestro¹³ se contemplan primordialmente en sus artículos del 13 al 17, y se pueden clasificar en 3: de simulación, de encubrimiento o desvío de investigación y, cometidos por servidores públicos.

Entre los primeros se encuentran los siguientes:

*Artículo 13.- Se impondrá pena de 100 a 350 jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que **simule** por sí o por interpósita persona, la privación de su libertad con alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de la presente Ley.*

Artículo 14.- Se impondrán de 2 a 8 años de prisión al que simule la privación de la libertad de una persona, con la intención de conseguir alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de esta Ley.

*La misma pena se impondrá al que **amenace** de cualquier modo a una persona con privarla de la libertad o con privar de la libertad a algún miembro de su familia o con quien esté ligada por algún vínculo, con alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de la presente Ley.¹⁴*

Los delitos de *encubrimiento* o desvío de investigación están previstos en el artículo 15 de la nueva ley de secuestro:¹⁵

Artículo 15.- Se aplicará pena de 2 a 8 años de prisión y de 700 a mil 500 días multa, al que:

Fracción I.- Después de la ejecución de cualquiera de las conductas previstas en los artículos 9 y 10 de la

¹³ *Op. Cit.*, nota 1.

¹⁴ *Ídem.*

¹⁵ *Ídem.*

*presente Ley, y sin haber participado en cualquiera de ellas, adquiera o reciba el **producto** de las mismas a sabiendas de esta circunstancia;*

*Fracción II.- Preste auxilio o **cooperación** al autor de cualquiera de las conductas previstas en los artículos 9 y 10 de esta Ley, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la liberación de la víctima;*

*Fracción III.- Oculte o favorezca el **ocultamiento** del responsable de ejecutar cualquiera de las conductas previstas en los artículos 9 y 10 de esta Ley, con conocimiento de esta circunstancia, así como los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;*

*Fracción IV.- Altere, modifique o destruya ilícitamente el lugar, **huellas** o vestigios de los hechos delictivos a que se refiere esta Ley, y*

*Fracción V.- Desvíe u **obstaculice** la investigación de cualquiera de las conductas previstas en los artículos 9 y 10 de esta Ley, o favorezca que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.*

No se aplicará la pena prevista en este artículo en el caso de la fracción III, en lo referente al ocultamiento del infractor, cuando se trate de:

Inciso a) Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines directos, y

Inciso b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado.¹⁶

Y finalmente, los nuevos delitos de este género cometidos por servidores públicos se encuadran en los artículos 16 y 17 de la nueva Ley para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro:

¹⁶ *Idem.*

Artículo 16.- Se aplicará pena de 2 a 8 años de prisión, de 200 a mil días multa, al servidor público que:

Fracción I.- Divulgue, sin motivo fundado, información reservada o confidencial, relacionada con las conductas sancionadas por esta Ley, salvo que se refiera a la información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, en este caso se aplicará lo dispuesto por el Código Penal Federal, o

Fracción II.- Revele, sin motivo fundado, técnicas aplicadas a la investigación o persecución de las conductas previstas en la presente Ley.

Si el sujeto es o hubiere sido integrante de una institución de seguridad pública, de procuración de justicia, de los centros de reclusión preventiva o penitenciaria o, la pena será de 4 años 6 meses a 13 años de prisión, así como también, la multa y el tiempo de colocación de dispositivos de localización y vigilancia se incrementarán desde un tercio hasta dos terceras partes.

Artículo 17.- Se aplicará pena de 4 años 6 meses a 13 años de prisión, de 200 a mil días multa al servidor público que, teniendo atribuciones en materia de prevención, investigación, procuración o impartición de justicia o de vigilancia y custodia en los centros de privación de la libertad o penitenciaria, se abstenga de denunciar ante el Ministerio Público o, en caso de urgencia, ante la policía, la comisión de cualquiera de los delitos previstos en esta Ley, o de hacer saber de inmediato al Ministerio Público información, evidencias o cualquier otro dato relacionado, directa o indirectamente, con la preparación o comisión de las conductas previstas en esta Ley.¹⁷

¹⁷ *Idem.*

B. Agravantes

El artículo 10, fracción II, de la ley en materia de secuestro establece más agravantes, sancionadas con las penas de 25 a 50 años de prisión y de 4 mil a 8 mil días multa, sin perjuicio de las que resulten por otros delitos, cuando en la privación de la libertad concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) Que el o los autores sean o hayan sido integrantes de alguna institución de seguridad pública, de procuración o administración de justicia, o de las fuerzas armadas mexicanas, o se ostenten como tales sin serlo (antes establecida en el artículo 366, fracción II, inciso b), del Código Penal Federal);
- b) Que el o los autores tengan vínculos de parentesco, amistad, gratitud, confianza o relación laboral con la víctima o persona relacionada con ésta;
- c) Que se hayan ejercido actos de tortura o violencia sexual contra la víctima;
- d) Que la víctima muera, durante o después de su cautiverio, debido a cualquier alteración de su salud a consecuencia de la privación de la libertad, o por enfermedad previa que no hubiere sido atendida en forma adecuada por los autores o partícipes del delito.

C. Atenuantes

Respecto a las nuevas atenuantes, el artículo 12, párrafos segundo y tercero, de la ley en materia de secuestro estimula a los delatores con las *atractivas* penas de 2 a 6 años y de 50 a 150 días multa, para aquél que habiendo participado en la planeación de alguna de las conductas típicas, dé noticia de ello a la autoridad y se rescate con vida a la víctima.

Y para quien habiendo participado en su comisión, dé noticia del hecho a la autoridad para evitar que

se cometía el delito y proporcione datos fehacientes o suficientes elementos de convicción contra sus demás participantes o, ya cometido, antes de que se libere a la víctima, proporcione los datos o elementos referidos, así como información eficaz para liberarla o localizarla.

D. Delitos desaparecidos

Por otra parte, si bien se crearon nuevos delitos como se ha expuesto, el decreto en cuestión¹⁸ también descriminalizó algunas conductas:

Intermediación, asesoría lucrativa de familiares, cambio de moneda para pago de rescate, consejo de no denunciar, publicación de mensajes de secuestradores e intimidación para no colaborar con la autoridad.

Las anteriores eran constitutivas de los delitos previstos en el ahora derogado artículo 366 bis, del Código Penal Federal, que establecía:

Artículo 366 bis.- Se impondrá pena de 2 a 10 años de prisión y de 200 a mil días multa, al que en relación con las conductas sancionadas por el artículo anterior y fuera de las causas de exclusión del delito previstas por la ley:

*Fracción I.- Actúe como **intermediario** en las negociaciones del rescate, sin el acuerdo de quienes representen o gestionen en favor de la víctima;*

*Fracción II.- Colabore en la **difusión** pública de las pretensiones o mensajes de los secuestradores, fuera del estricto derecho a la información;*

*Fracción III.- Actúe como asesor con fines lucrativos de quienes representen o gestionen en favor de la víctima, **evite** informar o colaborar con la autoridad competente en el conocimiento de la comisión del secuestro;*

¹⁸ *Idem.*

*Fracción IV.- Aconseje el no presentar la denuncia del secuestro cometido, o bien el no colaborar o el **obstruir** la actuación de las autoridades;*

*Fracción V.- Efectúe el cambio de moneda nacional por divisas, o de éstas por moneda nacional sabiendo que es con el propósito directo de pagar el **rescate** a que se refiere la fracción I del artículo anterior, y*

*Fracción VI.- Intimide a la víctima, a sus familiares o a sus representantes o gestores, durante o después del secuestro, para que **no colaboren** con las autoridades competentes.*

Por otro lado, merece comentario que la Ley para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro no contempló la agravante del derogado artículo 366, fracción III, del Código Penal Federal, consistente en que la privación de libertad se efectuara con el fin de trasladar a un *menor* de 16 años fuera del país para obtener un lucro indebido por su venta o entrega, para el que se preveían las penas de 25 a 50 años de prisión y de 4 mil a 8 mil días multa.

No obstante, dicha conducta de alguna manera encuadraría en la hipótesis del artículo 366 ter, del Código Penal Federal en vigor.

En cambio, el artículo 12, párrafo cuarto, de la nueva ley atenúa ligeramente con *9 a 16 años* de prisión (en lugar de 20 a 40 años) y de 300 a 500 días multa (en lugar de 500 a 2 mil días), y con colocación de dispositivos de localización y vigilancia, cuando a pesar de la liberación espontánea de la víctima se le infiera alguna lesión de secuelas o que ponga en peligro la vida, de las que tipifican los artículos 291 a 293 del Código Penal Federal.¹⁹

¹⁹ Artículo 291.- *Se impondrán de 3 a 5 años de prisión y multa de 300 a 500 pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una*

Lo expuesto en los apartados II y III, lleva a sostener la segunda objeción a la nueva ley en materia de delitos de secuestro, desde el punto de vista de los tipos penales, que en algunos casos son exactamente *los mismos*, y en otros no obstante ser novedosos, no justifican la creación de esta ley *especial* sobretodo ante la alternativa no seguida de adicionar las preexistentes, en especial el Código Penal Federal.

Seguir por ese camino de abuso de la criminalización específica, puede llevar a la creación indiscriminada de leyes que pretendan prevenir y sancionar cada grupo de delitos o delito en particular, que empiece a diseminarse en nuestra sociedad, para llegar al absurdo de que en el futuro se cuente, por ejemplo, con la ley contra el fraude o la ley anti-extorsión y cohecho, o incluso todavía más *delimitado* con la ley especial contra el robo de vehículo o contra el robo de teléfono celular.

IV. El derecho de excepción alternativo y paralelo al ordinario

Al revisar la nueva Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, además de las innovaciones típicas ya descritas, se advierte un claro

mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.

Artículo 292.- Se impondrán de 5 a 8 años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible. Se impondrán de 6 a 10 años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales.

Artículo 293.- Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de 3 a 6 años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores.

y peligroso *derecho de excepción*, tanto orgánico como sustantivo, adjetivo y de ejecución, con recargados rasgos esenciales de las tesis revividas desde su aspecto descriptivo, por el emérito profesor y tratadista alemán Günther Jakobs,²⁰ sobre el controvertible *derecho penal del enemigo*.

Tales rasgos esenciales de las normas de *derecho penal del enemigo*, para la investigadora y conferencista mexicana Isabel Claudia Martínez Álvarez,²¹ básicamente son:

- Adelantamiento de la punibilidad;
- desproporcionalidad de las penas o ausencia de una reducción proporcional con relación a la anticipación de la punibilidad; y,
- flexibilización o restricción de determinadas garantías procesales.

No obstante, aclara que aunque algunos autores agregan un 4º elemento consistente en el agravamiento de las reglas penitenciarias, considera que el mismo queda comprendido en la *restricción* de garantías, al abarcar las sustantivas, procesales y penitenciarias.

Por lo que respecta a la nueva ley de secuestro se pueden identificar claramente los elementos distintivos antes puntuados, en sus siguientes 7 numerales:²²

Artículo 5.- El ejercicio de la acción penal y la ejecución de las sanciones por el delito de secuestro, son imprescriptibles.

Artículo 6.- En el caso del delito de secuestro no procederá la reserva del expediente, aún si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales

²⁰ Cf. JAKOBS, G.: “¿De qué trata exactamente...”, cit., pp. 1 a 6.

²¹ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, I. C.: *El derecho penal...*, cit., p. 59.

²² Op. Cit., nota 1.

y no aparece que se puedan practicar otras [...]

*Artículo 19.- Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley **no tendrán derecho a los beneficios** de la libertad preparatoria, sustitución, conmutación de la pena o cualquier otro que implique reducción de la condena.*

*Artículo 20.- La autoridad judicial podrá ordenar que las personas que hayan sido condenadas por conductas previstas en el presente ordenamiento queden **sujetas a vigilancia** por la autoridad policial hasta por los 5 años posteriores a su liberación.*

*La misma medida podrá imponerse de manera cautelar tratándose de inculpados en libertad con las reservas de ley e indiciados durante el tiempo que dure la **averiguación previa** o el proceso.*

*Artículo 24.- El Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, los Procuradores de Justicia de los Estados y del Distrito Federal, así como las autoridades facultadas en la Ley para ello podrán solicitar a la autoridad judicial federal su autorización para la **intervención de comunicaciones** privadas.*

*[...] La aportación de comunicaciones privadas para la investigación y persecución de los delitos en materia de esta Ley constituye **una excepción** al deber de confidencialidad que establezcan otras leyes.*

*Artículo 46.- Los procesados y sentenciados por las conductas previstas en esta Ley se les podrá aplicar [...] medidas de vigilancia especial [...], entre ellas, la **restricción de comunicaciones** con terceros, salvo el acceso con su defensor.*

*[...] Las diligencias que deban realizarse por los delitos que contempla esta Ley se llevarán a cabo siempre en las áreas que al efecto existan **dentro de los** propios*

centros de reclusión, sin que pueda justificarse para estos efectos traslado alguno, salvo petición del titular del ministerio público o en quien éste delegue dicha atribución.

Artículo 47.- Durante su reclusión, los *inculpados y sentenciados por las conductas previstas en esta Ley, sólo podrán tener* los objetos que les sean entregados por *conducto de las autoridades competentes.*²³

A las anteriores se suman las disposiciones complementarias de esta índole que fueron también *modificadas* de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de la Policía Federal; la Ley Federal de Telecomunicaciones, y la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad, las que no serán aquí revisadas por delimitación temática.

El investigador y catedrático mexicano, doctor Augusto Sánchez Sandoval, en un puntilloso ensayo sobre la política criminal transnacional *posmoderna*²⁴, se muestra preocupado por las legitimaciones jurídicas que *legalizan* el actuar abusivo de la autoridad, como las leyes contra la delincuencia organizada, los cuerpos policiacos militarizados y especializados, la tecnología de la vigilancia cercana y permanente del ciudadano, el control de los grandes flujos financieros y la represión de los *excluidos*.

Para ello, analiza 14 principios de esta política transnacional que, con el objetivo de *controlar* los capitales de la economía informal y los delitos políticos, llevó a adoptar la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias

²³ *Idem.*

²⁴ SÁNCHEZ SANDOVAL, A.: “La Política Criminal...”, cit., p. 2.

Psicotrópicas, en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988, la cual fue ratificada por el Senado de la república y promulgada, más *no publicado* su texto, en el Diario Oficial de la Federación, del 5 de septiembre de 1990, con la consecuente pérdida de soberanía jurídica en cualquier tipo de delitos organizados y la inversión de la racionalidad jurídica de la modernidad.

Para el autor,²⁵ con toda razón, de estos principios derivados de la Convención, aunque no reconocidos como antecedentes, surgen en nuestro Derecho:

El carácter jurídico dado a la privación de la libertad por sospecha; la denuncia *anónima*; la intervención de comunicaciones privadas; la actuación de agentes oficiales infiltrados en la vida y negocios de las personas; la negociación del Derecho Penal y Penitenciario con los delatores, arrepentidos y testigos protegidos, entre otras negaciones y excepciones a las mínimas garantías constitucionales, que ahora aparecen *reproducidas* en la nueva ley para prevenir y sancionar el secuestro.

El peligro de reducir garantías no sólo estriba en que las bandas delictivas, verdaderamente organizadas, utilicen a su antojo a las autoridades que logren corromper para hundir a sus *competidores*, sino también en la enraizada fabricación de responsables y la *siembra* de indicios contra personas inocentes, rivales políticos o empresariales incluso en actividades *lícitas*.

Queda claro que lo que inició en México con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ahora se revive con la nueva Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, y desde nuestra reflexión implica apuntalar en el Derecho mexicano lo que el doctor Augusto Sánchez Sandoval²⁶ ha denominado,

²⁵ *Idem*.

²⁶ SÁNCHEZ SANDOVAL, A.: “La ley federal...”, cit., p. 194.

con gran tino, como *un nuevo fuero penal inconstitucional y posmoderno*.

En tal fuero, las violaciones a las garantías individuales son tan variadas como los casos concretos, documentados y clandestinos, donde se aplican sus rasgos característicos:

- Reserva de actuaciones y de identidad de testigos de cargo;
- Pre-averiguación previa sin controles;
- Cateos aligerados de requisitos, formalidades y reglas competenciales;
- Abuso de autorizaciones para *intervenir* todo tipo de comunicaciones privadas;
- Valoración arbitraria de pruebas;
- Negativa de beneficios para condenados; y,
- Compurgación en aislamiento de “máxima seguridad”.

La aparición de este riesgoso fuero, y las pretensiones por *constitucionalizarlo* son explicadas por dicho autor²⁷ en el contexto del afán del gobierno mexicano por adecuarse a la normatividad internacional²⁸ ratificada por el Senado.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Cf. “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, adoptada en Viena, Austria, en diciembre 20 de 1988 (publicada en el Diario Oficial de la Federación de septiembre 5 de 1990); Resolución 49/159 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de diciembre 23 de 1994, que contiene la Declaración Política y Plan Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada; y, Resolución de la Asamblea General de la ONU, A/Res/55/25, de noviembre 15 de 2002, que contiene la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional firmada en Palermo en diciembre de 2000, y publicada en el Diario Oficial de la Federación de marzo 4 de 2003. La que se complementa con: el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; y, con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

Los investigadores mexicanos, Alicia González Vidaurri y Augusto Sánchez Sandoval,²⁹ definen al control social posmoderno: como la imposición de reglas internacionales, que hacen los países centrales, a los Estados periféricos, obligándolos a pasar de la premodernidad político-jurídica en que viven, a la posmodernidad del control legal y de facto, extra-territorial.

Estos investigadores en ciencias jurídicas y del control social³⁰ confrontan los principios generales de la *modernidad* con los principios invertidos del nuevo Derecho Penal local e internacional posmoderno, a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, para concluir que, a pesar de violar la Constitución, con la ratificación del Senado se convirtió en Ley Suprema de la Unión, lo que trajo como consecuencia una escalada de reformas para *adaptar* la propia Constitución y las leyes secundarias a ese compromiso internacional:

Las primeras modificaciones constitucionales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 y el 3 de julio de 1996, para motivar los cambios a los códigos penales, de procedimientos penales y promulgar la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que reproduce a nivel del derecho interno los imperativos de la Convención y promulga otros principios.³¹

A las anteriores reformas iniciales de corte posmoderno en cuanto a sus formas de control social, la lista parece ya interminable a partir de la nueva oleada desatada desde los *ambivalentes* cambios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicados en el Diario Oficial

²⁹ GONZÁLEZ VIDAUSSI, A. Y SÁNCHEZ SANDOVAL, A.: *Criminología*, cit., pp. 193-197.

³⁰ *Ídem.*

³¹ *Ídem.*

de la Federación del 18 de junio de 2008, en donde, por un lado, quedó en suspenso (al menos 8 años) lo positivo que tendría un sistema acusatorio y garantista; y por otra parte, cobraron vida jurídica casi inmediata muchos de sus aspectos de posmodernidad más cuestionables.

María Concepción Cruz Gómez,³² plantea comprender los *motivos* del legislador para establecer en una *ley especial* instrumentos de investigación diferentes a los tradicionalmente conocidos, partiendo del entendimiento de lo que es la delincuencia organizada:

La autoridad persecutora se encontró con organizaciones difíciles de penetrar para conocer a sus dirigentes, sus formas de operar, ámbitos de actuación, sus redes de comunicación y su vinculación con otras organizaciones delictivas internacionales, las que además eran protegidas por servidores públicos corruptos, se dio cuenta de que la legislación vigente no le otorgaba los suficientes instrumentos para llevar a cabo una investigación científica y legalmente permitida, lo cual condujo [...] a tomar las inquietudes internacionales y retomar ideas novedosas que habían sido exitosas en otros países. Así [...] crearon una ley que estableciera los instrumentos necesarios para investigar los delitos y perseguir y sancionar a los integrantes de la delincuencia organizada.³³

Lo anterior se refuerza con las consideraciones del respetado tratadista mexicano Sergio García Ramírez³⁴ sobre la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que, en nuestro concepto, son aplicables por *identidad de razón* a la ley general contra el secuestro, a partir de los mismos supuestos y contener el mismo tratamiento de excepción.

³² CRUZ GÓMEZ, M.C.: “Instrumentos de...”, cit., p. 19.

³³ *Idem.*

³⁴ GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Delincuencia Organizada*, cit., pp. 89-90.

Para este autor,³⁵ aquella ley constituyó el principio de una nueva generación de normas penales, que *revocó* los principios del Derecho conocido en México y planteó un régimen punitivo diferente, abriendo la puerta hacia horizontes inciertos y caminos intransitados o transitados pero abandonados, y que la existencia de normas de este tipo en otros países no era suficiente para copiarlas al nuestro, sin antes analizarlas críticamente, examinar sus condiciones y resultados donde rigen, y apreciar sus ventajas y desventajas, posibilidades y limitaciones en México.

Y en cuanto a la imposibilidad, que los partidarios sostienen, de enfrentar al crimen organizado con un régimen punitivo tradicional, el doctor García Ramírez³⁶ insiste en que sólo se ha afirmado sin probarlo –y ni siquiera intentar la prueba–, que la legislación clásica u ortodoxa sea ineficaz.

Y agrega que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, no constituye apenas una ley penal especial, como tantas otras, sino que erige un orden penal especial, *al lado* del régimen ordinario:

*Lo que ahora ocurre no es apenas la inclusión de figuras delictivas en ordenamientos diferentes del Código Penal, sino la construcción de un sistema penal especial en una ley que excluye la aplicación de los restantes ordenamientos punitivos y contiene reglas propias, en muchos puntos distintos de las consignadas en éstos.*³⁷

Se coincide en la falta de certeza, que plantea el citado investigador,³⁸ en la posibilidad o imposibilidad, legal y

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ídem.*

³⁷ *Op. Cit.*, nota 34, p. 94.

³⁸ *Op. Cit.*, nota 34, pp. 89, 90 y 94.

operativa, de enfrentar las complicaciones y variedades del crimen organizado en gran escala, de forma diferente (en nuestro caso los secuestros).

Mientras no se cuente con un *estudio* riguroso, serio y confiable que lo confirme o descarte, la aplicación de un régimen penal de excepciones como el que implanta la nueva ley en materia de secuestro no estará justificada, ni mucho menos los costos tan altos que tendrá para todo individuo, persona o *enemigo*.

V. ¿Otro Estado de Derecho?

Lo expuesto confirma que el endurecimiento penal y el escamoteo selectivo de garantías individuales, paradójicamente *atacan* al Estado de Derecho que los publicistas de los sistemas de excepción propagan preservar, cuando en realidad, amargamente, nos aproximamos a lo que se conoce como *Estado de Policía*.

El doctor Augusto Sánchez Sandoval³⁹, en su investigación publicada respecto a los sistemas ideológicos y el control social, considera con razón que en la *posmodernidad neoliberal* la radicalización del sistema productivo a su vez genera la radicalización del sistema político-jurídico penal y de *represión* incluso de hecho, pero ahora ya no es oculto (como en la modernidad capitalista), sino abierto, agresivo y cínico, porque convierte en *derecho del dominante*, aquello que la modernidad consideró *violación de garantías individuales*.

E insiste en que la vinculación legal para nuestro país de la referida Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, impuesta como *caballo de Troya*, vino

³⁹ SÁNCHEZ SANDOVAL, A.: *Sistemas ideológicos...*, cit., pp. 174, 176-181 y 185.

a invertir la racionalidad jurídica decantada en los últimos 2 siglos de la modernidad, derivando en al menos 14 nuevos principios del Derecho Penal Posmoderno Trasnacional:⁴⁰

- Incriminación penal por sólo *sospecha*;
- Uso de la analogía en materia penal;
- Carga de la prueba como obligación del acusado;
- Imprescriptibilidad de la acción penal y de las penas;
- Utilización de agentes infiltrados;
- Negación del concepto teórico de delito político;
- Discrecionalidad de las autoridades;
- *Competencia jurídico-penal trasnacional*;
- Extradición universal;
- Eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras;
- Traslado internacional de testigos;
- Apropiación de *decomisos* como botín del país donde se encuentren los bienes;
- Negación del carácter fiscal de un delito; y,
- Proscripción de beneficios penitenciarios.⁴¹

En consecuencia:

*Se ha llegado al control social posmoderno en el cual las garantías declaradas por la modernidad desaparecen, las normas jurídicas penales se radicalizan y el control individual cede el paso al control colectivo, de pequeños y grandes grupos sociales inocentes.*⁴²

El artículo 1º de la nueva ley reglamentaria en materia de secuestro declara que la misma tiene por objeto establecer los tipos penales, sus sanciones, las medidas de

⁴⁰ *Ídem.*

⁴¹ *Ídem.*

⁴² *Ídem.*

protección, atención y asistencia a ofendidos y víctimas, la distribución de competencias y formas de coordinación entre los órdenes de gobierno, es decir, prácticamente todos los aspectos.

Mientras que el artículo 2º determina la aplicabilidad del Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y los Códigos de Procedimientos Penales de los *Estados*, con respecto a la investigación, persecución, sanción y todo el procedimiento en materia de secuestro, y a falta de regulación suficiente en las leyes adjetivas locales, se podrán aplicar supletoriamente las del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con las técnicas para la investigación de estos delitos

El artículo 3º autoriza al Ministerio Público a proceder *de oficio* en todos los casos en esta materia, lo que evitaría la persecución *negociable* del delito como ocurrió en el dudoso caso Fernández de Cevallos, por ejemplo.

Los anteriores numerales son claras muestras del re establecimiento de normas de Derecho Penal *del enemigo*, tanto de forma orgánica, sustantiva, procesal y penitenciaria, además de acotar la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Penales a las técnicas de *investigación* de delitos y establecer su procedencia oficiosa en todos los casos.

Bernardo Gómez del Campo Díaz Barreiro⁴³, plantea la necesidad de una campaña seria de respeto y confianza hacia los cuerpos policiales, además de entrenarlos bien para cualquier reto operativo y para investigar delitos de secuestro hasta sus últimas consecuencias, siempre con la mentalidad de liberar a la víctima *con vida*, y reconoce que:

⁴³ GÓMEZ DEL CAMPO DÍAZ BARREIRO, B.: *La delincuencia organizada*, cit., p. 201.

Hace falta conformar los archivos policiales y delincuenciales, actualizando esfuerzos previos realizados; de igual manera, es fundamental diseñar la estrategia específica e implementar en ella medidas preventivas para sectores de riesgo; asimismo, profesionalizar mandos operativos, así como crear un área especializada de protección psicológica a las víctimas, que les aseguren su integridad al cooperar en la investigación criminal.⁴⁴

Es evidente que no se puede culpar a las leyes de la *ineficiencia* de las autoridades, quienes tendrían que proceder en consecuencia ante la comisión de algún delito de secuestro, y mucho menos se puede siquiera pensar que los derechos humanos sean óbice para su investigación y persecución; es una falacia de la que ni siquiera existe el más mínimo indicio al respecto.

Para mejor puntualización de lo que debemos entender por *derechos humanos*, para efectos de nuestros estudio, vale la pena citar al ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, quien al precisar el significado como Derecho positivo vigente de dicha expresión, establecida en el artículo 102, apartado B, constitucional, describe los 2 sentidos en que suele hablarse de ellos:

Como ideal de justicia, como aspiración a lograr y, por lo tanto, como instrumento filoso para la crítica al derecho positivo vigente en determinada época y lugar; en este sentido, cuando se habla de reconocimiento de prerrogativas, libertades, etcétera, se refiere al reconocimiento que hace la razón como supremo árbitro del actuar humano y, en consecuencia, también del Estado, de que aquello debiera ser así. El otro significado es para hacer

⁴⁴ *Idem.*

*referencia al Derecho positivo vigente, es decir, cuando el reconocimiento de esas facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones forman parte del contenido de las constituciones políticas de los Estados o de las declaraciones, convenios o tratados internacionales que éstos suscriben y que por lo mismo establecen un deber ser, es decir, un vínculo jurídico, a cargo de los Estados signantes o de los particulares que realizan funciones de poder.*⁴⁵

Es precisamente el reconocimiento por el Derecho positivo vigente de todo ese conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones, y que encontramos en la parte dogmática de nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales, que le siguen con efectos vinculantes, los que al serle disminuidos a quienes *a criterio* del Ministerio Público son sospechosos de estar involucrados en algún delito de secuestro, *quebranta* irrefutablemente el Estado democrático de Derecho.

Como complemento de este apresurado y minúsculo marco teórico conceptual interludio, en seguida se reproduce la acepción con que los investigadores Alicia González Vidaurri, Klaus-Dieter Gorenc y Augusto Sánchez Sandoval, en su libro: *Control Social en México, DF. Criminalización Primaria, Secundaria y Derechos Humanos*,⁴⁶ definen el término *Estado de Derecho*, recurrentemente utilizado en este apartado, el cual compartimos completamente, como:

Aquel que no obstante estar fundamentado en normas jurídicas, éstas obedecen en su creación y en su jerarquía a los principios generales de derecho de: legalidad, generalidad, técnica y sistemática jurídicas; para que las normas promulgadas y hechas en el

⁴⁵ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *El Estado contra sí mismo*. ..., cit., pp. 98 y 99.

⁴⁶ GONZÁLEZ VIDAUERRI, A., et. al.: *Control Social en*, cit., pp. 70 y 71.

*marco del derecho positivo, tengan carácter general, de tal manera que sean aplicables para todas las personas y no existan excepciones; pero además, que sean taxativas, claras, precisas y cerradas, que guarden una jerarquía y estén debidamente ordenadas en cuerpos jurídicos integrales, para evitar el reenvío a otras leyes y la generalidad conceptual, que son patrimonio de las legislaciones hechas para legitimar a las tiranías.*⁴⁷

Desde la concepción del catedrático español, doctor Luis García Martín,⁴⁸ al referirse al *respeto* de la dignidad humana como límite inmanente al ejercicio de la coacción estatal y, por ello, como valor incompatible con el discurso del *derecho penal del enemigo*, deja en claro que:

*El derecho penal democrático y el Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso. Un ordenamiento que incluyera reglas incompatibles con la dignidad del ser humano, como se ha dicho, sería injusto, y daría lugar a que el Estado quedara desvinculado del Derecho [...]*⁴⁹

La ley en materia de secuestro adolece del ámbito de aplicación *general* para todo individuo, al contener excepciones incompatibles con la dignidad del ser humano, que ha sido parte importante del eterno debate crítico del *derecho penal del enemigo* en cuanto a su aplicación a las *no personas* tildadas de *enemigos*.

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ GARCÍA MARTÍN, L.: *Crítica del derecho penal de enemigo*, colección vanguardia en ciencias penales, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, ed. Ubijus, México, 2009, p. 140.

⁴⁹ *Ídem.*

Además no es una ley taxativa, clara, precisa, cerrada, jerarquizada, ni integral, y ciertamente corre el riesgo de ser instrumento de legitimación de formas de tiranías de facto.

No se puede entonces hablar de Estado de Derecho, cuando precisamente el Derecho se *aleja* escalonadamente más y más del Estado.

En lo anterior también coincide el profesor e investigador mexicano, doctor Luis Felipe Guerrero Agripino,⁵⁰ al tomar postura en cuanto a que la construcción de un sistema penal con una doble categorización: uno para las personas y otro para los *enemigos*, no concebidos como personas, resulta antagónico con los *postulados básicos* del Estado democrático de Derecho.

En él, una de sus principales bases es precisamente el reconocimiento universal del ser humano como persona. Esta incompatibilidad se aprecia clara, al menos que se modifiquen los postulados del Estado de Derecho, con lo que dejaría entonces de mantener su autonomía y derivaría en otro tipo de Estado.

El doctor Guerrero Agripino⁵¹ plantea 2 riesgos en nuestro país: aplicar el tratamiento diferenciado a una realidad criminológica que no le corresponde a enemigos *ficticios* o a modalidades distantes de los rasgos fenomenológicos del crimen organizado; y, *normalizar* las excepciones.

Como tercera objeción, está precisamente el lamentable reforzamiento en el Derecho mexicano vigente de normas de excepción, alternativas y paralelas al sistema jurídico ordinario de la modernidad y, sobretodo, el creciente *desechamiento* de los derechos humanos

⁵⁰ GUERRERO AGRIPINO, L.F.: “Comentarios a la iniciativa...”, cit, pp. 86 y 87.

⁵¹ *Ídem*.

reconocidos, con lo que se fisuran tremadamente los postulados universales de cualquier Estado de Derecho que se justifique de ser democrático, al alejarse crecientemente el Derecho del Estado, y asemejarse al Estado de Policía, con rasgos autoritarios.

VI. El ámbito de aplicación fallido

El artículo 23 de la nueva ley de secuestro transfiere a la Federación, la prevención, investigación, persecución y sanción de este tipo de delitos, cuando:

- Se trate de casos previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia *Organizada*;
- Se apliquen las reglas *competenciales* de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y del Código Federal de Procedimientos Penales; o,
- Lo *solicite* el Ministerio Público de la Federación, atendiendo a las características del hecho, a las circunstancias de ejecución o su relevancia social.

En los demás casos, las autoridades del fuero común serán las competentes y, si el delito produce efectos en 2 o más entidades federativas, lo serán las autoridades de *cualquiera* de éstas, y el ejercicio de la acción penal corresponderá a las que prevengan.

Esto implica que, en la gran mayoría de los casos, los delitos de secuestro serán investigados por el Ministerio Público *Federal*, pues es de esperarse que, por el hecho de que los secuestros generalmente involucran a varios participantes activos (3 o más personas), éstos sean fácilmente considerados parte de una organización de hecho para cometer delitos (previstos en los artículos 9 al 11, 17 y 18 de la nueva ley) en forma permanente o reiterada.

Sin embargo, se considera erróneo vedarle competencia a las Procuradurías de Justicia locales,

ante la incapacidad técnica y operativa de la Federación, implicitamente reconocida al propósito del combate a la venta de determinados *narcóticos*, y demás figuras típicas contra la salud, en la llamada *miscelánea del narcomenudeo*,⁵² que cedió competencia al Ministerio Público de las distintas entidades federativas.

En materia de secuestro, la mecánica es totalmente *inversa* respecto a su ámbito de aplicación:

La competencia de los Estados de la república para conocer delitos de secuestro, *no aplica* tratándose de *delincuencia organizada*; reglas de competencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la ley adjetiva federal; o, cuando al Ministerio Público Federal le plazca ejercer su *facultad de atracción*.

Como aspecto adicional, sin duda el traslado de competencias impactará el *presupuesto* federal, ante lo que conviene traer a colación uno de los principios intrasistemáticos de limitación funcional que plantea el destacado tratadista y profesor italiano Alessandro Baratta⁵³ en cuanto a la *mínima intervención penal* para el respeto y defensa de los derechos humanos, concretamente el denominado *principio de la implementabilidad administrativa de la ley*.

El profesor⁵⁴ consideró que la selectividad del sistema penal para reclutar su propia clientela, constituida por individuos de las clases sociales más bajas, no sólo depende de que el sistema refleja y reproduce las situaciones de *desigualdad* existentes en la sociedad, sino que tiene como origen estructural posterior la grandísima discrepancia entre la previsión de sanciones para determinados comportamientos delictuosos en la

⁵² Cf. Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 2009.

⁵³ BARATTA, A.: *Criminología Crítica y...*, cit., pp. 50 y 51.

⁵⁴ *Idem*.

ley penal y los recursos de los aparatos administrativos y judiciales que tienen la tarea de realizarlas.

Esto significa que la justicia penal, aun prescindiendo de las variables sociales de su selectividad, no puede sino funcionar selectivamente, es decir, dirigiendo las penas contra una parte infinitesimal de sus clientes potenciales, los infractores de la ley.⁵⁵ Existe una fuerte inadecuación de los *recursos* proporcionados al sistema penal para la aplicación de la ley penal.

El maestro Alessandro Baratta consideró como fisiológica la existencia de una amplísima cifra obscura de la criminalidad y la realización de la función punitiva a través de *chivos expiatorios*.⁵⁶ Y propuso reducir al mínimo el área de intervención de la ley penal en aplicación de este *principio de implementabilidad administrativa* de la misma.

Se comulga con Baratta en que lo idóneo es adecuar los programas legislativos de acción a los recursos existentes y disponibles en el sistema, y no al contrario, puesto que ello sería imposible por la gigantesca *inversión* requerida y el insostenible costo social que tendría la nueva justicia penal federal del secuestro.

La fiel comprensión y aplicación de este importante *principio intrasistemático*⁵⁷ hubiera bastado para tratar de reducir en nuestro país los delitos de secuestro, y ahora con esta ley es nuevamente ignorado, lo que desafortunadamente augura su rotundo *fracaso*, no sólo por cuestiones presupuestarias, sino al desconocerse los recursos con que se cuenta y su efectividad en términos reales.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Baratta se refiere a la Teoría Psicoanalítica de la Sociedad Punitiva y los ulteriores desarrollos obtenidos por Paul Reiwald, cuyo momento central es la Teoría del Delincuente como “Chivo Expiatorio”.

⁵⁷ Cf. BARATTA, ALESSANDRO, en: III Encuentro de Criminología Crítica, Managua, Nicaragua, Septiembre 11 de 1985. Cit. en: *Op. Cit.*, nota 29, pp. 168 y 169.

Como cuarta objeción, está precisamente la falta de previsión presupuestaria y de recursos humanos y materiales indispensables para aplicar la nueva ley contra el secuestro por la Federación ante el caprichoso despojo de la competencia originalmente local o común, en total tendencia *contraria* al involucramiento reciente de los Estados y Municipios en las tareas preventivas y de persecución de delitos, antes exclusivamente federales, como los relacionados con la tenencia y enajenación de ciertas drogas al *menudeo*.

VII. Garantías de las víctimas

Pese a todo lo anterior, no se puede pasar por alto la parte declarativa que la ley *anti-secuestro* hace de nuevos *derechos* en favor de las víctimas y ofendidos, entendiendo por las primeras, según la propia ley, a los sujetos pasivos directos de los delitos previstos en la nueva ley; mientras que los segundos son sujetos pasivos indirectos que resienten la afectación de dichos delitos: *parientes consanguíneos* de la víctima hasta el 4º grado, por afinidad hasta el 2º y sus dependientes económicos.

Estos derechos se instituyen en varios dispositivos, de los que el artículo 32 de la nueva ley resulta ser el más importante, al contener todo un *catálogo* al respecto, por lo que a continuación se transcribe:

*Artículo 32.- Las víctimas y ofendidos de las conductas previstas en el presente ordenamiento y los **testigos** de cargo, además de los derechos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código Federal de Procedimientos Penales y demás leyes secundarias, tendrán los siguientes derechos:*

*Fracción I.- Estar presentes en el proceso, en sala **distinta** a la que se encuentre el *inculpado*;*

*Fracción II.- Obtener la **información** que se requiera a las autoridades competentes o correspondientes;*

*Fracción III.- Solicitar y recibir asesoría por parte de las autoridades competentes, la cual deberá ser proporcionada por un **experto** en la materia, quien informará sobre la situación del proceso y procedimientos, así como de los beneficios o apoyos a que se refieren en esta Ley;*

*Fracción IV.- Solicitar ante la autoridad judicial competente, las medidas precautorias o cautelares procedentes en términos de la legislación aplicable, para la seguridad y **protección** de las víctimas, ofendidos y testigos, para la investigación y persecución de los probables responsables del delito y para el aseguramiento de bienes para la reparación del daño;*

*Fracción V.- Requerir al juez que al emitir una sentencia condenatoria, en la misma deberá sentenciar a la **reparación** del daño a favor de la víctima;*

Fracción VI.- Contar con apoyo permanente de un grupo interdisciplinario que las asesore y apoye en sus necesidades;

Fracción VII.- Rendir o ampliar sus declaraciones sin ser identificados dentro de la audiencia y, si lo solicitan, hacerlo por medios electrónicos;

Fracción VIII.- Participar en careos a través de medios electrónicos;

*Fracción IX.- Estar **asistidos** por sus abogados, médicos y psicólogos durante las diligencias;*

*Fracción X.- Obtener **copia** simple gratuita y de inmediato, de la diligencia en la que intervienen;*

Fracción XI.- Aportar pruebas durante el juicio;

Fracción XII.- Conocer el paradero del autor o partícipes del delito del que fue víctima o testigo;

*Fracción XIII.- Ser **notificado** previamente de la libertad del autor o autores del delito del que fue víctima o testigo, y ser proveído de la protección correspondiente de proceder la misma, y*

*Fracción XIV.- Ser inmediatamente notificado y proveído de la protección correspondiente, en caso de **fuga** del autor o autores del delito del que fue víctima o testigo.⁵⁸*

A los anteriores derechos se suman la suspensión de procesos administrativos o judiciales en los que sea parte la víctima durante su cautiverio y hasta por 3 meses más; la asistencia gratuita de un asesor en materia penal; la restitución inmediata en el goce de sus derechos; el embargo para reparación del daño; y, el fondo de apoyo para víctimas y ofendidos.

Sin embargo, llevar a la práctica los anteriores derechos demanda recursos económicos que los materialicen, para pasar de su aspecto meramente declarativo a la realidad, sobretodo para establecer las áreas especializadas en defensa gratuita de víctimas de secuestro que el artículo noveno del decreto impone al Instituto Federal de Defensoría Pública, así como para el arranque del esperado fondo de apoyo para atención médica-psicológica.

La innecesaria existencia de la nueva ley general de secuestro, en cuanto a los derechos de las víctimas y ofendidos se refiere, se confirma con la sola posibilidad de ser instituidos adicionando los artículos 141⁵⁹ y 141 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, derivado del artículo 20 (apartado “B”, antes de la reforma, y “C”, después de ella), constitucional.

⁵⁸ Op. Cit., nota 1.

⁵⁹ Cf. Diario Oficial de la Federación del viernes 23 de enero de 2009.

En todo caso, sería más encomiable haber creado una ley reglamentaria del artículo 20 constitucional en materia de víctimas y ofendidos, y no una ley de excepción contra el secuestro y sus derivados.

Conclusiones

Primera.- La nueva Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como reacción oficial, por sí misma es incapaz de transformar la realidad, ya que no garantiza que las cosas sean diferentes para bien con su entrada en vigor a los 90 días después de publicada.

Segunda.- En algunos casos la nueva ley en materia de delitos de secuestro, prevé exactamente los mismos tipos penales, y otros, no obstante ser novedosos, no justifican su creación, sino cuando mucho la adición o modificación a los ordenamientos legales preexistentes, principalmente al Código Penal Federal.

Tercera.- La nueva ley contra el secuestro lamentablemente refuerza, en el Derecho mexicano vigente, normas *de excepción*, alternativas y paralelas al sistema jurídico ordinario de la modernidad, y se suma al creciente desechamiento de los derechos humanos reconocidos, con lo que se hienden tremadamente los postulados universales de cualquier Estado de Derecho que se justifique de ser democrático, al alejarse crecientemente el Derecho del Estado, y asemejarse al Estado de Policía, descontrolado y con rasgos autoritarios.

Cuarta.- Abusar de la criminalización específica puede llevar a la creación indiscriminada de leyes que pretendan prevenir y sancionar cada grupo de delitos o un delito en particular, y este proceder comience a diseminarse en nuestra sociedad, para llegar al absurdo

de que en el futuro se cuente, por ejemplo, con la ley contra el fraude o la ley anti-extorsión y cohecho, o incluso todavía más delimitado con la ley especializada contra el robo de vehículo o de teléfono celular.

Quinta.- El presupuesto necesario, y los recursos humanos y materiales indispensables para la implementación de la ley antisecuestro, no han sido debidamente previstos, ante el caprichoso despojo de competencia a los Estados en favor de la Federación, contrariando la reciente tendencia, motivada por la incapacidad de ésta, a incluir a los Estados y Municipios en las tareas preventivas y de persecución de delitos federales, como ha sido el caso de los relacionados con la tenencia y enajenación de ciertas drogas al *menudeo*.

Sexta.- La pena máxima de 70 años de prisión no nació de la nueva ley, al preverse para el secuestro agravado con homicidio de la víctima en el derogado artículo 366, fracción III, del Código Penal Federal, sin que tampoco la amenaza de la cárcel desaliente al crimen, pero sí deja en estado de riesgo a todo individuo en caso de *fabricación* de responsables y *error judicial*.

Séptima.- Hubiera sido encomiable haber creado una ley reglamentaria del artículo 20 constitucional en materia de víctimas y ofendidos, en lugar de una ley de excepción contra el secuestro que contempla derechos en favor de dichos sujetos limitativamente en cuanto a estos delitos o simplemente adicionar los artículos 141 y 141 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Octava.- No era necesaria la nueva ley contra el secuestro, ya que siempre habrá otras mejores formas, menos costosas y menos represivas, de enfrentar el fenómeno, las que no toca a nosotros encontrar aquí.

Novena.- Mientras no exista rigurosa certeza de que las normas de excepción sean, en realidad, el último

recurso contra el secuestro, ni de que los derechos humanos obstruyan en algo su enfrentamiento policial, ministerial e incluso judicial, la nueva ley estará fincada en una costosa y experimental falacia.

Bibliografía

- BARATTA, ALESSANDRO: *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, Trad. de Búnster, Álvaro, ed. Siglo XXI, 7^a (en español), México, 2001.
- CRUZ GÓMEZ, MARÍA CONCEPCIÓN: “Instrumentos de investigación penal”, en: *Delincuencia organizada*, coord. Macedo de la Concha, Rafael, ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI: “Criminalidad y globalización”, en *Garantismo Penal*, trad. de Carbonell, Miguel, revisada por Perfecto Andrés Ibáñez, serie estudios jurídicos, num. 34, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO: *Delincuencia Organizada*, ed. Porrúa, 4^a, México, 2005.
- GÓMEZ DEL CAMPO DÍAZ BARREIRO, BERNARDO: *La delincuencia organizada. Una propuesta de combate*, ed. Porrúa, México, 2006.
- GONZÁLEZ VIDURRI, ALICIA; GORENC, KLAUS-DIETER; Y SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO: *Control Social en México, DF. Criminalización Primaria, Secundaria y Derechos Humanos*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Profesionales Acatlán, 1^a reimpresión, México, 2004.
- _____, y SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO: *Criminología*, ed. Porrúa, 3^a, México, 2010.

- GUDIÑO PELAYO, JOSÉ DE JESÚS: *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal*, ed. Noriega, México, 1998.
- GUERRERO AGRIPINO, LUIS FELIPE: “Comentarios a la iniciativa del Ejecutivo Federal para reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el ámbito del sistema penal. Especial referencia a la flexibilización de los principios en el tratamiento de la delincuencia organizada ¿derecho penal democrático o derecho penal del enemigo?”, en: AA.VV., *Pensamiento jurídico contemporáneo (libro homenaje al maestro Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez)*, coord. Vidaurri Aréchiga, Manuel, ed. Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho y Administración Pública, Departamento de Investigaciones Jurídicas, México, 2008.
- JAKOBS, GÜNTHER: “¿De qué trata exactamente la problemática del derecho penal del enemigo?”, en: Jakobs, Günther; Polaino Navarrete, Miguel; y, Polaino-Orts, Miguel; en: *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2008.
- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, ISABEL CLAUDIA: *El derecho penal del enemigo*, ed. Porrúa, México, 2009.
- RAVELO, RICARDO: “Estado de México: Los dominios del crimen. Con el proceso electoral en puerta para suceder al gobernador Arturo Montiel, los posibles candidatos tanto del PRI como del PAN tienen en el discurso contra la criminalidad su mejor bandera. Pero ganar votos así puede resultarles caro: el problema es real, y no cualquiera podrá enfrentarlo”, en: *Semanario de Información y Análisis Proceso*, núm. 1447, México, julio 25 de 2004.

- SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO: “La Política Criminal Transnacional Posmoderna como Terrorismo Jurídico y de Hecho, de los Estados. Presupuestos para Visualizar el Segundo Congreso Internacional de Política Criminal denominado: La Reducción del Estado Nacional y las Políticas Transnacionales de Seguridad, celebrado en México, D.F., del 15 al 17 de octubre de 2003”, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, s.a.
- _____: “La ley federal contra la delincuencia organizada: un nuevo fuero penal posmoderno”, en: *Revista Alter*, núm. 3 (fotocopias), ed. Universidad de Campeche, México, 1998.
- _____: *Sistemas ideológicos y control social*, serie doctrina jurídica, núm. 227, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: “La Función Reductora del Derecho Penal ante un Estado de Derecho Amenazado o la Lógica del Carnicero Responsable. Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I del Mercosur, de Derecho Penal y Criminología, celebrado en Guarujá, Brasil, el 16 de septiembre de 2001”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, núm. 3, ed. Fabián J. Di Plácido, Argentina, 2003.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.

- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
- Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 1^a sección, del martes 30 de noviembre de 2010.

Instrumentos internacionales

- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas», adoptada en Viena, Austria, en diciembre 20 de 1988 (publicada en el Diario Oficial de la Federación de septiembre 5 de 1990).
- Resolución 49/159 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de diciembre 23 de 1994, que contiene la Declaración Política y Plan Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU, A/Res/55/25, de noviembre 15 de 2002, que contiene la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional firmada en Palermo en diciembre de 2000, y publicada en el Diario Oficial de la Federación de marzo 4 de 2003.

La reforma constitucional en materia penal y la prueba ilícita*

*Julio Antonio Hernández Pliego***

En esta ocasión, brevemente quiero formular algunas reflexiones acerca de una concreta cuestión que, aunque se estimaba implicada en el capítulo de Garantías Individuales de la Constitución Política del país, la verdad es que no se había jerarquizado de modo expreso constitucionalmente, dándole la estabilidad y solidez que ello entraña, sino hasta ahora en que se plasmó en el Decreto de Reformas al Pacto Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio de 2008, cuya implementación en materia federal por parte del Congreso de la Unión, –como todos sabemos– se halla pendiente.

Me refiero específicamente a la prueba ilícita, uno de los temas que no siendo ajeno a esta escogida audiencia, a mi entender exige muy serio análisis, y del que me he ocupado en otras oportunidades, una de las últimas fue en el trabajo que presenté en la ceremonia de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

La prueba ilícita muestra su importancia, es claro que, como temática, interesa al estudioso, al investigador acucioso, al intérprete judicial por excelencia de la norma jurídico penal, pero trasciende al público en general,

* Texto de la conferencia impartida, el 7 de septiembre de 2010, en el ciclo de conferencias de los integrantes de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública.

** Miembro de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública y profesor de Derecho Procesal Penal por concurso de méritos en la Facultad de Derecho de la UNAM.

al hombre de la calle que, a través de los medios de comunicación, se entera con frecuencia del dictado de resoluciones en las que se libera a delincuentes habituales con argumentos que parecen baladíes y que califica de injustos con la consiguiente alarma que produce sentimientos de desprotección ante la delincuencia.

El eje de la cuestión resulta ser la prueba y el valor demostrativo que le atribuye el juez en sus resoluciones.

Hay que decir, en abono de los jueces, que usualmente sus determinaciones son justas, equitativas e irreprochables en cuanto a su articulación con la ley, pues reconocen, como apoyo, las pruebas arregladas a derecho y la desestimación de aquellas otras obtenidas de manera contraria a los cánones legales.

Es aquí precisamente donde nos ubicamos frente a la llamada *regla de exclusión* de las pruebas obtenidas con infracción de los derechos fundamentales, expresión ésta que resulta de traducir la fórmula anglosajona *exclusionary rule*, pero a la que para efectos de esta plática, reconozco el mismo contenido que el de la *prueba prohibida*, ahora, con la reforma constitucional la *prueba inconstitucional*, o bien el de la *prueba ilícita*.

Para que el juez resuelva de la mejor manera la controversia, precisa conocer los hechos sobre los que ha de pronunciarse; requiere saber lo ocurrido realmente, volviendo atrás la película de la vida, ello a pesar de que con frecuencia existan obstáculos artificiales o materiales que se le opongan.

¿Cómo hace –se pregunta Cornelutti– quien habiendo caminado a través de los campos, quiere recorrer en sentido contrario el mismo camino? Y el propio insigne procesalista responde: *siguiendo las huellas de su paso. Las pruebas sirven, precisamente, para volver atrás, o sea, para hacer, o mejor aún, para reconstruir la historia.*

En la recomposición de la historia para que el juez aplique la ley absolviendo o condenando, la utilidad de las pruebas se manifiesta en el proceso, al alumbrar el camino del pasado, diluir las sombras y penumbras, disipar la niebla, alumbrar la verdad, para mostrar la realidad con toda su crudeza.

El principio general que rige en el juicio penal apunta hacia una irrestricta potestad probatoria, conforme a la cual todo puede ser objeto de prueba. Esa es la regla general, todo puede probarse y todas las pruebas son aptas para ello, estando permitida la utilización de cualquier medio convictivo que alleguen las partes, lo que se justifica en aras de alcanzar la verdad histórica.

No otro es el sentido que anima la fracción I del artículo 20 constitucional, objeto del Decreto de Reforma que examinamos, al expresar, desarrollando los principios generales rectores del proceso penal acusatorio, que, cito a la letra: *El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito que se reparen.*

El derecho a la prueba se constituye, así, en el soporte estructural del derecho a una defensa adecuada.

Todo puede probarse y todas las pruebas son bienvenidas para ello.

Ahora bien, ¿qué límites reconoce la actividad probatoria?

La regla general, conforme a la cual debe respetarse el derecho a llevar y a que sean admitidas todos tipo de pruebas en el proceso, no es, no puede ser, ilimitada o absoluta.

Sufre algunas excepciones, en cuanto a la *pertinencia y utilidad* del medio, a la *posibilidad* de su práctica y a la *afectación de derecho esenciales*.

Tres son, pues, las razones que justifican el desechamiento de la prueba: 1) por estimar que es *impertinente*, es decir, ajena a los hechos controvertidos; 2) por ser *inútil*, si el hecho a demostrarse está sobradamente acreditado, o 3) por considerar que es contraria a la ley.

En el nuevo juicio que diseña la reforma constitucional, corresponde al juez de control la tarea de depurar la admisión de pruebas, filtrando, por así decirlo, las que llegarán a los jueces que han de presidir la audiencia de debate de juicio oral, en la que se recibirán las pruebas, se oirán los alegatos de las partes y se emitirá el veredicto que proceda.

Deliberadamente dejaré para otra oportunidad el tratamiento de temas tan trascendentales como los de la pertinencia o utilidad de la prueba, porque la última limitación a que aludí más arriba es el centro del tema que ahora me ocupa: la prueba debe rechazarse o nulificarse cuando se alcance con violación de derechos esenciales del individuo. Esta es, pues, una de las importantísimas limitaciones impuestas a la libertad probatoria en el juicio.

En el planteamiento de la cuestión es clara la pugna entre dos intereses incompatibles: el interés público de alcanzar la verdad en el proceso para que el juez emita una sentencia que se aproxime a lo justo, caso en el cual debe admitirse todo medio de prueba, cualquiera que sea su procedencia, legal o ilegal, con tal que pueda servir a ese fin.

El otro interés en juego, también de carácter público, mira a la tutela de los derechos fundamentales del individuo. La forma de hacerlo es no otorgándole fuerza probatoria, por una parte, y sancionando a quien obtenga la evidencia con violación de derechos fundamentales, por la otra.

Ernst Beling, en Alemania, fue el precursor de la categorización en el estudio del tema, en su prestigioso trabajo: *Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad.*

En él, sostiene que debe reconocer límites la actividad estatal en la investigación de la verdad que se busca en el proceso penal. Cito textualmente:

El medio de prueba prohibido no puede ser utilizado en absoluto: el objeto de inspección ocular prohibida no puede contemplarse, el documento prohibido no puede leerse, el testigo o perito prohibidos no pueden ser oídos y si se hace así a pesar de ello y la falta se nota a tiempo no debe ser tomado en consideración en la sentencia, el juez debe tener como no realizada la prueba practicada.

En un proceso penal garantista, la sentencia del juez ha de reconocer, como sostén, el que a los hechos que son materia de la prueba se llegue por senderos respetuosos de los derechos humanos, de manera que no sólo tendrán que desecharse, sino también reprobarse enérgicamente los medios de prueba, sus elementos y valoración, cuando sean obtenidos con desprecio de aquellos derechos.

De ahí la exclusión de incorporar al juicio penal pruebas que se obtengan en contravención a las normas regulatorias de la propia convicción y también la prohibición, para el otorgamiento de algún valor de prueba en el proceso, a los medios ilegítimamente incorporados a él.

Ésta es, sin duda, la inspiración del poder reformador de la Constitución, al establecer, entre las normas que conformarán el proceso penal acusatorio y oral en nuestro país, y más concretamente entre los principios rectores del mismo establecidos en el artículo 20, la fracción IX, que cito de nueva cuenta: *Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.*

La redacción literal de tal disposición obliga a estimar que el ofrecimiento de una probanza ostensiblemente conculcatoria de los derechos fundamentales puede rechazarse por el juez de control, negándole su ingreso a la causa.

Pero si la admite incorporándola al juicio, será en la sentencia cuando, al valorar el medio, la excluya del proceso sin tomarla en consideración, ello a pesar del pernicioso peso que pudiera causar en su ánimo que, de alguna manera, podría verse prejuiciado con el aparente resplandor producido por el medio de prueba ilícito, como cuando se escucha una conferencia telefónica, captada clandestinamente, en la que el imputado confió a su hermano ser el autor del homicidio.

No obstante, a pesar de influir en el ánimo del juez con esa prueba prohibida, como afirma algún reconocido autor sobre el tema: *...en cuanto a la prevención sobre la inevitable influencia psicológica que ejercerá sobre el juez la práctica de una prueba que después no surte efectos, es un riesgo que debe correrse.*

La regla de exclusión probatoria alcanza la etapa de averiguación previa y la del proceso penal propiamente dicho, y comprende igual a todos los medios de prueba como a cualquier sujeto que la haya alcanzado, descartándose, de esta manera, la idea de que la prueba contraria a los derechos fundamentales, la prueba ilícita, solamente pueda provenir de una autoridad, porque nada se opone a que pudiera emanar también de un particular.

Tal ocurriría, por ejemplo, si el ofendido, con violación del derecho a la vida privada del imputado, hubiere sustraído algunos manuscritos de las oficinas de éste o algunas fotografías cuya pública exhibición afectara su privacidad, aportándolas como prueba en el juicio.

Ahora, si lo que resulta de primera importancia

son los derechos fundamentales del imputado deberá desecharse en el juicio cualquier medio de prueba que se alcance con violación de esos derechos, porque entonces no será disculpable obtener a todo trance la prueba, con el pretexto del esclarecimiento de los hechos en beneficio del interés social, sin sujetarse a limitación alguna, a riesgo no solamente de actuar apartándose de los valores éticos que justifican el *jus pudiendi* del Estado, sino de validar actividades de corte autoritario que riñan con un Estado democrático de Derecho.

Significa lo anterior que, en un proceso de corte democrático y garantista, no puede consentirse la impropia premisa de que el fin justifica los medios, sino que la legalidad de éstos abonará la validez del propósito perseguido.

Julio B. Maier, en una conferencia que dictó sobre el tema, en el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, que intituló “Las prohibiciones probatorias”, refiere que, en la dogmática jurídica alemana, se plantea el problema en relación con la prohibición constitucional de valorar una prueba, siendo la posición dominante la que enseña que hay que ponderar en cada caso si tiene prioridad el interés particular violado o, bien, el interés estatal en la persecución penal.

En este último supuesto, podrá valorarse la prueba ilícita esencialmente en los casos de *criminalidad y de difícil esclarecimiento*.

El propio distinguido procesalista argentino subraya lo cuestionable de la solución apuntada, en tanto se aparta del *dilema ético y jurídico que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de una actividad irregular*, por más que, para justificarse, acudan al aforismo *in delictis atrocissimis...iura transgredi licet, (tratándose de delitos graves es lícito transgredir*

la ley) que no invalida el cargo de que, en la práctica la pulcritud del proceso se confíe a la magnitud del delito que se investigue, lo cual quedará, por lo demás, a la subjetiva apreciación del juez.

El autor es tajante al descartar, de manera categórica, la admisión de otorgar valor a cualquier prueba adquirida por el Estado de modo irregular, con independencia de la gravedad del hecho que se impute al acusado o del error del agente de la persecución penal sobre la licitud de su actuación.

Por mi lado, quiero dejar clara mi posición sobre el tema de la prueba ilícita, al tiempo que aprovecharé para establecer mi criterio acerca de otra de las variables importantes del tema, constituida por la que denominaré la prueba anormal o irregular.

Puede asegurarse que el sistema de enjuiciamiento y la orientación de la política criminal del país de que se trate dan la tónica acerca tanto de lo que debe entenderse por prueba ilegítimamente obtenida, como de la forma en que impacta judicialmente en el proceso penal.

Con tal propósito pensamos, asumiendo una posición no exenta de polémica doctrinaria, que deben establecerse dos grados de protección: uno en el que la violación de las garantías individuales imposibilite el empleo del material de prueba obtenido, como ocurriría, verbigracia, con la confesión lograda mediando la aplicación del persuasivo tehuacán con chile piquín; y otra, en la que hay que examinar, casuísticamente, si la violación de la prohibición probatoria atañe o interesa esencialmente al entorno jurídico del inculpado o si sólo ha tenido para él una consecuencia circunstancial o de poca monta.

En la primera hipótesis, serán inadmisibles las pruebas que se obtengan violando directa o indirectamente las libertades fundamentales del individuo, pues conspiran

contra un debido proceso penal y no serán aptas, si fueren de cargo, para desvirtuar la presunción de inocencia que milita a favor del imputado, la cual, por otro lado, es reconocida expresamente en la reforma constitucional en materia penal que estoy invocando.

En el otro supuesto, estaremos frente a una prueba anormal, irregular, cuya eficacia demostrativa determinará específicamente el juez en su momento.

O sea, la prueba irregular será la que emanó ciertamente de una violación de normas procesales, o inclusive de preceptos de orden constitucional, a condición de que no tutelen derechos sustantivos que la propia Constitución del país proclama como fundamentales del individuo; sin embargo, como no podrían darse reglas generales que contuvieran soluciones globales, en cada caso tendrá que evaluarlas el tribunal por cuanto a su relevancia y a la afectación que puedan producir a los derechos humanos de los justiciables, esencialmente en lo que atañe a sus derechos de defensa.

En resumen, afirmo que una prueba es anormal cuando no existe relación de causa a efecto entre la actividad probatoria y el derecho fundamental afectado, es decir, cuando la obtención del medio de prueba no es resultante de la infracción al derecho fundamental.

Por ejemplo, para condenar con base en la prueba de presunciones, se precisa, la existencia de varios indicios, la presunción –nadie ignora– así se forma. Si en el caso concreto se llegó a la condena sólo con un indicio, por más que éste se haya obtenido sin conculcar derechos fundamentales del imputado, obviamente estaremos frente a la violación de la presunción de inocencia, caso en el que el juez o tribunal podrían dejar sin valor esa prueba ostensiblemente alcanzada con infracción de las normas procesales, pero no por el camino de declararla prueba

prohibida al no haberse vulnerado para su obtención, un derecho fundamental de carácter sustantivo, sino como contraria a la garantía de defensa del imputado.

A mi entender, reconociendo lo controvertible que esto pudiera resultar, el criterio señalado es acorde con el que orienta el Decreto de reforma constitucional, al declarar nula, en la fracción IX del artículo 20, apartado A), *cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, entendiendo dichos derechos como los contenidos en el ámbito normativo de los preceptos constitucionales que regulan las garantías individuales, específicamente los expresados en los primeros 23 artículos el Pacto Federal.

Estimo, pues, que la prueba será nula si es obtenida con violación de cualquiera de las garantías individuales; será sólo anormal o irregular, en cambio, si se alcanza infringiendo una ley que regule derechos procesales, no derechos fundamentales del incriminado.

En esta hipótesis, creo que no podrá, de manera genérica, declararse su nulidad en el proceso, sino que tendrá que atender el juez, como he dicho, al grado de deterioro que pudiera producir a los derechos humanos de los justiciables, esencialmente en su derecho de defensa.

De otra manera, la violación de toda norma jurídica, cualquiera que fuese su trascendencia, supondría la lesión de un derecho fundamental y, por ende, la aplicabilidad de la regla de exclusión, lo que parece exagerado, como ocurriría, por ejemplo, si pretendiera aplicarse la regla por faltar el sello judicial en el expediente, abrazando ambas caras, como quiere la ley procesal.

Por supuesto no estoy diciendo que se declaren útiles y admisibles todas las pruebas obtenidas con infracción de la ley, porque ello equivaldría a preconizar

la ilegalidad como principio general; tampoco aplaudo los procedimientos tortuosos o no autorizados legalmente, que por consecuencia tiñan de ilicitud la prueba, por afectar garantías y derechos esenciales del individuo, porque, en estos casos, la ilicitud de la prueba conlleva necesariamente su ineeficacia en el juicio; más bien me refiero a aquellos casos específicos en que, a pesar de infringirse la normativa procesal que las rige, ello no resulta ser trascendente en la esfera de las garantías individuales del enjuiciado.

De no aceptarse este enfoque, contemplada la realidad en que se desenvuelven los procesos penales en nuestro país, si se mantiene una posición garantista a ultranza, llevada al extremo, estimando que la infracción a la regulación formal de la obtención de la prueba determina su ilicitud y, por ende, hay que excluirla del juicio, ello conduciría a excesos injustos porque de entrada, y sólo como ejemplo, habría que eliminar del juicio el cúmulo de diligencias que hoy se practican sin la asistencia del juez.

Citemos este otro ejemplo para aclarar mayormente el asunto: la ley procesal federal y distrital eximen de la obligación de declarar a los parientes por consanguinidad del inculpado, pero, si después de hacérseles saber el derecho que les asiste para guardar silencio, estas personas tuvieran voluntad de declarar la propia ley autoriza a recibirles la declaración, pero solamente *a condición de que esta circunstancia se haga constar en el acta*.

Supongamos que se recibiera la declaración de un testigo hermano del inculpado, haciendo previamente de su conocimiento la facultad que tiene de negarse a rendir el testimonio, pero sin que se asentara esto en el acta, como exige la legislación procesal penal; o bien que se declarara al inculpado sin hacerle saber previamente el derecho

que tiene a guardar silencio; creo que en ambos casos se infringiría la normativa procesal, pero esa anormalidad no atentaría, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales del acusado y por consecuencia, al recaer la violación en cuestiones importantes, pero secundarias, no sería correcto asimilar sus efectos en cuanto a la validez y eficacia del medio probatorio a los producidos por una prueba ilícita.

Me referiré resumidamente, al efecto contaminante de la prueba obtenida ilícitamente.

Tan importante en el terrero procesal penal como el de la prueba ilícita y sus alcances, es el problema de la prueba obtenida también ilícitamente, pero de manera indirecta, lo cual podría resumirse en la interrogante acerca de si la nueva probanza se contaminó y hasta qué punto, con el medio probatorio ilícito y, en ese caso, si debe estimarse comprendida en la fracción IX del artículo 20, apartado A, que, según hemos expresado, declara *nula cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*.

La disposición examinada no hace referencia de modo expreso a ese fenómeno conforme al cual las pruebas, que si bien no se obtuvieron con infracción de los derechos fundamentales, se generan a partir de otra probanza para cuya obtención sí fueron violados.

Un ejemplo serían las declaraciones de unos testigos que inculpan al procesado, pero que se llegó a ellos merced a unos documentos que se trajeron de un domicilio allanado de manera inconstitucional por la policía.

O sea, el dicho de los testigos es, en sí mismo, ilícito, pues se recibió respetando sus derechos. No puede decirse lo mismo del modo al que se tuvo acceso a su testimonio.

Parece que, en una sana interpretación debe afirmarse que la declaración de nulidad tendrá que extenderse también a las probanzas en las que repercute el efecto vulnerador de derechos de modo obligado, supuesto que en caso contrario, aparte de que carecería de objeto la adición expresa de esta disposición, entre los principios rectores del proceso penal acusatorio, acabaría con la presunción de inocencia y el propio proceso garantista se reduciría a la nada, si sólo se interpretara la nulidad de la probanza ilícita, dejando vivos los efectos malignos que engendró.

Es más, ya el criterio orientador de la jurisprudencia de nuestros tribunales federales se ha manifestado claramente sobre el punto, cuando expresa que:

si un acto o diligencia de la autoridad está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal, ya que de hacerlo, por una parte, alentarián prácticas viciosas, cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan y, por otra parte, los tribunales se harían en alguna forma partícipes de tal conducta irregular, al otorgar a tales actos valor legal.

Similar consideración merece el distinto precedente conforme al cual un allanamiento domiciliario de la autoridad, sin cubrirse los requisitos del artículo 16 constitucional, priva de cualquier valor probatorio al acto en sí y a las actuaciones derivadas de él.

La cuestión a dilucidar, entonces, será cuando se está en presencia de la llamada prueba refleja, aludida también como *fruto proveniente del árbol emponzoñado*, o sea, con qué criterio determinar el punto hasta el que una

prueba quedó contagiada, al provenir, de manera directa o indirecta, de otro medio de prueba ilícito.

Se habla con base en el criterio sostenido por la Suprema Corte estadounidense, de la teoría del *fruto prohibido o envenenado*, al referirse al material que, a pesar de ser ilícito en sí mismo, se originó en otra prueba viciada o es consecuencia de actos ilegales de la autoridad.

Aun en estos casos, se afirma, habrá de distinguirse sobre si el efecto reflejo que contaminó la probanza se generó directa o inmediatamente por la prueba conculcadora de derechos fundamentales o si sólo se trata de una derivación indirecta, pues las consecuencias en cada caso pueden ser diferentes.

En la primera hipótesis, o sea, cuando la prueba se creó al amparo de otra obtenida con violación de derechos esenciales, es claro que se estará en presencia de los *frutos del árbol envenenado* y para su anulación, sólo tendrá que probarse el vínculo de causa a efecto que entre ambas exista.

La contaminación indirecta se entiende referida a los casos en que la prueba obtenida lícitamente fue sugerida o insinuada con base en otra actividad que directamente vulneró, derechos fundamentales, verbigracia, cuando se obtuvo una confesión ejerciendo violencia sobre el inculpado y, como resultado de ella, se ordenó realizar un cateo, con arreglo a la Constitución, en el que, por ejemplo, fueron encontrados estupefacientes.

Como quiera que sea, no resulta tarea fácil desentrañar este *intríngulis* en el juicio, para saber si existieron y, en su caso, cuáles fueron las pruebas que se contaminaron por originarse en una fuente probatoria vulneradora de los derechos humanos.

He aquí el relevante quehacer a cargo del legislador ordinario que habrá de poner buen cuidado en la fijación

del efecto reflejo de la prueba ilícita, bien sea que se haya obtenido en la averiguación previa o en el desarrollo del proceso, pues, de otra manera, se correrá el riesgo de sancionar sólo formal, y no realmente, la violación de las garantías individuales.

Una porción de la doctrina asegura que la actividad estará contaminada si reconoce como base una información obtenida con infracción de los derechos fundamentales, *es decir, que será ilegítima la incorporación al proceso de la información obtenida, cuando no pueda acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros datos o razonamientos.*

También se postula que habrá contaminación en caso de existir conexión o enlace causal entre la prueba ilícitamente obtenida y las otras, de modo que no se producirá la contaminación de las restantes pruebas si puede establecerse una desconexión de causa a efecto entre éstas y las ilícitas.

Significa lo opuesto que debe negarse validez o fuerza de prueba a aquélla que guarde un vínculo de causalidad con la que ha sido declarada ilícita, porque necesariamente se contaminó con la probanza obtenida con infracción de los derechos fundamentales del individuo.

Estos criterios tendrán que matizarse, sin embargo, tomando en consideración, precisamente, el grado de relación de dependencia que las demás pruebas guarden con las ilícitas.

Puede suceder, y de hecho pasa con alguna frecuencia, que pruebas obtenidas con violación de las garantías individuales del imputado, por tanto pruebas prohibidas o ilícitas, no se conectan o enlazan de manera causal con otros medios probatorios allegados al proceso, los cuales puede decirse que, por ese motivo, tienen independencia

y no están contaminados por aquéllas, pudiendo ser aptos por sí, para apoyar una condena.

Por ejemplo, cuando se hubiere introducido al proceso una grabación telefónica incriminante, no autorizada previamente por la autoridad judicial y por ende violatoria de derechos fundamentales del inculpado, pero en abono de la condena figurara, en la causa, la legal confesión del propio inculpado, confirmada por la declaración de testigos y otros elementos probatorios afines, que armonizaran con ella, sin conexión causal con la prueba ilícita.

Los efectos ilícitos de algún medio probatorio no pueden provenir sólo de la conexión causal que de manera natural tengan con una prueba ilícita, porque esta vinculación material no trasmite *per se* los efectos ilícitos a otros medios probatorios, sino más bien, para que un medio contamine su ilicitud a otro, precisa estar vinculado a él jurídicamente, o mejor, antijurídicamente, de manera que, en ausencia de esta conexión de antijuridicidad y ante otras probanzas que se hallen libres de cualquier tinte de ilicitud, por haberse obtenido con respeto a las garantías individuales del inculpado, tendrían que ser consideradas como válidas y eficaces.

Más allá del efecto reflejo, que pueda producir la prueba ilícita en las otras pruebas del proceso, según la posición doctrinaria que sobre ello se adopte, hay que decir que la prueba anormal o irregular, o sea, la que se produce infringiendo la legislación ordinaria, si bien no tiene repercusión en cuanto a la contaminación de otras pruebas con ella relacionadas, podrá, no obstante, alegarse su invalidez legal y, en su caso, acreditarse el hecho relativo a través de otros medios probatorios distintos.

Quiero destacar el relevante papel que habrán de desempeñar nuestros defensores públicos federales

cuando, ante sus planteamientos, los tribunales federales tengan que realizar la interpretación de la reforma constitucional sobre la prueba ilícita y sus efectos contaminantes, puesto que, en realidad, no puede sostenerse, de manera abstracta, como un hecho en sí, la firmeza en la subordinación o el sometimiento de unas probanzas del juicio con otras, ya que esta determinación sólo debe entenderse como un juicio de la experiencia a través del cual tiene que obtenerse el grado de conexión entre las probanzas, revelador de la pertinencia o impertinencia de los medios probatorios colisionados. Como quiera, en todo caso, la mejor interpretación que se formule en los tribunales, estoy cierto que será la que planteen nuestros defensores públicos federales.

Ética judicial: génesis y concepto

*Óscar Luis Lozada Hernández**

*“El que no quiera vivir sino entre
justos, viva en el desierto”*

Lucio Anneo Séneca

RESUMEN: En la actividad del juez en México, existen factores fuera de sus conocimientos profesionales que influyen en el momento de decidir una sentencia; la ética es una alternativa de solución que le permite al juzgador blindarse de factores que atentan contra su decisión, por ello se establece la distinción entre ética y moral, pues en el lenguaje coloquial se utilizan como sinónimos; así, la moral y la ética son vocablos que se vinculan, pues la moral en tanto moral puede ser entendida como un sistema más o menos coherente de valores, principios, normas preceptos, actitudes, etcétera que sirve de orientación para la vida de una persona o grupo; mientras que la ética, es propiamente conocida como la filosofía de la moral, pues se dedica a la reflexión sobre aquélla; siendo por tanto su objetivo dar razón del mundo moral de una manera reflexiva, estimando el por qué hay moral y por qué debe haberla; la ética y la moral no son sinónimos, pues, aunque etimológicamente es válido apreciarlo así, del contenido de su

* Secretario de Estudio y Cuenta. Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial del Estado de Veracruz.

ser, se evidencia su distinción. Asimismo, la ética aplicada es entendida como la ética que es tomada en cuenta por las diferentes disciplinas que, si bien toma las consideraciones generales de la ética, lo cierto es que dará razón de aquélla pero únicamente en el plano del área específica de que se trate. Así, llegando a la ética de las profesiones, ésta es el conjunto de principios morales que aspiran al deber ser, en el ejercicio de las actividades de una profesión específica, para finalmente abordar la ética judicial como aquélla inherente a los jueces del país.

SUMARIO: Introducción. I. Distinción entre ética y moral: problematización. II. Ética aplicada. III. Aplicación ética en las profesiones. IV. Ética judicial. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Introducción

La ética judicial se encuentra en boca de todos los poderes judiciales de los Estados del país, y es que ello no puede acontecer de otra manera o no se verifica como extraño, si tomamos en consideración los sucesos de inseguridad pública, que posiblemente han tenido en su haber, entre otros, la función judicial no adecuada a los tiempos vívidos. La corrupción ha permeado en los administradores de justicia; por ello, en el presente artículo, sólo se trata de abordar la ética judicial desde su génesis, hasta su conceptualización, siendo así pertinente establecer la distinción entre ética y moral, puesto que han sido usadas como sinónimos de manera indistinta; posteriormente, de manera deductiva, se irá por el camino que nos lleva a su concepto, desde luego pasando por la ética aplicada, la ética en las profesiones, culminando con,

precisamente, la ética judicial, con el único objetivo de que el lector encuentre una aproximación de a qué se refieren los poderes judiciales, cuando de ética judicial hablan.

I. Distinción entre ética y moral: problematización

1. Definiciones de ética y moral

En la actualidad se pueden escuchar, en infinidad de discursos, las expresiones de ética y moral como si fueran sinónimos; ante esa manera coloquial de hablar es preponderante establecer la distinción entre ambos conceptos, delimitarlos, con el único objetivo de mostrar precisamente cómo la ética y la moral, son vocablos que se refieren a cuestiones, si bien relacionadas entre sí, con base distinta.

El Diccionario de la Lengua Española aporta distintos significados de las palabras ética y moral, puntuizando que la primera tiene los significados que, a continuación se señalan: *perteneciente o relativo a la ética; recto, conforme a la moral; parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre y conjunto de normas morales que rigen la conducta humana.*¹

En cuanto a la palabra moral, los significados que menciona el diccionario son los siguientes:

Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o la malicia’, ‘que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia’; ‘que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano’; ‘ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia’; ‘conjunto de facultades

¹ CASANUEVA REGUART, S. E.: *Ética...*, cit., p.6.

*del espíritu, por contraposición a físico’, ‘ánimos, arrestos’, ‘estado de ánimo, individual o colectivo’, ‘en relación a las tropas, o en el deporte, espíritu, o confianza en la victoria.*²

Es decir, considera Casanueva Reguart que la ética debe ser entendida como *parte de la filosofía* y la moral como *la ciencia que trata del bien en general*.

Así, podemos decir que la moral es el conjunto de normas acerca del bien y del mal en cierto lugar y época; mientras que la ética es el razonamiento que hace la filosofía de la moral, lo que equivale a que la ética es reflexiva en tanto opera sobre algo previamente establecido que es la moral.

Afirma Cortina y Martínez que la ética es la parte de la filosofía que se dedica a la reflexión sobre la moral; en tanto la concepción moral es cualquier sistema más o menos coherente de valores, principios, normas, preceptos, actitudes, etcétera, que sirve de orientación para la vida de una persona o grupo.³

La ética, filosofía moral, en tanto parte de la filosofía, intenta construirse racionalmente, haciendo uso del rigor conceptual y los métodos de análisis y explicación propios de aquélla; y, como reflexión sobre la moral, intenta encontrar los conceptos y argumentos que aclaren la comprensión de lo moral del ser humano en tanto y en cuanto únicamente a la moral.⁴

Esto es, la ética, siendo parte de una disciplina como lo es la filosofía, no pretende comprender el fenómeno moral desde conceptos y métodos propios –pues de hacerlo dejaría de formar parte de la filosofía–, sino de los ya establecidos por la disciplina de la cual depende y

² *Ídem*.

³ CORTINA, A. Y MARTÍNEZ NAVARRO, E.: *Ética*, cit., pp.9, 29.

⁴ *Ibidem*.

forma parte; y contando con ellos encontrará su punto de partida para alcanzar los conceptos y argumentos que le permitan razonadamente comprender la cuestión moral del ser humano en tanto única y exclusivamente moral.

Como afirma Humberto Mauro Marsich: *la ética, por su misma definición, se revela como una rama de la filosofía*,⁵ dado que considera que toma de la filosofía sus características, principalmente por la atención que impone sobre los actos humanos tendientes a buscar sus causas últimas y supremas de la conducta humana.

Alcanzado su objetivo como reflexión sobre cuestiones morales, la ética dará ya razón del fenómeno moral, reflexión que se ubica sólo en el plano de encontrar qué moral es la pertinente para aplicarse en cada caso, encontrando para ello sustento en argumentos filosóficos que muestren razones suficientes para elegir la moral bajo la cual se conducirá el actuar humano o se efectuará un juicio moral.

Por ello se dice que el juicio ético es el que conduce a aceptar como válida la concepción moral que nos sirvió de referencia para un juicio moral previo,⁶ pues, como ética fundamental, ésta *analiza los fundamentos o principios generales del orden moral*⁷; por consiguiente, si se elabora un juicio desde su perspectiva, lógicamente lo hace encaminado a la moral y desde aquélla se podrá considerar válida, o no, la concepción moral que orilló al ser a emitir su propio juicio moral.

2. Ética: tipo de saber

Distante de ser meramente enunciaciones especulativas, moralinas, inoperantes, anquilosadas y anticuadas, la

⁵ MARSICH, H. M.: *Manual...*, cit., p. 47.

⁶ CORTINA, A. Y MARTÍNEZ NAVARRO, E.: *Ética*, cit.

⁷ BASSO, M. D.: *Ética...*, cit., p. 9

ética es un saber filosófico distinguido por Aristóteles de entre los saberes teóricos, poiéticos y prácticos.

Teóricos serán los que se ocupan de averiguar qué son las cosas, qué ocurre de hecho en el mundo y cuáles son las causas objetivas de los acontecimientos, versan sobre lo que no puede ser de otra manera; mientras que poiéticos, son aquellos que nos sirven de guía para la elaboración de algún producto, de alguna obra, versan sobre lo que puede ser de otra manera.⁸

Los saberes prácticos, que son normativos, son los que orientan sobre lo que se debe hacer para conducir la vida de un modo bueno y justo, cómo se debe actuar, qué decisión es la más correcta en cada caso concreto para que la vida sea buena en su conjunto.⁹

Normativos y prácticos porque son códigos que se encuentran establecidos en épocas, lugares y ante grupos determinados, ya forman parte de las normas, aunque no precisamente escritas de una comunidad, sino como modos de actuar establecidos previamente ante circunstancias determinadas que provocan bienestar y no inestabilidad, de ahí incluso su practicidad, pues son útiles para el ser al tomar decisiones respecto a sus acciones.

Los saberes prácticos son conocidos como filosofía práctica y abarcan a la economía, la política, al derecho y la religión y, desde luego, a la ética.¹⁰

Por ello, para el realismo aristotélico *la ética es la ciencia práctica del bien y, por tanto, se debe actuar para alcanzar el bien; es decir, vivir según la razón y a través del ejercicio de las virtudes.*¹¹

⁸ CORTINA, A. y MARTÍNEZ NAVARRO, E.: *Ética*, cit., p. 11.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ RODRÍGUEZ ARANA, J.: *La dimensión...*, cit., p.14.

De tal suerte que, siendo la ética parte de la filosofía, por lo cual se le pudiera considerar como teórica, lo cierto es que debe considerarse un saber práctico en tanto su vinculación con el deber –del ser– puede realmente efectuarse en su vida cotidiana y su resultado conllevará a su adecuación en la moral reconocida por los miembros de la comunidad específica.

3. Ética y moral: ¿sinónimos?

Si la ética es parte de la filosofía práctica, lo único entendible, en cuanto a su uso indiscriminado respecto a la moral como sinónimo, es su confluencia etimológica, puesto que ética proviene del griego *ethos*, que aludía originalmente a morada, lugar en donde vivimos, pero con posterioridad pasó a significar el carácter y modo de ser que las personas adquieren en la vida; mientras que moral, procediendo del latín *mos*, *moris*, también significa carácter o modo de ser; es decir, una de raíz griega y otra latina, ambas representan *todo aquello que se refiere al modo de ser o carácter adquirido como resultado de poner en práctica unas costumbres o hábitos considerados buenos*.¹²

Usar de manera similar los términos, tanto de ética como de moral, para referirse a modos de actuar ante determinadas circunstancias, sólo evidencian desde su nacimiento concepciones también coloquiales para definirlas, pues, como se vio en párrafos precedentes, la ética no puede ser lo mismo que moral –en tanto moral– al formar parte de la filosofía, pues, como tal, debe ser entendida, en todo caso, como la filosofía moral, pero contextualizándola al estudio reflexionado y razonado de ésta y no como su sinónimo.

¹² CORTINA, A. Y MARTÍNEZ NAVARRO, E.: *Ética*, cit.

Por ejemplo, se dice que un juez debe ser imparcial, lo moral sería precisamente ese *deber*, es decir, *el juez debe ser imparcial*; mientras lo ético es, ¿por qué debe serlo, qué argumentos soportan el código moral descrito que consideramos ideal en la conducta de un juzgador? Lo que dé respuesta a la interrogante, es la ética del actuar de ese juez.

Desde luego que la respuesta puede no coincidir para todos los que se sometan a ella; sin embargo, ello no representa que la ética fracase en su objetivo, porque diversas teorías éticas pueden contener orientaciones similares, valores básicos válidos, y, además, porque la filosofía moral no es únicamente la justificante racional de un sólo código moral, sino un marco general de códigos morales básicos que pueden ser legítimamente válidos y compatibles entre sí.¹³

Por tanto, la ética deviene importante, tomando en consideración que al dar razón, al estudiar la moral específica, cristaliza los principios y/o valores que se necesitan para encontrar, en cada actuar del ser, la manera más adecuada para hacerlo ante ciertos hechos concretos.

Así, la ética y la moral o moralidad, no son sinónimos, pues, como hemos visto, cada una tiene sus objetivos específicos, pero, fundamentalmente, lo que debe quedar bien claro es que la moral sólo representa el objeto de estudio de la ética.

II. Ética aplicada

En la sociedad actual, cada vez se escucha hablar más de la ética y de códigos de ética, que contrarían las opiniones de algunos estudiosos de diversas disciplinas,

¹³ *Ibidem*.

que aseguran que la filosofía no resuelve nada o que es un mero estudio de teorías que han traspasado durante los tiempos.

Como refiere el doctor Arturo Berumen Campos, los tecnócratas dicen que *la filosofía no sirve para nada*,¹⁴ pero que también aducen *se necesita que los funcionarios actúen con ética*.¹⁵

Lo cierto es que, siendo la ética la reflexión sobre la moral, haciéndola su finalidad única, no se debe de olvidar que la moral es únicamente válida en ciertas épocas y grupos determinados.

De ahí que si cada grupo tiene su propia moral, y cada uno tiene actividades distintas entre sí, no se puede dar razón de la moral respecto de cada uno de ellos desde una sola concepción general de ética, pues cada grupo tendrá su propia moralidad y, como consecuencia, su propia eticidad, es decir, su propia reflexión moral; ello no implica que no tome concepciones de la ética generalmente entendida, puesto que en ella tiene su fundamentación.

Así, como dicen Adela Cortina y Emilio Martínez Navarro, *entre las tareas de la ética... no sólo figura la aclaración de lo que es la moralidad y la fundamentación de la misma, sino la aplicación de sus descubrimientos a los distintos ámbitos de la vida social: a la política, la economía, la empresa, la medicina...*¹⁶; también se puede incluir al Derecho y, más aún, a la función jurisdiccional, porque los jueces y administradores de justicia cuentan, desde luego, con su propia ética.

Es decir, la ética aplicada se constriñe a aplicar a alguna actividad específica las nociones de la ética normativa; como dice Alfonso Velázquez Estrada, citando

¹⁴ BERUMEN CAMPOS, A.: “La ética...”, cit., p. 31.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ CORTINA, A. Y MARTÍNEZ NAVARRO, E.: *Ética*, cit., p. 151.

a Martín D. Farreutey Misuchz, la filosofía moral presenta tres niveles: la metaética que da razón de la naturaleza de los juicios morales y del razonamiento propio de la moral; la ética normativa que es la que se entiende con las nociones de lo bueno y lo correcto, y la ética aplicada que finalmente concreta en algún campo de estudio específico, las nociones estudiadas en la ética normativa.¹⁷

Por ello, se puede afirmar que la ética aplicada tiene como objetivo primordial aplicar los principios descubiertos en su propio nivel fundamentador a las distintas áreas en que el hombre se desenvuelve en su cotidianidad.

Adela Cortina, al citar a K.O. Apel, destaca que éste afirma que: *en la ética podemos distinguir una parte A referida a la fundamentación de lo moral y una parte B que se ocupa del marco de principios necesarios para la aplicación a la vida cotidiana, de los principios descubiertos en la parte A.*¹⁸

Así, la ética aplicada es aquélla que en tanto conserva su fundamentación básica, es tomada en consideración por las diferentes disciplinas, quienes normarán o fundamentarán su propia eticidad, para dar razón del mundo moral específico.

Su tarea consistirá en analizar cómo en esa fundamentación los principios éticos ayudan a orientar las diversas actividades en que el hombre desarrolla su ser activamente. Trabajo nada fácil para el ético, puesto que, siéndolo, no puede cubrir todo el conocimiento de las distintas actividades, sino que tiene que echar mano de los especialistas de cada área en específico, lo que implica necesariamente que la ética aplicada, es interdisciplinar.

¹⁷ VELÁZQUEZ ESTRADA, A.: *Deontología...*, cit., p. XXIII.

¹⁸ CORTINA, A.: *Ética...*, cit., p. 167.

III. Aplicación ética en las profesiones

La ética aplicada, al pertenecer a la ética específica de cada área, tiene que dar cuenta de la moralidad relativa a cada profesión, por ello es que se debe tener claro que representa una profesión en sí.

Marina del Pilar Olmeda García nos dice que Pedro Chávez Calderón define a la profesión como ...*la actividad específica que los hombres realizan para cumplir su función social.*¹⁹ Y citando a Rojo Marín aduce que:

*profesión es la actividad personal, puesta de una manera estable y honrada al servicio de los demás y en beneficio propio a impulsos de la propia vocación y con la dignidad que corresponde a la persona humana.*²⁰

De tal manera que Olmeda García proporciona la definición siguiente: *comprende el arte, oficio, ocupación o empleo, en el que se ejercen conocimientos especializados de carácter científico o técnico.*²¹

Con esta definición se está de acuerdo, puesto que comprende las diversas actividades en que el hombre despliega su fuerza y talento, que, desde luego, culmina en un beneficio social y productivo.

Si a la conceptualización de profesión se adiciona la de ética, filosofía de la moral, como aquella que da razón del mundo moral, siendo la moral su objeto de estudio, entonces podríamos dar ya una definición de la ética profesional.

Nicolai Hartmann, citado por Marina del Pilar Olmeda García, se expresa al respecto de la manera siguiente:

El fenómeno de la moral está sometido en el curso del tiempo a un cambio constante tal, que hay una pluralidad de morales. Cada moral cree, además, ser la única justa y en saber lo que es el bien. Esto quiere decir que algunas

¹⁹ OLMEDA GARCÍA, M. DEL P.: *Ética...*, cit., p. 143.

²⁰ *Ibidem*, p. 144.

²¹ *Idem*.

*normas de ética profesional serán transformadas por él y podrá procederse a su revisión para determinar su validez actual, pues en un momento dado, pueden no estar a tono con la época o con el lugar.*²²

Y continúa diciendo Olmeda que, de acuerdo con Aquiles Menéndez, la ética profesional se define como *la ciencia formativa que estudia los deberes y los derechos de los profesionistas en cuanto tales.*²³

Posteriormente, esta autora sostiene que la ética profesional es la ciencia normativa que estudia los deberes y derechos de los profesionistas, de ahí que la ética aplicada al ejercicio profesional reciba el nombre de deontología.²⁴

De tal suerte, que podemos afirmar, atendiendo a que la ética basa su estudio en las cuestiones morales y la profesión se refiere al quehacer del hombre, que la ética profesional es el conjunto de principios morales que aspiran al deber ser, en el ejercicio de las actividades de una profesión específica.

IV. Ética judicial

Entendida la diferencia entre moral y ética, la ética aplicada y la ética de las profesiones, se tratará ahora lo relativo a la ética judicial.

El hablar de ética judicial no equivale a que exista perfección en la actividad diaria de quien alude al concepto, sino que, como dice Alfonso Velázquez Estrada, quien habla de ella es porque le *preocupa lo suficiente como para velar que el Poder Judicial tenga la reputación de integridad y neutralidad.*²⁵

²² *Ibidem*, 143.

²³ *Ibidem*, 145.

²⁴ OLMEDA GARCÍA, M. DEL P.: *op. cit.*

²⁵ VELÁZQUEZ ESTRADA, A.: *op. cit.*, p. V.

En México, es común oír hablar ya de este concepto; sin embargo, se estima que el mismo no ha cumplido con su objetivo, es decir, no se ha reflexionado por qué cada uno de los principios deontológicos tienen aplicación en el campo de acción del juzgador al decir el Derecho, al tomar su decisión final, puesto que más bien se evidencia como moda de la política judicial, pues empiezan a crearse códigos de ética como resultado de dichas modas, con la idea de que así la sociedad estará conforme con los poderes judiciales con que cuentan.

Pero se han olvidado, los creadores de los códigos de ética, que, siendo ésta, parte de la filosofía, deben tener entonces esos códigos, argumentos teóricos suficientes para especificar con precisión qué conductas morales son las apropiadas para el ejercicio de la función judicial y no sólo responder a modas pasajeras que al no otorgar cimiento a sus creaciones, se encuentran destinadas al fracaso.

Se dice por ejemplo que:

*aquel funcionario judicial que piense que su trabajo es ‘uno más’ de los muchos que se desarrollan en la vida de un Estado no verá a éste con ese compromiso que exige la ética judicial ni estará convencido de la trascendencia que, para la vida de su colectividad, representa la labor que desempeña.*²⁶

Entonces, es necesario hacer entender a los administradores de justicia la relevancia de la función que llevan a cabo cotidianamente, en la cual no sólo se encuentra un quehacer que les retribuirá un salario decoroso, sino una cosa más allá del medio para satisfacer sus necesidades primordiales, como lo es que en sus manos se encuentra y sostiene el Estado de Derecho y, por tanto, la democracia de este país.

²⁶ *Ibidem*, p. X.

Como dice Miguel Grande Yáñez, *en las específicas virtudes del juez el problema ético de fondo no es el de la pauta pública o universal de felicidad, sino el de la responsabilidad pública y social de su cargo.*²⁷

El juez no debe sucumbir ante los embates de la corrupción, precisamente contra ella encuentra en la ética judicial el antídoto idóneo para ejercer su jurisdicción de una manera libre, sin ningún factor que atente con la decisión judicial que fundada y motivadamente haya tomado.

Ahí tenemos la filosofía existencialista de Sartre que exige del ser humano una ética de autenticidad, misma que representa el no huir de la libertad; la mala fe, dice Berumen; *es la negación de la propia libertad, por la incapacidad de soportar la angustia que implica el obrar por decisión nuestra,*²⁸ por mucha presión que se tenga para decidir en un sentido o en otro. Sartre opina: *pudiste haber dicho no; por tanto, decidiste en ejercicio de tu propia libertad,*²⁹ pues en tanto hombre, estás condenado a ser libre.

Si bien la teoría de la autenticidad que propone Sartre es considerada con implicaciones de ser héroe o inhumano, lo cierto es que ello es sólo en tratándose de seres humanos comunes y corrientes, y no menos valiosos, sino únicamente diferentes; sin embargo, un jurista no puede ser considerado un hombre común y corriente, pues en su formación es plagado de conocimientos que lo diferencian de los hombres para los cuales sirve.

Tan es así, que la función del jurista nunca puede ser apartada del bien común en sociedad y si para ésta es creada y en torno a ella trabaja, ciertamente que no es

²⁷ GRANDE YÁÑEZ, M.: *Ética...*, cit., p. 125.

²⁸ BERUMEN CAMPOS, A.: *op. cit.*, p. 36.

²⁹ *Ibidem*, p. 37.

utópico esperar de él ese heroísmo en su quehacer diario, que le impida verse afectado por factores externos que incidan en sus decisiones judiciales, so pena de debilitar un Estado de Derecho y democrático.

Ahí tenemos el ejemplo que, citando a Sartre, expone Berumen:

los jueces nazis que, cuando fueron cuestionados por sus decisiones contra los judíos, contestaron que ‘obedecían órdenes superiores’, justificación no aceptada por Sartre pues, según él, ‘pudieron haber dicho no’, aunque la alternativa hubiera sido el campo de concentración para los mismos jueces.³⁰

Las resoluciones emitidas por el órgano judicial, dice Casanueva, *están dadas por circunstancias políticas, económicas y sociales, o de otra índole, y no meramente jurídicas, en sentido estricto.*³¹

Por ello es necesario cimentar una ética judicial, no por moda, sino por necesidad, en donde el justiciable encuentre, en sus poderes judiciales, principios deontológicos que puedan verdaderamente hacer que el juez, administrador de justicia, no equivoque el camino hacia la toma de decisión judicial dentro del marco de factores que la afecten, con la consecuente vulneración de derechos.

Así, siendo la función judicial propia de los profesionistas del Derecho, debe ser entendida la ética judicial como aquella reflexión acerca del cómo y por qué tiene la administración de justicia que basar su actividad jurisdiccional en los deberes del jurista judicial, que será la deontología propiamente.

³⁰ *Idem.*

³¹ CASANUEVA REGUART, S. E.: *op. cit.*, p.112.

V. Conclusiones

La ética y la moral no son sinónimos, pues cada una tiene sus objetivos específicos, pero fundamentalmente la moral sólo representa el objeto de estudio de la ética.

La ética aplicada es aquella que en tanto conserva su fundamentación básica, es tomada en consideración por las diferentes disciplinas, quienes normaran o fundamentaran su propia eticidad, para dar razón del mundo moral específico.

La ética profesional es el conjunto de principios morales que aspiran al deber ser, en el ejercicio de las actividades de una profesión específica.

La ética judicial es aquella reflexión acerca del cómo y por qué tiene la administración de justicia que basar su actividad jurisdiccional en los deberes del jurista judicial, que será la deontología propiamente.

VI. Bibliografía

- BASSO, M. DOMINGO: *Ética*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- BERUMEN, CAMPOS ARTURO: “La ética judicial como ética de la autenticidad”. *Revista jurídica veracruzana*. H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, 2006.
- CASANUEVA, REGUART SERGIO E.: *Ética judicial bases para la construcción de una ética judicial*. Editorial Porrúa, México, 2006.
- CORTINA, ADELA: *Ética aplicada y democracia radical*. Editorial Tecnos S.A., 2^a ed., Madrid, España, 1997.
- CORTINA, ADELA, MARTÍNEZ NAVARRO EMILIO: *Ética*. Ediciones Akal, Madrid, España, 1996.
- GRANDE, YÁÑEZ MIGUEL: *Ética de las profesiones jurídicas*. Editorial Desclée de Brouwer, España, 2006.

- MARSICH, HUMBERTO MAURO: *Manual de deontología jurídica*. Fundación universitaria de derecho, administración y política, S.C., México, 2000.
- OLMEDA, GARCÍA MARÍA DEL PILAR: *Ética profesional en el ejercicio del Derecho*. Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2^a ed., México, 2007.
- RODRÍGUEZ, ARANA JAIME: *La dimensión ética*. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2001.
- VELÁZQUEZ, ESTRADA ALFONSO: *Deontología judicial – ética aplicada (del juez, secretario y notificador)*. Editorial Flores Editor y Distribuidor, 1^a ed., México, 2008.

El nuevo contenido del artículo 20 constitucional. (Primera parte)

*Jorge Ojeda Velázquez**

SUMARIO: I.- El carácter no adversarial del nuevo proceso. II.- Con las reformas de junio de 2008, el artículo 20 constitucional vuelve a ser dividido, ahora en tres apartados: el A, relativo a los principios generales; el apartado B, señala los derechos de toda persona imputada; el C, enuncia los derechos de la víctima y el ofendido.

Introducción

Los *spin* sobre los cuales gira el sistema. La tentativa de llegar a la verdad a través de principios y reglas. Dadme las pruebas y te daré al culpable.

I.- El carácter no adversarial del nuevo proceso

La joya de la corona del nuevo sistema penal, el núcleo central del sistema propuesto está contenido en este magno precepto, cuyo primer párrafo señala: los *spin* sobre los cuales va a girar: (1S1), (2S2 2P2), (3S3 3P3), (4S4 4P4) y (5S5 5P5):

el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

* Magistrado de Circuito. Segundo Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Primera Región en el Distrito Federal.

1.1 Nosotros, como juzgadores, hemos aprendido que el procedimiento judiciario es una serie de hechos y actos sucesivos, realizados por las partes y el juez en un determinado tiempo y forma, dirigido a encontrar la solución de un conflicto, cuya respuesta se manifiesta a través de una decisión.

En el procedimiento penal, ese conjunto de hechos y actos jurídicos se investigan y declaran la existencia de un hecho penalmente relevante y la autoría o participación de uno o varios sujetos activos.¹

Ahora bien, el proceso penal es lo que en la metodología jurídica conocemos como el camino que conduce a la toma de aquella decisión. Lo que necesitamos saber entonces es si conocemos ese camino (*¿Ma, voi conoscete certamente la strada verso la veritá?*). Este camino puede ser largo o corto, rápido o lento, como la carretera de cuota o aquella carretera libre que conduce del Distrito Federal a la ciudad de Cuernavaca; ambas llevan a esa ciudad, pero en una se hace más rápido y, en la última, se llega más tarde.

Así es en el proceso penal que el legislador de 1934 diseñó para México. El artículo 152 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

a).- En los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa la sanción, o la aplicable no sea privativa de libertad se abre un PROCESO SUMARÍSIMO, en el cual existe una dilación probatoria de diez días más cinco para su desahogo. Una vez cerrada la instrucción del juicio, se cita a una audiencia de vista y en la misma se dicta sentencia o cinco días después.

¹ BINDER, ALBERTO M.: *El incumplimiento de...*, cit.

- b).- Cuando la pena excede de dos años de prisión, sean o no alternativas las sanciones, luego del dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el juez de oficio declara la apertura del PROCESO SUMARIO, en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro del plazo de treinta días: diez para ofrecer pruebas y veinte para desahogarlas. Una vez que el juzgador acuerde cerrar la instrucción, cita a una audiencia de vista dentro de los diez días siguientes y en la misma se dicta sentencia o cinco días después.
- c).- Despues del dictado y notificación del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, si las partes manifiestan que están acordes con él y renuncian a la dilación probatoria, el juez abre el PROCESO DIRECTÍSIMO, cita a audiencia de vista y en la misma dicta sentencia.
- d).- Como opción preferencial el inculpado puede optar por el PROCESO ORDINARIO, el que de acuerdo a la fracción VIII (ahora VII) del artículo 20, Apartado B constitucional, no puede dictarse sentencia más allá de un año.

Todo depende del camino o proceso por el cual se opte, se arribará presto o más tarde a la meta conocida: la sentencia.

1.2.- La oralidad o la escritura del proceso es el tipo de la cinta asfáltica de la carretera que tomemos para ir a una ciudad. El proceso oral, se afirma, es un mecanismo que posibilita un sistema de comunicación directa entre el juez, las partes y los medios de prueba y, por lo tanto, permite descubrir la verdad de un modo más eficaz y controlado: Se ve cómo se hace la justicia.

De esta manera podemos excluir que el proceso escrito es una forma de comunicación indirecta entre las partes y el juez;

un sistema para la adquisición del conocimiento de los hechos de manera menos transparente que aquél. El tránsito de la escritura a la oralidad, traerá consigo pasar de un sistema de agujas y expedientes a uno de CD's. y de videograbación. En esta tesisura, podemos afirmar que el proceso oral es una forma diferente de resolver los conflictos.

1.3.- Que el proceso sea acusatorio equivale a decir qué tipo de vehículo o instrumento utilizaremos para arribar a Cuernavaca; por ejemplo, *el sistema procesal penal de los Estados Unidos de Norteamérica* tiene dos características que descuellan por su importancia tanto histórica como contemporánea: *es adversarial como acusatorio, contrario a lo señalado en nuestro artículo 20 constitucional como acusatorio y oral*; esto es, no incluye lo adversarial. Estos dos últimos términos no son sinónimos aunque diariamente se repitan sin advertir la distinción aguda que existe entre ellos.

El concepto adversarial significa que existe una división de responsabilidades entre quien toma la decisión y las partes, tanto la decisión jurídica como la fáctica corresponde a un tercero, imparcial, que adopta una posición en virtud del material suministrado por las partes adversarias, que son el fiscal, de un lado (no la víctima) y la defensa, de otro. Que el sistema sea adversarial significa que la responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y determinar la argumentación pertinente es de las partes en conflicto. Pero eso no significa que en el sistema estadounidense el juez sea un *invitado de piedra*, sino que debe estar pendiente para evitar los excesos de las partes e imponer a una de ellas el deber de contribuir en la consecución de la información requerida por la otra; de tal suerte, que no podemos hablar de un sistema adversarial puro, sino de un sistema adversarial regulado.

En el procedimiento adversarial cada parte tiene la responsabilidad de desarrollar y presentar la evidencia en el juicio. La evidencia es presentada en una audiencia concertada entre el juez y el jurado, ninguno de los cuales ha tenido previo conocimiento de ella. Existe un orden preestablecido para esa presentación, conforme al cual el fiscal:

...hace primero su presentación, con cada uno de sus testigos también sometidos a contrainterrogatorio de la parte opuesta. Al final, cada parte presenta sus argumentos al jurado y el juez instruye a éste acerca del derecho aplicable antes de que el jurado se retire a deliberar, para entregar luego su veredicto. A través de este proceso tanto el juez como el jurado permanecen como escuchas pasivos... el papel del juez está limitado al de ser el árbitro de la contienda de acuerdo a determinadas reglas probatorias y procesales. Dado que las partes contendientes desarrollan la evidencia, existe un fuerte énfasis en la presentación oral en el juicio de tal modo que el juez y el jurado puedan juzgar los méritos de las pruebas de primera mano en orden a detectar cualquier perjuicio o inconsistencia.²

En contraste, el procedimiento inquisitivo corresponde a un Estado pre-liberal, anterior a la Ilustración. En él se producen o suelen producirse, entre otras las siguientes características:

- I) Atenuación o desaparición de la figura del acusador.
Se confunde con la del juez, quien además realiza la investigación, lo cual cualquier pretendida imparcialidad se hace imposible en la práctica.
- II) Discrecionalidad del juez en la búsqueda y adquisición de las pruebas, con prescindencia del actuar de las partes.

² MUÑOZ NEIRA, O.: *Sistema Penal Acusatorio...*, cit., pp. 128-129. DAMASKA, MIRJAN R.: *Las Caras de...*, cit.

Éstas quedan impedidas de rendir pruebas para acreditar sus pretensiones, lo que deviene en otra infracción a los requisitos que la moderna doctrina procesal penal exige para calificar de justo un proceso.

- III) Procedimiento escrito y secreto. Se impide el acceso del común de las personas al juicio, permitiendo toda clase de especulaciones y generando progresivamente mayor desconfianza en la administración de justicia.³
- IV) Apreciación de las pruebas en conciencia. El juez tiene amplia libertad para otorgar valor pleno, semipleno o nulo valor a los medios de prueba, o la de simples indicios, los cuales van sumando en su conciencia hasta otorgarles un valor necesario para condenar.

Así las cosas, podemos afirmar que el principio acusatorio puro se distingue porque es un proceso de partes que comienza necesariamente con el ejercicio de la acción de un actor contra las excepciones interpuestas por un demandado; por el contrario, cuando es impuro el Estado se hace cargo por sí mismo de la persecución penal, se convierte en fiscal para configurar el procedimiento penal acusatorio.

Ya habíamos afirmado que, en el proceso inquisitivo, el juez interviene por sí mismo; él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador, sino solamente el juez (el inquisidor) que investiga y juzga. Por estas razones existe el inconveniente de que el juez pierda su imparcialidad y el inquirido esté prácticamente indefenso o no pueda defenderse de modo suficiente.

³ CHAHUÁN SARRAS, S.: *Manual del Nuevo...*, cit., p. 8.

Unir las ventajas de la persecución penal estatal en las del proceso acusatorio que consisten, precisamente, en que juez y acusador no sean la misma persona, sólo puede suceder si el Estado asume tanto la tarea de acusador como la de juez, separando esa función en dos autoridades estatales distintas. Esto sólo es posible a través de la creación de un órgano de acusación estatal especial, como es la Fiscalía; y, otra llamada Juzgador.⁴

Ahora bien, ¿de dónde viene el carácter no adversarial de las reformas constitucionales en materia penal? ¿Cuál fue la intención del Constituyente Permanente para distinguir nuestro proceso acusatorio del norteamericano y chileno y asemejarlo más al colombiano?

Habíamos apuntado que nuestro Estado de Derecho es democrático y, si lo es, debe tomar en cuenta a todos no sólo para votar sino, inclusive en el proceso penal deben intervenir todas las partes, entre ellas las víctimas, que en realidad se le han olvidado.

La víctima en el proceso acusatorio penal norteamericano no tiene participación alguna más que como testigo porque, según ellos, violaría el principio de *igualdad de armas*, (*EQUAL ARMS*).

En el proceso constitucional colombiano juega un rol protagónico. Es una figura emergente que poco a poco fue exigiendo mayor participación en el proceso inquisitivo, y, en el nuevo proceso acusatorio emergió mediante ley procesal 600/2000 perfeccionada mediante la Ley 604/2005, y exigió un merecido lugar en el proceso al lado del fiscal, la defensa e imputado. Cabe hacer notar que la víctima concurre al proceso, representada por el Ministerio Público o su abogado particular (defensor de confianza le llaman aquí), más no por su propio derecho.

⁴ ROXIN, C.: *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 86.

De ahí deriva el carácter no adversarial del proceso acusatorio colombiano, porque ya no combaten únicamente uno frente a otro (el actor contra el demandado, el fiscal contra la defensa), sino que, al intervenir la víctima, se pierde así el principio de igualdad de armas entre las partes.

En México, la víctima ha ido conquistando un lugar preeminente en el proceso penal. Recordemos como en la reforma constitucional del 3 de septiembre de 1993 se agregaron, a la fracción X del artículo 20 constitucional, a fin de garantizar a la víctima o al ofendido por algún delito sus derechos constitucionales, como eran el de recibir asesoría jurídica, a prestarle atención médica de urgencia cuando así lo requiriera, a que se le satisfaga la reparación del daño y a coadyuvar con el Ministerio Público.

Las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre del año 2000, que entraron en vigor seis meses después, vinieron a corregir esa indisponibilidad geográfica, la de contemplar en el mismo apartado los derechos del imputado y de la víctima, pues derogó el último párrafo para ubicarlo en dos apartados: el A, referido al culpado; y el B, dedicado a los derechos de la víctima y del ofendido, no sin antes ampliar sus derechos subjetivos (Ojeda Velázquez, Jorge. 2005: 430, Derecho Constitucional Penal).

Con las reformas de junio de 2008, se crea el Apartado C para proteger los derechos de las víctimas o del ofendido, sin lograr la total independencia del Ministerio Público, esto es, como lo propusimos en el Tomo I de la obra a la que acabamos de hacer referencia (págs. 673–698), la víctima debe dejar de ser considerada el minusválido del proceso penal, no seguir siendo considerada coadyuvante del Ministerio Público, sino

participar, por sí o representada por su abogado, en el proceso como parte civil o privada. ¡Esperamos mejores tiempos! y, en esa dirección, damos la bienvenida a la contradicción de tesis número 146/2008 de la Primera Sala, en la que se permite a la víctima participar en el amparo indirecto, ya que si bien es cierto que no se discute en la orden de aprehensión ni en el auto de formal prisión el tema de reparación del daño, empero, como lo señalamos desde hace varios años en clases, es imprescindible que se exija para construir el cuarto piso del edificio procesal:

(Primer piso = elementos del delito
Segundo piso = responsabilidad penal
Tercer piso = individualización de sanciones
Cuarto piso = reparación del daño)

Es necesario que a la víctima se le permita construir desde la planta baja del edificio procesal y aportar medios de prueba para construir los pisos subsiguientes, habida cuenta que, sin cuerpo del delito o responsabilidad penal, no hay condena a la reparación del daño. Me parece que esos tiempos mejores llegaron en el segundo proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) de enero de 2011, cuyo artículo 77 le otorga intervención a la víctima u ofendido así como a su asesor jurídico.

1.4. El primer párrafo del reformado artículo 20 constitucional establece que este proceso se regirá por cinco principios específicos. ¿Pero qué son en sí los principios? Recurramos a Robert Alexy⁵ para que nos explique: *los derechos fundamentalmente tienen el carácter de principios y los principios son mandatos de optimización*; si esto es así, luego entonces estos principios vendrán a optimizar o a mejorar el nuevo procedimiento penal. A

⁵ ALEXY, R.: *Teoría de los...*, cit., p. 13 del Epílogo.

diferencia de Alexy, nosotros pensamos que no todas las normas constitucionales tienen el carácter de mandatos de optimización sino sólo aquellas procesales, ya que éstas tienen un sentido teleológico, como es el de optimizar los materiales de construcción constitucional; en cambio, las normas sustantivas fundamentales tienen un carácter deontológico y resguardan, por tanto, valores a partir de los que se originan los principios o guías, primeras razones o fundamentos constitucionales.

Estos principios específicos se diferencian de aquellas reglas, mal llamados principios generales, previstas en el apartado A: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; en nuestro concepto, todas estas características debieron llamarse reglas.

1.5. A nivel 1S1 encontramos la publicidad. Ésta es el espejo que un gobierno transparente desea mostrar a la sociedad para que los ciudadanos puedan apreciar la manera como los jueces administran justicia o evitar que ellos incurran en exceso o impunidad.

Al respecto, se afirma que:

además, de constituir una garantía, el juicio público y su realización por el método oral, constituye un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda. Una de ellas es la de resolver los conflictos, en este caso, penales, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles o no resultan comprensibles al conjunto de la sociedad. En el mismo sentido, la publicidad constituye un componente antiquísimo de la cultura universal, que ha demostrado tener la capacidad de

permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente.⁶

También el proceso penal está llamado a desempeñar un importante efecto preventivo general, que normalmente se atribuye a la etapa de publicidad de la pena. El enjuiciamiento público de los delitos permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables, inhibiendo con ello a quienes pudiesen pretender llevarlos a cabo en el futuro y reafirmando, ante el conjunto de la sociedad, la vigencia de los valores del sistema jurídico.

Uno se pregunta si la publicidad del proceso es un enunciado absoluto o relativo. Nosotros nos ponemos de parte de aquella tesis que dispone que la relatividad de esta regla, atento a lo dispuesto en la fracción V del apartado “B” del artículo 20 constitucional, apunta a que la publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley y el proyecto mencionado reitera las mismas hipótesis. Veamos:

El artículo 79 del primer proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales resuelve este dilema, veamos:

Artículo 79. de la Publicidad.

Las audiencias serán públicas y orales. Los tribunales podrán restringir la publicidad o limitar la difusión por los medios de comunicación cuando existan razones fundadas para justificar que se pueda perjudicar el normal desarrollo del proceso, la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de las víctimas u ofendidos, de testigos o de menores de edad. Cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente

⁶ CHAHUÁN SARRÁS, S.: *op. cit.*, pp. 286-287.

protegidos o cuando el juez estime que existen razones fundadas para justificarlo(...).

Desaparecida la causa, se hará ingresar nuevamente al público y quien presida el debate informará brevemente sobre el resultado esencial de los actos cumplidos a puertas cerradas, cuidando de no afectar el bien protegido por la reserva.

Los anteriores preceptos van de acuerdo con normas internacionales como el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el cual establece que:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

El artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden pública o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria, en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiere perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal ... será pública.

1.6. El siguiente spin (2S2 2P2) con que se mueve, en un nivel de incertidumbre, nuestro proceso penal es el de contradicción. ¿Porqué en un nivel de incertidumbre? Porque si alguien objeta o tacha un medio de prueba, se genera una incertidumbre, en principio, al introducirla, luego al desahogarla bajo el principio contradictorio y, finalmente, al valorarla se acentúa; esto debido a

que consideramos que el proceso penal se compone de una triada, con al menos dos litigantes y un juzgador independiente e imparcial, y que uno de los litigantes es el órgano estatal a cargo de la investigación y afirmación de la acusación cuya obligación es convencer al tribunal, más allá de la duda razonable, que se ha cometido un delito y que el acusado es el responsable penalmente; en consecuencia, no hay duda que, en la producción de las pruebas e introducción de la información a juicio, a los juzgadores les corresponde un papel fundamental pasivo, de receptores de esta información; no así a la contraparte, que es la defensa que tratará de echar abajo esas pruebas que incriminan a su cliente, el imputado.

De lo anterior, fluye la obligación del defensor de interferir en la introducción de esa información que emana de los datos de prueba, haciendo repreguntas a testigos, peritos y al acusado con el fin de combatir lo afirmado por el fiscal. Es así como nace el principio de contradicción cuya exaltación la realizan los artículos 9º y 90 del Proyecto de Código Federal de Procedimiento Penales:

Durante el proceso, las partes tendrán derecho a conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como a oponerse a los alegatos de la otra parte, con las excepciones previstas en este código.

Artículo 90. (...) el Ministerio Público, el imputado o su defensor, así como la víctima u ofendido y su asesor jurídico, podrán intervenir y replicar cuantas veces lo autorice el juez. (...)

En relación a la prueba testifical, invitamos a nuestros lectores a releer lo escrito sobre ello, en las páginas 582-587 del primer tomo de la obra anteriormente descrita, sobre cómo se debe preguntar y repreguntar a un testigo.

Por lo que hace a las instrucciones para interrogar y contrainterrogar al perito, los artículos 438 y 439 del Primer Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, señalaban:

Artículo 438. El perito podrá ser interrogado por las partes y éste responderá en forma clara y precisa las preguntas que le formulen, pudiendo consultar documentos, notas escritas y publicaciones, con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta, previa autorización judicial.

Artículo 439. La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado. En contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

Los artículos 453, 454, 455, 456 y siguientes del Proyecto de CFPP señalan las normas para interrogar a testigos y peritos, las reglas sobre el interrogatorio, el contrainterrogatorio y objeciones que hacer a documentos u otras pruebas que se incorporen a la audiencia, los cuales no difieren de nuestra experiencia en litigios tanto civiles como laborales; directrices que en el segundo proyecto (enero 2011) en sus artículos 367 a 370 se observan.

1.7. La concentración, como principio procesal, lo encontramos en un nivel de movimiento de nuestro spin 3S3 3P3, cuya trayectoria lo localizamos a partir del artículo 10 del Proyecto del CFPP.

Artículo 10. El desahogo de las pruebas y debates deberán concentrarse en una sola audiencia en la que se desarrollará toda la actividad procesal que producirá decisiones jurisdiccionales.

Esto es, el principio de concentración, significa que todos los actos necesarios para llevar a término el juicio se realizarán en la misma audiencia.

1.8. Este principio, al igual que el de continuidad (nivel 4S4 4P4), buscan asegurar la unidad del juicio.

El principio de continuidad se refiere a la exigencia de que el debate no sea interrumpido, que las audiencias se desarrollen en forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. Por sesiones sucesivas, debemos entender aquellas que tienen lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del trabajo, con ello se entienden autorizados los recesos de las audiencias que el juez determine.

Estas pausas o interrupciones pueden deberse a múltiples causas, normalmente razones fisiológicas como el comer, dormir, etc.

Artículo 11. El desarrollo de las audiencias será en forma continua, sucesiva y secuencial, preferentemente en un mismo día, o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este código; sin detrimento del derecho de defensa y del fin del proceso de esclarecer los hechos.

1.9. Quizás una de las críticas más fuerte realizadas al actual sistema provenga del hecho de que los imputados nunca o casi nunca conocieron al juez que los sentenció, pues todas las diligencias las realizaban sus secretarios. Los jueces a su vez se defendían aduciendo que eran muchas las audiencias agendadas en un solo día para poder estar en todas ellas, por ello seleccionaba las más importantes.

Para optimizar el proceso penal se exige ahora en el nuevo sistema, que el juez esté presente en todas las audiencias e inclusive comunique personalmente y explique al imputado la sentencia. Esto es lo que se

conoce como el principio de inmediación y lo prevé los artículos 12 y repite el 81 del Proyecto de CFPP, como un *spin 5S5 5P5*.

Artículo 12. Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del juez, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este código, sin que el juez pueda delegar en alguna otra persona el desahogo de la misma.

Artículo 77. En las audiencias... deberán estar presentes el juez, el Ministerio Público, el defensor y el imputado, y en su caso, el ofendido o la víctima y su asesor jurídico...

Incluso el párrafo cuarto del reformado artículo 17 constitucional dispone que: las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales, deberán ser explicadas en *Audiencia Pública previa citación de las partes* por el juez.

Este principio impone también al juzgador la obligación de decidir de acuerdo con las impresiones personales que obtenga de los medios de prueba rendidas en el juicio y del acusado eventualmente.

La audiencia de juicio oral es el momento en que se efectúa el test de confiabilidad de la información aportada por el fiscal y, en este examen, el control directo e inmediato de los juzgadores es fundamental.

Según Roxin⁷ el principio de inmediación implica dos cosas distintas:

- 1.- El tribunal que dicta la sentencia debe observar por sí mismo la recepción de la prueba (inmediación formal).
- 2.- El juzgador debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo, sin utilizar equivalentes probatorios algunos (inmediación material).

⁷ ROXIN, C.: *op. cit.*, p. 102.

En cuanto a la inmediación formal, nuestro Código la garantiza exigiendo la presencia ininterrumpida de los jueces durante las audiencias, como lo acabamos de señalar en los artículos 12 y 77 del Segundo Proyecto de CFPP arriba transcritos.

Respecto a la inmediación material, este Proyecto de ley señala que la prueba que debe servir de base a la sentencia es la que se rinde durante la audiencia del juicio; no permite incorporar o invocar medios de prueba, ni dar lectura en el juicio a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público durante la instrucción; exige que los testigos y peritos sean interrogados personalmente y que la convicción del juzgador se forme sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (arts. 416, 438, 439, 442, 459 y 477 párrafo segundo del Proyecto).

II. Con las reformas de junio del 2008, el artículo 20 constitucional vuelve a ser dividido, ahora en tres apartados: el A, relativo a los principios generales, el apartado B señala los derechos de toda persona imputada y, el C, enuncia los derechos de la víctima y del ofendido.

Ya habíamos adelantado al desarrollar el tema 1.4 que los principios son marcos valorativos de referencia a partir de los cuales se parte para alcanzar ciertos fines y con tal posición nos aventuramos a adelantar que el primer párrafo del reformado artículo 20 constitucional contiene propiamente principios y aun cuando más adelante el apartado A, establece la existencia literal de *principios generales*, éstos no son más que directrices o reglas finalistas, pues no expresan una necesidad absoluta, sino solamente final o teleológica, o reglas que

no imponen una acción como buena en sí misma, sino como buena para alcanzar determinado fin.

Esto es, como diría Calsamiglia, al prologar la obra de Dworkin *Los Derechos en Serio*, 2009:9., las directrices hacen referencia a objetivos que se deben de alcanzar; en cambio los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, buscando la justicia y la equidad, pero, a diferencia de las reglas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación.

2.1. Los *principios generales* contenidos en el apartado A no existían antes de la reforma. De ahí que se imponga su novedoso análisis. Helos aquí:

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La Ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo

establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del imputado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al imputado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula; y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Tanto las comisiones unidas de la Cámara de origen y revisora motivaron dichas reformas, exponiendo las siguientes justificaciones:

Apartado A. Principios del proceso.

La fracción I prevé el objeto del proceso penal que no es sino el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, procurar que el culpable no quede impune y que el daño sea reparado.

Además de lo ya expuesto sobre la metodología de audiencias cabe indicar que los principios del proceso penal no sólo son aplicables al juicio propiamente dicho, sino a todas las audiencias en las que con inmediación de las partes se debata prueba. La fracción II de este Apartado establece los principios de inmediación y de libre valoración de la prueba.

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 valoración libre de la prueba ofrecida, la decisión en cuestión. Este método eleva la calidad de la información con la que se toma la decisión, toda vez que además de permitir un contacto directo con la fuente de prueba, la resolución se adopta después de escuchar a las dos partes.

El principio de libre valoración de la prueba es el que se asume para la toma de decisiones. Se adopta este principio porque los otros sistemas que han sido reconocidos históricamente para la valoración de la prueba en el derecho moderno, son notoriamente ineficaces para garantizar el carácter racional de la actividad jurisdiccional. En efecto, el sistema de la íntima convicción es propio de los sistemas en los que los juzgadores de hecho y los de derecho están separados, es decir, en aquellos sistemas que prevén el juicio por jurado. En estas tradiciones, el jurado no está obligado a motivar sus decisiones. Tal no será el caso en México, puesto que las decisiones de hecho serán adoptadas por jueces profesionales que estarán

obligados a fundar y motivar sus decisiones, tal como lo ordena ya el artículo 16 constitucional.

El sistema de prueba tasada conduce a resultados insatisfactorios. En tales sistemas prevalece una valoración legislativa preconstituida de la prueba por encima de la determinación judicial –prueba plena y semiplena. A pesar de la pretendida objetividad se deriva de su carácter enmascaradamente deductivo, que rehusa una auténtica motivación desde los hechos. El conocimiento empírico en el derecho es primordialmente inferencial inductivo. Por tal motivo, 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. La fracción III del Apartado A prevé la prohibición de dictar sentencias si las pruebas no son desahogadas en el juicio. El propio artículo prevé la excepción de la prueba anticipada que, aunque conservando todas las formalidades propias del juicio, se desahoga ante el juez de control antes de que el juicio tenga verificativo.

La prueba anticipada procede en aquellos casos en los que la prueba corra el riesgo de perderse si no se recaba anticipadamente. Una vez realizada la diligencia judicial de anticipo de prueba el resultado de la misma se incorpora por lectura al juicio oral.

Se prevé también una excepción a este principio para el caso en el que el imputado renuncia expresamente a su derecho a un juicio oral y acepte el hecho que se le imputa a cambio de algún beneficio legal. En esos casos será juzgado por el juez de control con los antecedentes que arroje la investigación del ministerio público.

Se prevé, finalmente, una tercera excepción a este

principio para los casos de delincuencia organizada en los que no sea posible reproducir la prueba en juicio, ya sea porque el testigo murió por causa imputable al procesado o porque exista riesgo acreditado para testigos o víctimas. Esta posibilidad no obsta para que el imputado pueda objetar e impugnar la prueba ofrecida.

Para los efectos de garantizar la imparcialidad judicial y evitar que los jueces se contaminen con información que no haya sido desahogada en el juicio, se prevé que éste se desarrolle ante un juez o tribunal distinto al que haya conocido del caso previamente, en la fracción IV. Se trata de la separación de los órganos de jurisdicción de la primera instancia.

Una vez que se ha cerrado la investigación y se ha formado una acusación, el juez de control que dicta el auto de vinculación y la resolución de apertura a juicio, deja de ser competente para conocer del juicio. La idea con esta previsión es que el juez o el tribunal del juicio no tenga sino el auto de apertura en el que se indique cuál es la acusación y la prueba que será desahogada en el juicio y que el órgano de decisión escuchará por primera vez.

En la fracción V se dispone un principio fundamental del proceso acusatorio que consiste en que el onus probandi corresponde a la parte acusadora y al principio de igualdad entre partes.

La fracción VI dispone la prohibición de que el juzgador tenga contacto con alguna de las partes sin que esté presente la otra. La idea de este planteamiento es nuevamente evitar que el juez sólo tenga información unilateral y que ello sesgue su criterio. Por supuesto que exceptúan de este dispositivo aquellas diligencias que solicite el Ministerio Público y que sean necesarias

para garantizar la efectividad de la investigación.

La fracción VII señala que una vez iniciado el proceso penal, se podrá decretar su terminación anticipada, si el imputado no se opone, en las condiciones que establezca la ley para tal efecto. En caso de que admita su participación en el delito, aunado a que existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez deberá citar a audiencia para dictar sentencia. Se remite a la ley para establecer los beneficios que podrán otorgarse por ello.

La fracción VIII dispone el estándar de prueba para la condena, que no es otro sino la convicción motivada para la condena. No se trata, como ya se expresó con anterioridad, de una convicción íntima, sino de aquélla que pueda ser justificada a partir los elementos fácticos que el Ministerio Público logre probar.

La fracción IX se refiere a la cláusula de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. La prohibición de prueba ilegal resulta fundamental para preservar la lealtad procesal de la policía y del Ministerio Público, así como para la profesionalización de la investigación.

La redacción que se eligió obedece a la necesidad de dimensionar adecuadamente esta figura procesal. Frente a otras alternativas que se encontraban en discusión se decidió adoptar aquella que refiere que será nula toda prueba que sea recabada con violación a derechos fundamentales, y no tan sólo a violaciones legales. Ello es así porque algunas violaciones de dispositivos legales pueden ser saneados y corregidos en el curso del proceso, sin que ello se traduzca en la afectación de los derechos. Ampliar la exclusión de prueba a supuestos que no suponen indefensión o vulneración de otras garantías podría llegar a producir la repetición de actos procesales inútiles o la anulación

de decisiones sobre la base de puros formalismos, lo cual puede afectar una afectiva procuración de justicia.

Finalmente, la fracción X dispone que todos los principios detallados en líneas que anteceden, deberán observarse también en las audiencias preeliminares al juicio.

2.2. El *principio general*, previsto en la fracción I del Apartado A del artículo 20 constitucional, señala los objetivos del nuevo proceso penal:

- a).- El esclarecimiento de los hechos,
- b).- La protección del inocente,
- c).- Castigar al culpable y
- d).- Que los daños causados por el delito se reparen.

2.2 a. Como sabemos, el sistema procesal penal, antes que nada, es un mecanismo racional de investigación, persecución y juzgamiento de las conductas humanas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados, establecido previamente en un Código y en un régimen de garantías que fijó los límites más allá de los cuales la actividad persecutora estatal no puede extenderse sin vulnerar ilegítimamente los derechos individuales de las personas.⁸

No hay duda de que, en un primer momento, la investigación de los hechos pueda aparecer agresiva, en otros confusa, vaga, con muchos embrollos sino es que enredado; de ahí la necesidad de proteger los derechos fundamentales del imputado, otorgándole una serie de garantías procesales como lo son la del debido proceso previsto en el artículo 14 constitucional; o el derecho a la inviolabilidad de su domicilio, a la protección de toda forma de comunicación privada, a no ser detenido más que en flagrancia o quasi flagrancia, garantías estas

⁸ CORREA SELAMÉ, J. D.: *Procedimiento abreviado...*, cit., p.1.

otorgadas en el artículo 16 constitucional, antes de que sea aprehendido y llevado ante el juez.

Estos derechos fundamentales, además de aquellos previstos en el artículo 20 constitucional como *principios generales*, actúan como un límite insuperable a la persecución penal del Estado y, más precisamente, a la actividad de probar a toda costa, la culpabilidad de un imputado.

Sabemos que estos excesos son corregidos a través de mecanismos procesales preventivos, como es la autorización judicial previa, y también mediante mecanismos generales correctivos como son la reposición del procedimiento (nulidad relativa de la sentencia), la exclusión de prueba ilícita y los recursos de apelación otorgados al imputado, a fin de conocer la verdad real de los hechos.

En la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, nos podemos encontrar frente a una verdad real o una jurídica, las que en el viejo sistema procesal hay necesidad de concordar o de unir todos los cabos para llegar al convencimiento de que realmente esto fue lo que sucedió, de acuerdo con la fórmula procesal: TODA VEZ QUE DE LOS HECHOS PROBADOS Y ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ANALIZADOS, SE GENERAN INDICIOS SUFICIENTES LOS QUE ENLAZADOS DE MANERA NATURAL Y LÓGICA, NOS CONDUCEN DE LA VERDAD PROBADA (verdad jurídica) A LA QUE SE BUSCA (verdad real).

En este nuevo sistema procesal, se exige que en la búsqueda de la verdad las partes se comporten de manera ética y ponderen el deber de lealtad que debe existir entre ellas; eticidad, exigible de manera pudorosamente social al juzgador para no condenar a un imputado, si existen elementos que apoyen la duda razonable más allá de elementos cuantificablemente ciertos.

Lo anterior viene al caso, ya que con el nuevo proceso penal algunos magistrados nos hemos preguntado si en aras de cumplir con el principio de reparación del daño causado por el imputado, no se cumple con el de esclarecimiento objetivo de los hechos, toda vez que con la creación de la figura jurídica denominada *sentencia anticipada*, prevista en la fracción VII de este Apartado A y en los artículos 519 y 527 del Segundo Proyecto de CFPP de la SeTec, se exige que para su otorgamiento no sólo confiese los hechos, sino que repare el daño y así concluir anticipadamente el juicio, con lo cual se condena sin existir sentencia; esto es, sin encontrar la verdad de los hechos.

Sobre este tópico, al igual como lo advertimos en el capítulo de los adolescentes, se estaría violando también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14, párrafo tercero, inciso g) establece:

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad(...)

g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

Lo anterior es así, ya que el imputado, al elegir, apresuradamente, entre dormir en casa o en una prisión, elegirá lo primero, se verá impulsado a confesar que *él mató al Mar Muerto* y reparará el daño sin importarle el esclarecimiento de los hechos; más nunca se sabrá la verdad buscada o real, dado que el proceso no llegó a su fin.

Luego entonces, ¿qué modelo de proceso penal ofrece mayor garantía de encontrar la verdad de los hechos, es decir, llevar a una comprobación segura del delito y la autoría o participación del activo en su comisión?

Ante todo conviene no perder de vista a Habermas⁹, quien señala que la averiguación de la verdad en el

⁹ HABERMAS, J.: *Teoría de la Acción...*, cit., pp. 116 y ss. SUCAR, G.: *Concepciones del derecho...*, cit.

discurso institucional, tiene distintas reglas que la búsqueda de la verdad en el discurso libre, ya que en éste las partes están interesadas todas en llegar a la verdad; es decir, todas las partes construyen una certidumbre intersubjetiva y, por otro lado, Schuneman¹⁰ coincide con él al afirmar que la aptitud para el descubrimiento de la verdad real, sigue siendo el punto de Arquímedes para cada construcción del proceso penal.

Por ejemplo, el modelo norteamericano se basa en dos pilares: el juicio oral ante un jurado y su realización a través del llamado principio adversarial, en el cual el juzgador se limita a presenciar como espectador mudo y oyente sólo de la práctica de la prueba, no conoce la carpeta de investigación ni tiene la posibilidad de plantear preguntas complementarias, por lo cual permanece fuera del círculo de comunicación, de forma que su entendimiento se convierte cada vez más en un ser distante e impredecible. ¿Por qué sucede esto? Porque este sistema es una competencia justa entre dos adversarios en el que debe vencer el mejor.

De ello deriva que el modelo adversarial no puede solucionar satisfactoriamente la tarea principal del juicio oral, es decir, el descubrimiento de la verdad, puesto que el juzgador no puede garantizar la totalidad del desahogo de las pruebas y no está en grado de llenar las lagunas del interrogatorio a través de preguntas propias. La sentencia puede no manifestar la verdad real de los hechos sino la victoria de una u otra parte y, consecuentemente, no cumplir con el objetivo del proceso penal, máxime que quien emite el veredicto de culpabilidad es un jurado no letrado y se deja la carga de la prueba a una sola de las partes: el acusador.

¹⁰ SCHUNEMAN, B.: *Critica del Modelo...*, cit., pp. 19 y ss.

En contraste, el sistema inquisitivo en el que se reúnen, en una sola persona, la de investigador y juzgador, la búsqueda de la verdad es ansiosa y absurda, al utilizar incluso la tortura para alcanzarla.

El sistema mixto, ofrece un camino menos sinuoso al permitir que el juzgador, luego del ofrecimiento y desahogo que realizan las partes de sus medios de pruebas (esto es, del interrogatorio cruzado de los testigos y de los peritos), pueda ofrecer *para mejor proveer* sus propias pruebas, llevadas a la arena procesal *para descubrir la verdad de los hechos, castigar al verdadero culpable y proteger al inocente*.

El anterior absurdo se acentúa más en la tradición jurídica mexicana con la figura procesal de la *suplencia de la queja*, que al extranjero le parece extraña e incomprendible al intervenir oficiosamente el juez en favor del imputado, cuando el defensor no introduce pruebas ni sus excepciones correctamente al juicio, no formula debidamente sus alegatos, ignora que alguna ley ya fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte o no formula conceptos de agravios o los realiza incorrectamente (en apelación) o de violación (en casación).

En materia penal, la suplencia de la queja se introduce en favor de los imputados y en contra del principio de igualdad (de armas) entre las partes; se aplica investida de un ferviente amor al prójimo desvalido; por ello hemos afirmado, en nuestras clases, que en la suplencia de la queja existe una extraña simbiosis entre el Estado laico mexicano y la tradición cristiana, quienes se niegan a sí mismos, pero ocultos entrelazan sus manos.

Por otra parte, creemos que la suplencia de la queja en México fue introducida en los procedimientos agrarios y laborales, debido a que los campesinos y los obreros aportaron su vida y sacrificaron a su familia al intervenir

en la Revolución de 1917; en pago a ello, el Estado Mexicano los premió con esta figura procesal.

2.2 b. Ya habíamos apuntado que, el nuevo proceso penal es una forma diferente de resolver los conflictos penales, habida cuenta que, con estas reformas, el Estado mexicano reformula el método o camino para llegar al castigo. Pero ¿cómo se protege al inocente y se castiga al culpable?

Creemos que, primeramente, en base a la presunción de inocencia, el fiscal se obliga no solamente a desquiciar ese principio, a través de las evidencias de cargo que obtenga durante la investigación preliminar, sino a aportar aquellas relativas a la inocencia del imputado, inclusive aquellas que le favorezcan para gozar de alguna medida de aseguramiento; con lo que vuelve a creerse en la buena fe de sus actuaciones y a reivindicar el deber de lealtad entre las partes.

Por otro lado, y en un segundo plano, el artículo 162, fracción VI, del Proyecto de CFPP de la Setec, atribuyó un deber común tanto a los jueces de control y de juicio oral y a postribunales de Circuito, de abstenerse de presentar en público al imputado o acusado como culpable a fin de proteger al inocente.

2.2 c. Premisa fundamental para castigar al culpable es encontrar el camino adecuado para llegar a la verdad. Empero, no hay que perder de vista que en el mundo jurídico existe una pesada realidad: la búsqueda de la verdad se presenta al juzgador, a veces, como un mito, otras veces como una falacia y siempre como un angustioso problema debido a la fragilidad procesal de las pruebas. No existe ningún juzgador que no sepa cuán ilusoria es la confianza depositada en ellas, más todavía cuando descubrimos que la verdad que se busca en el nuevo sistema de justicia oral es tan simple, tan primitiva

y superflua, que no dejamos de pensar que lo que realmente se busca en este nuevo proceso es el castigo, a toda costa del imputado, máxime cuando observamos las estadísticas que están detrás de la fachada brillante del proceso adversarial y oral, que, en más del 90% de los casos, vienen condenados.

2.2 d. La fracción I del Apartado A, también garantiza los derechos de las víctimas u ofendidos por el delito, a la verdad, la justicia y la reparación del daño, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 17 constitucional y en los artículos 25, 1 y 2 en relación con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así los obliga:

1- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)

(...) 2-...., los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades

Artículo 25. Protección Judicial

1- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido y a cualquier otro recurso efectivo frente a los jueces o tribunales competentes, que la proteja contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales.

*2.- Los Estados Partes se comprometen:
(...)*

c)- A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

No es nada fácil encontrar un adecuado equilibrio entre las expectativas de justicia que tienen las víctimas u ofendidos por el delito, y el anhelo de paz, que desde otra perspectiva, tiene igualmente la sociedad.

Cuando alguien no cumple con las expectativas de Derecho que se espera de él, se origina una tensión no sólo entre el infractor y la víctima, sino también con la sociedad entera, que espera que el Estado investigue, enjuicie y castigue al responsable, es decir, hay una exigencia colectiva de justicia. El derecho a la justicia tiene un contenido amplio, en primer lugar, el deber del Estado de perseguir los graves atentados contra los derechos ajenos, a fin que no se conviertan en impunidades; en segundo lugar, el derecho a la justicia implica imponer penas racionales y proporcionales por la ofensa cometida; en tercer lugar, que además se cuente con la posibilidad de hacer valer los derechos a través de un proceso y recursos realmente efectivos para que las víctimas puedan reclamar sus pretensiones ante las autoridades competentes; y en último lugar, que en el trámite judicial se respeten todas las normas del debido proceso.

Dar, pues, a cada quien lo suyo, es el anhelo particular o general para administrar justicia.

En el nuevo proceso penal, el derecho a la reparación del daño a las víctimas u ofendidos por el delito, se eleva a garantía de tal manera que se asegura el pago, previamente al juicio, a través de la institucionalización de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, previstos en los artículos 514 y 527 del Segundo Proyecto de CFPP de la Setec.

2.3. La búsqueda de la verdad pasa por la obtención de la prueba. Para demostrarla ante el juzgador tenemos que preguntarnos: ¿cuál verdad, la del fiscal o la del defensor? Tenemos que profilácticamente averiguar si A mató a B o si aquél es inocente y esa es la orientación de la valoración y fin de los medios de prueba.

Algunos autores discrepan acerca de la finalidad del proceso, en cuanto afirman que¹¹ *si la finalidad primaria del proceso es la solución del conflicto, no es indispensable la verdad del hecho, pues dentro de este enclave es más importante que la disputa se resuelva, a que se resuelva correctamente, aspecto éste último que ubica a la búsqueda de la verdad en un plano secundario*

Creemos que si bien el caso ha sido resuelto, empero, no genera una solución permanente del conflicto, toda vez que aún quedan astillas del proceso en la mente del inconforme quien utilizará los remedios jurídicos o medios de impugnación que crea pertinentes.

Las fracciones II, III, IV, V, VIII y X del Apartado A del artículo 20 constitucional, así como el párrafo décimo segundo del artículo 16 de nuestra Carta Magna, dedican su contenido, de manera asistemática, al estudio de los medios o datos de prueba en el nuevo proceso oral.

La fracción II del Apartado A establece:

Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

Pensamos que esta fracción no reproduce el principio específico previsto en la cabeza del artículo 20 constitucional, sino que se refiere a la inmediación formal probatoria, en cuya base se encuentra la exigencia

¹¹ MORELLO M. A.: *La Prueba*, cit., p. 19.

de presencia ininterrumpida de los jueces durante las audiencias para observar por sí mismos, la recepción de la prueba.

La inmediación, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, debe ser entendida como la calidad de inmediato, lo que sucede enseguida, sin tardanza; y el adjetivo se refiere a la prueba incorporada al juicio oral, antes de lo cual la prueba recaudada por el Fiscal no tiene aún valor judicial, sino que se trata de una simple evidencia o dato de prueba.

El artículo 291 del nuevo Proyecto del CFPP señala que:

Los datos o medios de prueba sólo tendrán valor si han sido hallados, obtenidos, trasladados producidos o reproducidos por medios lícitos y desahogados en el proceso de modo que autoriza este Código.

Para efectos de la sentencia dictada en el juicio oral, sólo se considerarán como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio, salvo en el caso de prueba anticipada.

En el sistema mixto imperante en México, el juez, por lo regular, no desahogaba la prueba sino que la encomendaba al secretario de trámite, quien era el que se percataba de las impresiones y perturbaciones del testigo mendaz o de la falsedad de un documento público o privado o de los defectos de una prueba pericial, las cuales dejaba impresas en el proyecto de sentencia; más no era el juzgador quien advertía esos incidentes ni obtenía de primera mano estas observaciones. De ahí derivó la prohibición constitucional, a fin que sea el juez, y no sus secretarios, quien, en la audiencia principal del juicio oral, frente al desahogo realizado por las partes, valore las pruebas como dice la Constitución reformada, de *manera libre y lógica*.

Nosotros ya habíamos sostenido (Ojeda Velázquez, Jorge 2005:543-546) que la historia procesal registra varios métodos que ha utilizado el juzgador para la valoración o apreciación de los medios de pruebas. Estos métodos y nuestra experiencia de juzgador, nos permitieron reflexionar sobre la manera o el modo en que el juez forma su propio criterio acerca de la existencia o inexistencia de un hecho penalmente relevante o acerca de la responsabilidad de su autor o partícipe en la comisión del mismo.

Nosotros sostenemos la hipótesis de que el primer método que utilizó el juzgador fue aquel denominado del *libre convencimiento*, porque, para determinar el valor conferido a los medios de prueba que le aportaban, utilizaba su propia conciencia, su propio raciocinio, su propia convicción. Lo anterior se comprende si tomamos en cuenta que en aquellos tiempos no había un código o conjunto de normas que le permitiesen contar con las herramientas necesarias para su valoración. Pensemos las veces en que los sacerdotes, quienes se decían representantes de la justicia divina aquí en la tierra, se reunían en conciáculo y decidían mediante ordalias que el indiciado tenía que pasar la prueba de fuego, del agua hirviendo u otros peligros para demostrar su inocencia. O en las ocasiones en que el príncipe juzgaba en la plaza pública y ordenaba traer el cadáver frente al supuesto asesino y si, delante de él, destilaba sangre, ese fenómeno físico era prueba de su culpabilidad.

Con la modernidad, el legislador intervino para limitar los poderes del juzgador e introdujo el método de la prueba legal o tasada para fijar las reglas en que basara la formación de su convencimiento. El legislador intervino para proteger al imputado y la igualdad de los hombres contra los peligros del autoritarismo jurisdiccional,

dictando normas que sujetaran esa convicción. De este modo estableció las formalidades exigidas a los documentos públicos; las condiciones y las diversas cualidades exigidas a los testigos y otras determinaciones semejantes que vinculan, previamente con una disposición general, el criterio del titular del órgano jurisdiccional, como sucede con la prueba de inspección que debe realizarse cuando se han desahogado todas las pruebas, o con la confesión que debe ser realizada ante el juez con las solemnidades legales.

La diferencia entre ambos métodos se advierte claramente tratándose de la prueba pericial cuya valoración judiciaria se ha formado y sustentado en el método del libre convencimiento, esto es, en el hecho de que el juez tiene plena libertad para apreciar los resultados del dictamen y nada lo vincula a lo que el perito exponga u opine; únicamente subsiste la exigencia de motivar sus razones, esto es, el por qué se inclina por este u otro peritaje y el por qué el primero le produce más confianza que el segundo o tercero, etc. De ahí las exigencias del legislador a fin que el juzgador en sus resoluciones, expongan los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba (artículo 290 del actual CFPP).

Existe otro método de valoración de pruebas, llamado mixto, que comparte de ambos métodos algunos caracteres. Por un lado, la ley procesal prefija de manera general las reglas que el juzgador debe aplicar al valorar las pruebas y, por otro, lo deja en libertad para hacer esta valoración según su criterio, como sucede en la confesión extrajudicial o realizada ante un funcionario incompetente como es el civil, laboral o administrativo o con la declaración de un solo testigo y en el reconocimiento de un documento privado.

El actual Código Federal de Procedimientos Penales se adhiere al sistema de valoración de pruebas de carácter mixto, con una ligera tendencia al del libre convencimiento, al establecer en su artículo 286 que:

*los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, **apreciarán en conciencia el valor de los indicios** hasta poder considerarlos como prueba plena*

Nos preguntamos entonces, ¿si en sede de apelación existe un control para valorar las pruebas? Señalamos que el artículo 363 del actual CFPP dispone, entre otros objetivos que tiene la apelación, examinar si en la resolución impugnada se violaron los principios reguladores de la valoración de las pruebas y sabemos que esos principios son cuatro y vienen conocidos con los nombres específicos de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

Revisados estos requisitos en cada una de los medios de prueba, la convicción valorativa del juez de primera instancia puede ser cuestionada en sede de apelación, por basarse en razonamientos contrarios a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, habida cuenta que, apreciar en conciencia un medio de prueba, no quiere decir valoración omnímoda y arbitraria.

De ahí que recomendamos que debemos distinguir, en la estructura del discurso valorativo de la prueba efectuada por el juzgador de primera instancia, dos niveles:

Un primer nivel que depende de la percepción sensorial, personalísima, que tuvo el juzgador respecto a las actitudes, gestos, titubeos, palidez del rostro del testigo, del careado o de la víctima del delito cuando es *cachado*

en una mentira o no soporta la verdad; y, por tanto estas actitudes son ajena al control en vía de recurso por un tribunal superior que no ha contemplado la práctica de los medios de pruebas. En esas circunstancias, otro juzgador de segundo grado sólo podría sustituir la absolución por la condena o viceversa, en función de la deficiente motivación del de primer grado, de su irracionalidad, de su falta de lógica jurídica o de la arbitrariedad del razonamiento, más no por el puro voluntarismo que emana de su superioridad jerárquica.

Un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión testifical de un dictamen pericial o versión personal de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial, sino en una argumentación racional que descarta o pondera determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, de los que resulten motivaciones arbitrarias al conculcar alguno de los valores, principios o garantías constitucionales.

Con el nuevo proceso oral, todo esto se graba en video, por lo que los magistrados de corte de apelación podrán percibirse de tales impresiones.

La libre apreciación, como método de valoración de pruebas, viene introducido por la fracción II del Apartado A del artículo 20 constitucional en el nuevo proceso oral. ¿Qué significado trae consigo? Que la convicción del juez debe haberse formado libremente, intuitivamente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica¹². Es decir, el juez no estará sujeto al sistema tasado o tarifario que le impuso el legislador sino que formará libremente su convencimiento atendiendo a

¹² PARRA QUIJANO, J.: *Manual de Derecho..., cit., pp. 6, 92-97.*

las circunstancias relevantes del caso y a la conducta procesal observada por las partes.

Las reglas de la sana crítica, aún proviniendo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, y de los artículos 702 y 723 de la Ley colombiana 105 de 1931, se introdujo en este último país por excepción y por la necesidad de que los jueces se fueran acostumbrando a valorar las pruebas y a resolver situaciones concretas que el sistema tasado o legal les imponía, esto es para que fueran ganando experiencia hasta en tanto este sistema se implantara definitivamente. Su significado es muy sencillo: que las reglas de experiencia de la vida, hay que verificarlas para no cometer errores, toda vez que son cambiantes conforme pasa el tiempo y cambia de cultura la sociedad. Por ejemplo, el lenguaje con que comunica el imputado o el denunciante los hechos, debe entenderse en su momento emotivo, tomando en cuenta su origen societario (si es de campo o de cultura urbana o indígena, obrero o profesionista) diferenciando el lenguaje de un adulto, de un menor de edad, el de un hombre y una mujer vivida.

¿Por qué sana? Porque debe ser objetiva y sincera.

¿Por qué crítica? Porque se debe juzgar de conformidad con las reglas de la lógica.

Que la valoración de las pruebas en el nuevo sistema procesal deba realizarse de manera lógica, ¿acaso significa que tengamos presente el método inductivo de la lógica material basado en el empirismo? Esto es, que el conocimiento verdadero o falso de una prueba se obtenga a través de su observación y experimentación, pues el derecho procesal pertenece al mundo del ser o concreto y, por ende, al ontologismo. Entonces le viene al dedo un proceso oral.

O en cambio significa que, si la prueba pertenece al normativismo, esto es al mundo del deber ser, debemos

utilizar la lógica formal cuyo método deductivo nos conduce a hipótesis aplicadas a casos generales, y no particulares como en el anterior, para producir teorías con un lenguaje prescriptivo y no descriptivo; entonces pensemos en un sistema tarifario o tasado para la valoración de las pruebas.

¿O acaso el juez debe aplicar a las reglas de la lógica material cuyas bases se sustentan en los principios de identidad, de contradicción y de razón suficiente?

Como sabemos, el principio de identidad establece que una cosa sólo puede ser igual a sí misma A=A. La cosa pertenece al mundo real al igual que los medios de prueba. Una prueba testifical es diferente a la prueba pericial y ésta a la documental, aunque todas ellas sean medios de prueba por sí mismas.

El principio de contradicción es considerado como un principio ontológico y se enuncia del modo siguiente: una proposición no puede ser verdadera y falsa a la vez, es decir, que una cosa o fenómeno no puede ser explicado mediante dos proposiciones contrarias entre sí. Por ejemplo, en Norteamérica se dice que la víctima es un testigo y así se ofrece durante el juicio; más nosotros, los de tradición jurídica romano-germánica, afirmamos que la víctima es una parte en el proceso, pues tiene interés en que el imputado sea condenado para poder reclamar la reparación del daño; y, en cambio, un testigo es una persona diferente a las partes, no tiene interés en el juicio y a quien le constan los hechos. No se puede ser víctima y testigo al mismo tiempo.

El principio de la razón suficiente o razón determinante se enuncia de esta manera: Nada es o acontece, sin que haya una razón para que sea o acontezca. Esta es la razón de la investigación preliminar y la del juicio: encontrar quien mató a Juan y por qué o cómo lo hizo.

Pero, ¿ustedes creen que el juez debe aplicar todas estas reglas y principios lógicos al momento de valorar las pruebas? ¡No, hombre! Lo que el constituyente permanente ordenó al juez fue que, al momento de valorar las pruebas, use el sentido común para formar su criterio o libre apreciación y punto.

Por estas razones apriorísticamente hemos sostenido que, con el nuevo sistema de proceso oral, volvimos al pasado, a aquél momento en que las comunidades primitivas se reunían en la plaza pública, junto al jefe de la aldea o *tlatoani*, a juzgar a sus semejantes bajo este método sencillo de valoración de pruebas: libre convencimiento aportado por la experiencia de vida y el sentido común de ver las cosas.

De ahí que en Chile no se pondere tanto la carrera judicial, habida cuenta que cualquier jovencito recién egresado de las escuelas de Derecho, y con algunos meses de observador externo en los juzgados, presenta su examen y, si resulta vencedor en el concurso público de jueces, debe aplicar, dentro de la jurisdicción, sus máximas de experiencia (?), experiencia como fuente de conocimiento de la vida, toda vez que los conocimientos teóricos que tienen del Derecho son tan frágiles como su juvenil espíritu.

2.4 La fracción III del Apartado A del artículo 20 constitucional dispone que:

Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

Esta regla viene a eliminar el principio de permanencia de la prueba en el actual sistema mixto mexicano, toda

vez que los medios de prueba que ofrecía el MP en la averiguación preliminar subsistían durante el juicio.

Congruente con la libertad de apreciación valorativa prevista en el artículo 294 del Segundo Proyecto de CFPP de la Setec, el artículo 354 establece el principio de libertad probatoria enunciando que los hechos tendentes a demostrar la existencia del delito, la plena responsabilidad o la inocencia del imputado podrán probarse por cualquier medio de prueba permitido, siempre que pueda ser pertinente y no vaya contra el derecho, a juicio del juez; es decir, repite la vieja fórmula del viejo artículo 20 constitucional de admitir como prueba todo aquello que se ofrezca como tal.

En el nuevo proceso penal oral, durante la investigación preliminar el Fiscal no se constituye en el lugar de los hechos sino son las unidades especializadas (policía investigadora, peritos) las que recogen los materiales de prueba que después se transforman en datos, cuando se introducen a través del órgano de prueba, no por el Fiscal, en la audiencia de formalización de la imputación; la celebración de esta audiencia es ante el juez de control de garantías, quien calificará la pertinencia e idoneidad de las mismas. En el modelo colombiano, al no existir un auto de vinculación a proceso, la forma es a través de la audiencia de formulación de imputación; en México se introducen ante el juez de control durante la audiencia intermedia.

Estos únicos datos de prueba son los que se desahogarán por los órganos de prueba durante el juicio oral para ser consideradas como medios de prueba. Si el fiscal no las introduce en aquella etapa, no serán desahogadas, excepto, como lo establece la Constitución en esta fracción III, si se trata de una prueba anticipada que requiere de un desahogo previo y en aquella hipótesis

prevista en el segundo párrafo de la fracción V del Apartado B de este precepto que establece que:

en delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

La prueba anticipada no es nueva en el sistema jurídico mexicano. Los que litigamos en materia civil la conocimos como *medios preparatorios a juicios* y están previstos en los artículos 379 y 383 del Código Federal de Procedimientos Civiles para aquellos casos en que una parte requiera ciertos documentos o la declaración de algún testigo que esté próximo a morir o dejar su domicilio para ubicarse en otro lejano, con la obligación de que presente su demanda, dentro de los cinco días siguientes a su desahogo.

Los artículos 348 y 350 del segundo proyecto de CFPP señalan que, hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio oral, se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente. El primer artículo del mismo proyecto señala los requisitos que se deben satisfacer para la práctica de la prueba anticipada:

- I.- Que se practique ante el juez de control;
- II.- Que sea solicitada por alguna de las partes expresando las razones por las cuales se debe de realizar con anticipación a la audiencia a la que se pretende incorporarla y se torna indispensable;
- III.- Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y
- IV.- Que se practique en audiencia y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

El artículo 349 del citado proyecto señala las taxativas

bajo las cuales se debe desahogar esta prueba, tratándose de personas menores de edad, en cuyo confronto se debe velar por el interés superior del niño, sin quebrantar los principios rectores del sistema acusatorio.

Apoyándose en la fracción X de este Apartado A, el juez, en el desahogo de la prueba anticipada durante la audiencia preliminar al juicio, debe respetar los principios previstos en el artículo 20 constitucional: oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, principalmente; y en esa dirección, el artículo 350 señala el procedimiento que se debe seguir:

La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia, querella o equivalente y hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio oral.

Cuando se solicite prueba anticipada, el juez citará a audiencia a todos aquellos que tuvieran derecho a asistir a la audiencia de debate de juicio oral y luego de escucharlos valorará la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desahogada en la audiencia de debate de juicio oral, sin grave riesgo de pérdida por la demora y, en su caso, admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de debate de juicio oral.

El imputado que estuviere detenido será trasladado a la sala de audiencia para la práctica de la diligencia.

En caso de que todavía no exista imputado se designará a un defensor público para que intervenga en la audiencia.

Ustedes se preguntarán ¿cómo puede este dato de prueba ser llevado a juicio oral, si no debe introducirse en él ningún atisbo de escritura? La respuesta sería a través de un CD que contenga la videogravación del

desahogo de la misma. Veamos qué dispone el proyecto de ley:

Artículo 351. Registro y conservación de la prueba anticipada.

La audiencia en que se desahogue la audiencia anticipada deberá registrarse en su totalidad.

Concluido el desahogo de la prueba anticipada se entregará el registro correspondiente a las partes.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de debate de juicio oral, se desahogará en la audiencia de debate de juicio oral.

Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con medidas dispuestas por el juez de control.

La entrevista realizada por la policía a un testigo también se considerará como prueba anticipada, siempre y cuando esté destinada a probar algún elemento sustancial del hecho penalmente relevante y que resulte imposible de desahogar en el juicio. Para su admisión deben concurrir ciertos supuestos como son: que el testigo fallezca con posterioridad a la entrevista, padezca una enfermedad grave que le impida declarar, sufra una enfermedad mental que le impida recordarlo, corroborada desde luego, pericialmente; cuando el testigo considere que se pone en riesgo su vida e integridad corporal y no acepte comparecer, o sea víctima de un delito o sea imposible su localización (art. 352).

Habrá casos en que no sólo el desahogo de declaraciones de algún testigo sea necesario como prueba anticipada y, en consecuencia, tenga que incorporarse en el juicio; también, inclusive, la declaración del imputado. Para ello, el artículo 277 del Primer Proyecto de CFP se señaló algunos requisitos que se deben cumplir previamente:

- I.- Haya sido autorizada y rendida ante el juez de control;
- II.- Se haya rendido en presencia del defensor del imputado;
- III.- Haya sido videografiada; y
- IV.- Haya sido hecha en forma libre, voluntaria e informada, y se haya hecho saber previamente al imputado su derecho a guardar silencio.

El Segundo Proyecto ya no contempló estas hipótesis.

2.5 La fracción IV del Apartado A del artículo 20 constitucional dispone que:

El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.

En el nuevo diseño procesal penal, la labor jurisdiccional puede ser desarrollada por dos tipos distintos de juzgadores, con una organización y gestión administrativa interna innovadora: un tribunal monocrático llamado juez de control; y, otro colegiado, denominado tribunal de juicio oral.

El juez de control es un tribunal monocrático cuya función principal es el control de la legalidad de la investigación desarrollada por el Ministerio Público, tanto respecto de aquellas actuaciones que impliquen o puedan significar la privación, perturbación o afectación de derechos del imputado o las víctimas u ofendidos por el delito, como en la resolución de solicitudes o decisiones que puedan determinar una terminación anticipada del procedimiento. También tiene a su cargo el conocimiento y la decisión de los procedimientos especiales como el simplificado, anticipado y abreviado.

Su competencia se extiende desde el inicio del procedimiento o investigación preliminar hasta el dictado

del auto de apertura de juicio oral que culmina la etapa intermedia.

El tribunal de juicio oral tiene como función principal resolver el caso penal a través de un mecanismo cognoscitivo como es el juicio oral y público. En dicho escenario al presidente de dicho tribunal le corresponde dirigir el debate, controlar la legalidad de las actuaciones de las partes y de la forma de introducir la prueba en juicio, mientras que al relator le tocará proyectar la sentencia; el tercer juez, aunque permanece en silencio durante la audiencia, es consultado sobre algún incidente que suceda en la misma.

De acuerdo con el artículo 159 del Primer Proyecto de CFPN la función jurisdiccional será desarrollada por: un juez de control, con competencia para ejercer las atribuciones que ese código le reconoce desde la etapa de investigación preliminar hasta el dictado del auto de apertura de juicio oral que culmina la etapa intermedia; los jueces de juicio oral, que presidirán y conducirán la audiencia de debate de dicho juicio y dictarán la sentencia; y los tribunales de circuito, quienes conocerán de los medios de impugnación y demás asuntos que prevé el código, con excepción de aquellos en los que conocerán los tribunales de casación, hoy conocidos como colegiados.

Causó asombro lo establecido en la fracción II del citado artículo 159, al referirse a *Jueces de Juicio Oral*, con lo cual me pareció que la función jurisdiccional en primera instancia será colegiada. Sin embargo, expresé mis dudas respecto a que el proyecto venga aprobado en esos términos, habida cuenta que la Constitución dispone que el juicio se celebrará ante “un juez”; y, por otra parte, a la vista de lo dispuesto por aquel precepto, la pregunta que surge de inmediato es, ¿de dónde obtendrá el gobierno dinero para solventar los pagos a tantos jueces?

Si bien es cierto que la jurisdicción chilena trabaja con jueces orales, y no así la colombiana, en la que los órganos colegiados funcionan en los tribunales de apelación y casación, en México, los jueces orales de primera instancia son monocríticos, por lo que, si queremos ahorrar recursos, hay que propugnar por los modelos colombiano y norteamericano.

La comentada fracción IV señala en su primera parte que: *el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente*. Lo anterior es saludable desde el punto de vista de la experiencia jurisdiccional. ¿Por qué anotamos esto a favor del nuevo proceso penal? Porque en México, un solo juez, el de procesos penales, conoce de la causa desde la preinstrucción y durante la instrucción del juicio. En el primer caso, dicta dentro de las 72 o 144 horas a su consignación un auto conocido como formal prisión en el que emite una decisión provisional respecto de la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del autor o partícipe en su comisión. Con ello ya se encuentra predisuelto a, una vez concluida la instrucción del juicio y dictada la sentencia, ratificar su decisión, al menos en la parte relativa al cuerpo del delito y en esas condiciones se encuentra *contaminado* o vinculado mentalmente a su primera decisión, aunque provisional; esta determinación pesa mucho en su personalidad, toda vez que no se puede desdecir de aquello que ya firmó meses antes. Se llega al absurdo, en los tribunales superiores de apelación o casación, en aquellas hipótesis en que habiendo conocido con anterioridad ya del auto de formal prisión apelado o en revisión constitucional o cuando conoce la sentencia de primera instancia y aquel tribunal de casación de la sentencia de segunda instancia, consistente en que, desde la oficialía de partes se envíe el caso a la misma sala de apelación o tribunal de casación

e internamente, se vuelve a entregar la causa al mismo magistrado y éste se lo encarga al mismo secretario. Por estas razones, en los años 80s del siglo pasado, cuando desempeñaba el puesto de secretario de estudio de un tribunal colegiado (de casación), suplicaba al magistrado ponente que se lo entregara a otro secretario, porque el suscrito ya tenía criterio firme sobre el mismo caso y no mearía desdecir seis meses después. O, si presentaba un proyecto distinto al primer criterio, podrían reclamar: ¿Cuánto dinero había recibido, para cambiar de forma de pensar respecto del mismo caso conocido meses antes? Quien salía perdiendo era el justiciable puesto que la sentencia siempre era condenatoria. Alguna vez, de tanto insistir al magistrado ponente, este contestó: ¡Quien se encuentra impedido soy yo, no usted! Seguramente no entendía el futuro.

La segunda parte de esta fracción reafirma la naturaleza oral del proceso al disponer que: *la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral*. En esencia, se elimina la presentación de escritos formulados por las partes y el traslado de los mismos para su vista a la contraparte, sin que esto quiera decir que por lo extenso de los argumentos no se puedan llevar a la audiencia en donde se les podrá dar lectura. De igual manera, hemos observado en Colombia que los jueces dan lectura a las sentencias escritas que preparan de antemano. Ambas posturas son correctas, a mi entender, puesto que esa forma escrita no se agregan a los autos sino que su lectura es la que queda grabada en DVDs y, así, se respeta la oralidad y se traslada a los tribunales de apelación o de casación en diskettes.

Sea el juez de control o el presidente del tribunal de juicio oral, quienes dirijan y moderen de manera pública el

debate entre los litigantes para cumplir con los principios de publicidad, –delante de la gente que contempla el juicio–, en relación a la contradicción, no deben permitir que los planteamientos, alegaciones y pruebas se alejen del objeto del juicio o no conduzcan de manera natural o eficiente a su término, sino encontrar un equilibrio. Sin embargo, encontrar el justo equilibrio en el ejercicio de estas facultades es difícil, toda vez que el juez no puede excederse en rigurosidad ni transformar la audiencia en una fiesta, ni tampoco interferir u obstaculizar los derechos procesales de cada parte. La igualdad de armas en el desarrollo de las audiencias es la fórmula que debe tener en cuenta el tribunal, de modo que el juicio se transforme en el escenario ideal para la contradicción de las teorías que del caso que cada parte esgrime y a quienes debe conceder las mismas posibilidades de triunfo.

2.6 La fracción V del Apartado A del artículo 20 constitucional reformado, anuncia las reglas procesales para hacer realidad la presunción de inocencia:

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

¿Significa esto que la defensa no debe aportar pruebas y esperar prudentemente no intervenir en el proceso? ¿O que sólo intervendrá recomendando al imputado guardar silencio mientras él interviene en el contradictorio de las pruebas? Pero, ¿qué tal si el Ministerio Público o fiscal prueba con testigos u otras pruebas falsas su acusación y por la inercia de la defensa, el imputado va a prisión? ¿Qué tan recomendable es “nadar de muertito” en este nuevo proceso oral? Y si esto es así, cuando el imputado se sienta confiado de su inocencia, él se preguntará: ¿Para qué

pagar un abogado? ¿Dónde queda entonces la igualdad de armas a que se refiere la fracción constitucional antes transcrita?

En principio, en el nuevo proceso acusatorio, el fiscal tiene la iniciativa de la prueba, pues el que afirma está obligado a probar. La defensa no tiene que demostrar la inocencia del acusado; esto es, no está obligada a probar nada o presentar evidencia alguna; al contrario, el fiscal tiene que presentar las pruebas y convencer al juez que el acusado es culpable. Los datos de prueba que ofrezca tienen que estar más allá de una duda razonable, las pruebas tienen que ser tan decisivas que no quepa duda de que el acusado cometió el delito. Así se ha entendido por las reglas y jurisprudencia norteamericana: *un cargo es probado más allá de la duda razonable, si luego de haberse comparado y considerado toda la evidencia, se tiene la convicción, desde la certeza moral, de que el cargo es verdadero.*(Com.v Webster, 5, Cush. 295,320 (1850)

El artículo 15 de los dos proyectos de CFPP de la Setec, señalan que: *corresponde a la parte acusadora la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del acusado conforme lo establezca el Código Penal*

La carga de la prueba, según Parra Quijano 2009:232, es una noción procesal que consiste en una regla del proceso que le indica a las partes la auto-responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que, además, le indican al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

En el proceso adversarial, por ejemplo, quien prepara la demanda sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por lo tanto, sabe de la necesidad que aparezcan probados. De ahí que desde la presentación de la misma, ante el juez de

control, acompañe los documentos base o aquellos datos de prueba que soporten su acción. ¿Por qué? Porque l'onere delle prove le permite al juez fallar, cuando el hecho no se demuestra, en contra de quien la incumplió. En cambio, aquel que demuestre los elementos de su acción tendrá la posibilidad de ganar el juicio y leer la primera proposición de la sentencia: *el Ministerio Público probó su acción más no así el imputado, su excepción; por tanto, se condena a...*

En el proceso adversarial, ya lo apuntamos, el fiscal tiene tal carga al grado de convertirse en un deber de descubrir aún aquellas pruebas que favorezcan a la defensa, reafirmando, ahora sí, la buena fe de su actuación y el *duty* de lealtad entre las partes procesales. Al juez le está prohibido ofrecer pruebas para *mejor proveer* por la sencilla razón de que de este modo pierde su imparcialidad, habida cuenta que ofreciéndolas puede perjudicar o beneficiar alguna de ellas. Si las ofrece para perjudicar al imputado, éste iría a prisión y el objetivo del proceso oral es, ante todo, ponderar el principio de libertad por sobre la prisión. Si ofrece medios de prueba para beneficiar al imputado, la fiscalía protestaría y nos recordaría que la función del juzgador es la de asegurar que el juicio sea justo, que él no puede opinar sobre el caso, sino dar fallos sobre la evidencia llevada al juicio por las partes. De ahí su carácter adversarial.

Sin embargo, durante mi estancia en Boston, Massachussets, observé durante el desarrollo de una Audiencia Preliminar que el fiscal no ofrece todas sus pruebas para no dar información total a la defensa, ni ésta tampoco presenta ninguna para no darle ventajas al fiscal. ¿Dónde queda entonces el principio de esclarecimiento de los hechos y con ello, la búsqueda Diogeniana de la verdad? El secreto está en la última parte de la fracción

V: *Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.* Esta porción normativa parece decir: *si tú no me muestras todas tus cartas, tampoco tendría el deber de mostrarte las mías.* El proceso se convierte así en un juego de inteligencia y gana quien sustente mejor su teoría del caso. Para evitar estas trampas, el constituyente permanente mexicano optó por un proceso acusatorio y no adversarial, en cuya audiencia intermedia se anuncian las pruebas que se recibirán en el juicio oral; el juez de control, al dictar el auto de apertura del juicio oral, excluye aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, las ilícitas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales y las que el fiscal no se comprometió a presentar por no ser relevantes.

2.7 La fracción VI del apartado A del reformado artículo 20, reafirma constitucionalmente la imparcialidad de los jueces:

Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

¡Cuán oportuna ha sido esta reforma! En la actualidad no existe juzgador que no haya sido invitado a comer o caído en la tentación de departir con algún abogado defensor o escuchado a los ministerios públicos o a sus superiores en su privado, sin que esté presente la otra parte, respecto de algún caso que les interese ganar. Es más, hasta el Consejo de la Judicatura ha reprendido a los jueces y magistrados por no recibir a los abogados y a los familiares de los imputados presos, luego de que sus casos se encuentran en sus respectivos tribunales

y desean formular los *alegatos de oreja y de llanto*, no permitidos por la ley.

En materia penal, se ha llegado al grado de que el imputado o sus abogados, a pesar de que se les ha permitido ampliar las demanda de amparo casación más allá del otorgado para su presentación normal de quince días concedido a las otras materias, realizarla hasta antes del acuerdo que ordena turnar los autos al relator; empero, aún así llegan a las oficinas de los magistrados a querer ser escuchados en forma verbal o a través de *memorándums*, a pesar de que la *litis* ya se trabó con la sentencia dictada en su contra y los conceptos de violación esgrimidos en tiempo.

AMPLIACIÓN EN AMPARO DIRECTO. CUANDO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA LA LEY NO FIJE PLAZO, AQUELLA PROCEDE HASTA ANTES DEL ACUERDO QUE CIERRA LA INSTRUCCIÓN, QUE ES EL QUE ORDENA TURNAR LOS AUTOS AL RELATOR.-

La Suprema Corte reconoce como legal la posibilidad de que el quejoso amplíe su demanda de amparo directo en aquellas materias, como la penal o agraria colectiva, donde la ley no establece plazo para acudir al juicio constitucional; como por una parte tal derecho no podría operar de manera ilimitada, pues ello retardaría la resolución de los respectivos juicios de garantías y, por otra parte, tampoco cabría excluir del beneficio a los quejosos en dichas materias, respecto de las cuales, incluso debe suplirse la queja deficiente, resulta pertinente acudir a las reglas del procedimiento de sustanciación del amparo directo que establecen los artículos 163, 177, 178, 179 y 184 fracción II, de la ley de la materia, para fijar el plazo de preclusión respectivo, el último precepto en cita determina que el acuerdo de turno al relator cierra la instrucción; por

tanto, en los supuestos mencionados la ampliación de la demanda de amparo directo es admisible si se presenta hasta antes de dicho acuerdo. (Contradicción de tesis 23/2002-PL).

Así las cosas, con la entrada en vigor de los juicios orales ya no se permitirá hablar con las partes ni fuera ni dentro del tribunal, sin que esté presente la otra, sino que cualquier cuestión u objeción se resolverá delante de ambas por el juez, pues, como lo señala la exposición de motivos de las reformas: la idea es evitar que el juez sólo tenga información unilateral y que ello sesgue su criterio.

2.8 La fracción VII del Apartado A del reformado artículo 20 Constitucional instituye las formas anticipadas de terminación del procedimiento, al disponer:

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del imputado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al imputado cuando acepte su responsabilidad.

De la lectura de esta fracción se advierte la creación de un sistema de justicia penal que otorga diversas posibilidades de solución a los conflictos de que conoce, abriendose a la posibilidad de soluciones distintas a las tradicionales en aquellos casos en que los diversos actores del sistema jueces, fiscales y demás partes- estén de acuerdo en su conveniencia. En segundo lugar, advertimos la creación de algunos procedimientos simplificados en

que, por la vía de acuerdos entre todos los intervenientes o de alguno de ellos, se supriman etapas del curso ordinario del procedimiento, de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible sin vulnerar los valores que el sistema pretende proteger.

La primera porción normativa de la aludida fracción VII consiste esencialmente en una anticipación del tipo de solución que la sentencia otorgará al imputado cuando probablemente resulte aplicable alguna de las medidas alternativas que otorgue la ley procesal. Con acuerdo del fiscal y el imputado, el juez podrá suspender el procedimiento sujetando a este último a ciertas formas de control de baja intensidad, por un período no superior a “x” años o “y” meses, o “z” días. Una de las ventajas de esta solución tiene relación con la oportunidad de la medida, pues su decisión temprana evita los efectos estigmatizadores del procedimiento y la eventual prisión preventiva para quien, finalmente, se hará acreedor a una medida no privativa de libertad destinada a su reinserción social. La otra ventaja es que su aplicación no requiere de aceptación de culpabilidad ni de su declaración por parte del juez. Consecuentemente, de cumplir adecuadamente con las condiciones en el plazo estipulado, el imputado se reincorporará plenamente a la vida social sin que pese para su futuro el antecedente de una condena penal. En el caso de revocarse la suspensión condicional, por no cumplir las condiciones estipuladas o por la comisión de un nuevo delito, será necesario reiniciar el procedimiento hasta el dictado de la sentencia, incluyendo en el segundo caso, el nuevo delito en la acusación.

El establecimiento de los acuerdos reparatorios como forma de terminación de los procedimientos busca reconocer el interés preponderante de la víctima en

aquellos delitos que afecten bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles. Ello es así toda vez que el sistema vigente consagra el principio de que una vez que los órganos del sistema han tomado conocimiento del hecho, la víctima queda totalmente desplazada de la posibilidad de obtener que se abandone la persecución, aun en los casos en que ya ha obtenido la reparación del daño u otra forma reparadora del mismo, resaltando un interés estatal abstracto escondido en la fórmula de la vigencia de la norma por sobre el interés concreto del afectado, habida cuenta que en la práctica, cuando las partes están de acuerdo en la posibilidad de una reparación satisfactoria, ésta se produce fuera del control del tribunal. En estos casos la víctima evita la continuación del procedimiento a cambio de la compensación recibida, por ejemplo, negando su colaboración en la producción de las pruebas o incluso distorsionando la verdad a favor del imputado.

El efecto concreto de la indisponibilidad hacia la persecución penal es, en ocasiones, evitar la posibilidad de soluciones satisfactorias para los involucrados, pero también eventualmente para el resto de la sociedad. Pero, además, hace que los acuerdos a los que de hecho se llega sean poco transparentes, resultando imposible para el sistema de justicia controlar la libertad de la voluntad entre las partes contratantes y evitar la utilización de presiones, engaños u otras prácticas indebidas para su obtención.

En el proyecto de CFPP, el ámbito dentro del cual se propone aceptar estos acuerdos queda delimitado de modo bastante general y deberá ser precisado, primero, por el juez de control, y luego por las futuras jurisprudencias que emitan los tribunales de casación o así llamados colegiados, las Salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La segunda porción normativa de la fracción VII, ahora analizada, establece las posibilidades de simplificación de los procedimientos que se proponen en el artículo 513 del proyecto de ley procesal federal, principalmente son los llamados procedimientos simplificados, abreviado y la suspensión condicional del proceso. Se trata fundamentalmente de la posibilidad de que el imputado renuncie a su derecho al juicio oral cuando, como señala su contenido, reconozca ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento, su participación en el delito y que su confesión encuentre apoyo en los antecedentes de la instrucción que corroboren la imputación.

Por medio de este procedimiento se busca dar una salida expedita a aquellos casos en que, por la confesión aportada, no exista una controversia sobre los resultados de la investigación realizada por el Ministerio Público. A pesar de este reconocimiento de los hechos como autor o partícipe, pensamos que el juez puede absolver al imputado cuando esos hechos no sean constitutivos de delito o las circunstancias lo llevaron hacia alguna causa de justificación o de inculpabilidad. Por otro lado, creemos que debe impedirse su aplicación a casos en que se arriesguen penas privativas de la libertad de larga duración y que debe otorgarse al juzgador amplias facultades para controlar que el consentimiento del imputado haya sido libre, pudiendo incluso rechazar el acuerdo si así lo estimare conveniente.

Las formas de terminación anticipada del procedimiento que dispone el artículo 513 del Segundo Proyecto del CFP de la Setec son las siguientes:

- I. El acuerdo reparatorio,
- II. La suspensión condicional del proceso,
- III. El procedimiento abreviado,

IV. El procedimiento simplificado.

Respecto de los **acuerdos reparatorios**, el artículo 514 del citado proyecto los define como *el pacto entre la víctima y el ofendido y el imputado, aprobado por el juez de control, que lleva como resultado la solución del conflicto y la conclusión del procedimiento, asegurando el pago de la reparación del daño*.

Sobre la siguiente figura de terminación anticipada del procedimiento, el artículo 527 de dicho proyecto de ley señala que:

*El Ministerio Público podrá solicitar la **suspensión condicional del proceso**, cuando el imputado no se oponga, por delitos cuya pena máxima de prisión sea mayor de cuatro años^{*}; siempre que no sean los previstos en el artículo 265 de este código (son los mismos del artículo 19 constitucional, nada más que ampliados) y que el imputado no haya sido condenado por delito doloso y se asegure el pago de la reparación del daño y los acuerdos que deberá cumplir.*

El artículo 536 del proyecto de CFP propone el **procedimiento abreviado** señalando su procedencia: **Que el imputado admita el hecho** que le atribuye el Ministerio Público en su escrito de acusación; que consienta la aplicación de este procedimiento y no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento, tanto en el ámbito federal como en cualquier otro o se encuentre gozando del mismo, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.

* En el CPP de Chihuahua, se señala que debe ser delito cuya pena máxima no excede de cinco años y en el CPP de Oaxaca la pena mínima debe ser de tres años; en cambio en el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio del Conatrib, **los delitos sancionados deben ser exclusivamente con penas no privativas de libertad**.

El numeral 519 antepone la procedencia del **procedimiento simplificado** cuando concurren los siguientes requisitos:

- I.- *Se trate de delito flagrante y que el imputado admita el hecho que le atribuye el Ministerio Público en su escrito de acusación;*
- II.- *El delito sea sancionado con pena de prisión máxima hasta de cuatro años, salvo los delitos fiscales;*
- III.- *Que el delito no haya sido con violencia;*
- IV.- *Que el imputado consienta la aplicación de este procedimiento; y*
- V.- *Que el imputado no se haya beneficiado con antelación de este procedimiento, tanto en el fuero federal como en cualquier otro, o se encuentre gozando de la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.*

Ya habíamos adelantado en la revista *Foro Jurídico* de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho, noviembre de 2007, que nuestro legislador desde 1934 había aceptado estas figuras jurídicas al institucionalizar el proceso directísimo y establecer en el artículo 152, inciso C, que: *En cualquier caso en que se haya dictado formal prisión o de sujeción a proceso y las partes manifiesten al notificarse de ese auto o dentro de los tres días siguientes a la notificación, que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer y el juez no estime necesario practicar otras diligencias, citará a la audiencia, de vista y allí mismo puede dictar sentencia.*

Si el proceso directísimo de 1934 era aplicable para *cualquier caso*, no nos explicamos cómo lo sustituimos por los procesos simplificados y abreviados como *la gran novedad*, si éstos taxativamente implican más reducción de derechos para el imputado, al exigir el primero, que

se concederá sólo para delitos cometidos en flagrancia, cuya pena no exceda de cuatro años, prohíbe su concesión para delitos fiscales y el delito no haya sido cometido con violencia.

Lo común que tienen las tres figuras es la aceptación de los cargos hecha por el imputado en relación a los hechos y a su autoría y participación. Quizá ustedes se pregunten de dónde se obtiene esta información, si el artículo 152, inciso C, del vigente CFPP no lo señala. Nosotros pensamos que **la conformación a los autos de plazo constitucional** allí señalados, **se concretan** cuando el defensor o el imputado advierten que se debe optar por el proceso directísimo, porque durante la instrucción del juicio no hay esperanza de ganarlo, **sea porque confesó el imputado** o existe más de un testigo que deponga en su contra. Es entonces que toman la decisión de conformarse con el auto de plazo constitucional dictado en su contra.

La única novedad positiva que aporta esta reforma sobre el tema es la prescripción de los antecedentes para el goce de esta figura antigua en nuestra legislación: que no se haya beneficiado del mismo cinco años atrás; concluido dicho plazo puede otorgársele otro, o bien cuando haya sido absuelto. (lógico, pues, de la absolución se infiere una cartilla en blanco!).

Finalmente, el ex-artículo 524 define a la **solicitud de sentencia anticipada** como *la petición que el Ministerio Público y el imputado hacen al juez de control, para asegurar la condena y el pago de la reparación del daño, previa aceptación expresa del imputado de los hechos delictivos que se le imputan. La sentencia anticipada procede cuando se trate del delito de delincuencia organizada.*

La tercera porción normativa de la aludida fracción

VII del Apartado A señala un anzuelo, perdón, los beneficios que se podrán otorgar al inculpado para que acepte su responsabilidad.

Hasta ahora no se preveían a nivel constitucional; sólo en los artículos 35 y 36 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se prevén las siguientes posibilidades para quien preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de ese tipo de delincuencia, (*in somma sono per quegli chiamati "i pentiti"*):

- I.- Si no existe averiguación previa en su contra, no se toman en cuenta las pruebas que aporte o se deriven de la investigación iniciada con su colaboración (100% de descuento).
- II.- Si aporta las pruebas durante una averiguación previa en la que esté implicado, podrá reducirse la pena hasta en 2/3 partes;
- III.- Si aporta las pruebas durante el proceso penal (fase jurisdiccional), podrá reducirse la pena hasta en un 1/2.;
- IV.- Si aporta las pruebas como sentenciado, podrá otorgársele la remisión parcial de hasta 2/3 partes de la pena privativa de la libertad impuesta; y
- V.- Si se autoinculpa y la información suministrada está corroborada por otras pruebas y es relevante para detener y procesar a otros, podrá reducirse las penas hasta 3/5 partes.

En los artículos 71 bis y 71 ter del Código Penal para el Distrito Federal se prevén disminución de penas para quienes confiesen su participación en la comisión de delitos comunes ante el Ministerio Público y la ratifiquen ante el juez en la declaración preparatoria:

Si el delito no es grave, se disminuirá la pena en un 1/2.

Si el delito es grave, se disminuirá la pena en un 1/3; se excluyen expresamente los siguientes delitos: delincuencia organizada, homicidio, secuestro, desaparición forzada de personas, violación, pornografía infantil, robo con violencia o por personas armadas y tortura.

2.9 La fracción VIII del Apartado A dispone una regla procesal importante para el nuevo proceso oral: *El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.*

De la lectura de este enunciado se infiere que para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento pleno de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda; de tal manera de que si existe sólo la confesión del procesado, el juzgador tendrá que absolver¹³. He aquí el talón de Aquiles del proceso oral que ha escandalizado hasta a los políticos que empujaron estas reformas, por aquellos hechos que dejaron estupefactos en el 2010 al estado de Chihuahua y a todo México.

La convicción exigida se forma sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral y por lo mismo es un criterio subjetivo, obtenido del modelo anglosajón: *más allá de toda duda razonable*. El estándar probatorio (aportar pruebas de culpabilidad más allá del 50%) nace de la presunción de inocencia consagrada en el Apartado B de este artículo como derecho fundamental de toda persona. De modo que, para obtener una sentencia condenatoria, el Ministerio Público debe llevar al juicio material probatorio suficiente para vencer tal presunción de inocencia.

¹³ CERDA SAN MARTÍN, R. y HERMOSILLA IRIARTE, F.: *El Código Procesal Penal...*, cit., pp. 437-439.

¿Cuál es el estándar de convicción que se requiere para condenar? No se trata de una cuestión resuelta taxativamente por el legislador, sino obtenida de las máximas de experiencia judicial y de la doctrina comparada para tratar de obtener la respuesta. Así, Julio Maier¹⁴ señala que:

la exigencia de que la sentencia de condena, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado, parte precisamente de la falta de certeza que representa la imposibilidad del Estado de destruir la presunción de inocencia construida por la ley, que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o la probabilidad, impide la condena...

Este autor, ahondando en su argumentación, señala que:

... quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar posiciones diferentes de la verdad, puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, en un grado menor que el anterior, pues los elementos que la afirman en esa posición superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que niegan; al final, la duda es absoluta.

¹⁴ MAIER, J.: *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 257, 258 y 259.

Frente a estos tres estados: certeza, probabilidad y duda, Maier señala, de modo categórico, que: *sólo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad remiten a la absolución, como consecuencia del principio in dubio pro reo.*

2.10 La fracción IX de este Apartado A tiene que ver con la obtención de las pruebas, es decir, con la forma de conseguir o producir las mismas: *Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.*

Como ya hemos apuntado, en el nuevo proceso oral existe libertad para ofrecer y valorar las pruebas. La prohibición constitucional se refiere a la forma de obtención como etapa anterior al ofrecimiento, más no a la incorporación a juicio ni a la valoración, pues son etapas posteriores. Delimitado de esta manera el mandato a la obtención de pruebas, debemos recordar algunas otras prohibiciones señaladas en el artículo 16 constitucional: cuando se allana un domicilio sin orden judicial o cuando se interceptan comunicaciones sin el permiso del juez; aquéllas previstas en el propio artículo 20 constitucional: prohibición de toda incomunicación, intimidación o tortura para obtener pruebas; la confesión rendida sin la asistencia del defensor será nula (Apartado B, fracción II).

Por otro lado, no debemos olvidar que igualmente existen prohibiciones procesales, verbigracia, la obtención de declaraciones de testigos cercanos al imputado en razón del parentesco, amistad o profesión, bajo las hipótesis previstas en los artículos 243 y 243 bis del CFPP, las cuales en materia civil se conoce como *tacha de testigos*.

La razón de su prohibición podríamos justificarla en el sentido de que, al permitir su ingreso al núcleo del proceso, contaminará al resto de las pruebas y perturbaría el esclarecimiento de los hechos.

Como se advierte, de estos ejemplos se pueden distinguir una ilegalidad extraprocesal de una intraprocesal.

La primera es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de la fuente de prueba. Afecta, por lo tanto, a la labor de investigación de los hechos, por ejemplo, los documentos obtenidos de un cateo ilegal que después son incorporados al proceso.

El segundo ejemplo nos muestra una ilegalidad intraprocesal, como aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la admisión y práctica de la prueba durante el proceso.

En el pasado, a la prueba se le ha hecho acompañar de los adjetivos *ilícita* o *illegal* para acentuar o diferenciar más su prohibición. El primer concepto jurídico se utiliza comúnmente en el sistema jurídico del *common law*; y, el segundo, en el sistema jurídico romano-germánico. Para diferenciar ambos conceptos jurídicos, debemos de recordar que la ilicitud de una conducta es propia del Derecho Civil. En materia penal, en base al principio de legalidad, se dice que una prueba es ilegal cuando en su obtención se transgrede una norma jurídico penal, sea ésta sustantiva o adjetiva, sin incluir aquellas constitucionales. Nada más que en materia civil la nulidad es relativa y en materia penal la nulidad es absoluta, habida cuenta que, de ofrecerse, admitirse y desahogarse, al momento en que el juez la des valore por haberse obtenida de manera ilegal, habría ya, quiérase o no, contaminado a su mente, formando un prejuicio, lo cual se reflejará en el resto de las pruebas.

Por otra parte, debemos observar que el Constituyente Permanente señaló en esta fracción IX que la *prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula*,

con lo cual termina con la polémica surgida por la selección de entre ambos conceptos jurídicos –ilicitud o ilegalidad–, tomando en cuenta que estas reformas introdujeron sutilmente principios neoconstitucionalistas, entre ellos aquel relativo a la plenitud del derecho constitucional, es decir, que todo el derecho se ha constitucionalizado y si es así, tanto las normas sustantivas como las adjetivas penales y las civiles, deben analizarse desde una óptica constitucional-iusnaturalista, como son los derechos fundamentales que incluyen no sólo aquellos positivados sino todos aquellos derechos que el ser humano posee por su sola esencia de ser.

La teleología de su exclusión se vislumbra de las siguientes posiciones:

- I. La necesidad de impedir que la justicia penal deje de ser tal, al fundarse en procedimientos probatorios injustos.
- II. De las máximas de experiencia policial se infiere que todo procedimiento investigativo que sobreponga las normas de respeto y protección de los derechos humanos, no puede aportar verdades jurídicas, sino sólo renuncias de derechos por parte de los imputados en beneficio del interés del Estado, lo que obviamente no es garantía alguna de confianza y fidelidad de la evidencia obtenida.
- III. El abrir el espacio, so pretexto de la razón de Estado, a los métodos policiacos para presentar culpables aportando pruebas a costa de la disminución de las garantías del debido proceso no es, ni más ni menos, que instaurar la corrupción operativa en sus agentes y contravenir abiertamente todos los principios y normas de la deontología profesional.

La historia de la obtención de la prueba de manera ilegal ha pasado por varias etapas históricas, lugares de origen y desarrollo. La literatura constitucional-penal ubica su origen en los Estados Unidos de Norteamérica cuya Corte Suprema desarrolló los precedentes que podemos consultar en diversos casos: Boyd vs United States, 1886; Weeks vs United States, 1914; Olmstead vs United States, 1928. En el primero, la Corte Suprema Federal, con base en la Cuarta y Quinta Enmienda, decidió no utilizar como material probatorio libros y documentos privados entregados por un inculpado bajo coacción de un agente Federal. En el segundo caso, se le conoció como la doctrina de la *exclusionary rule*; y en el tercer caso su contenido se refiere a excluir la prueba de cargo obtenida a través de una intervención telefónica, sin orden judicial.

La madurez de esta posición es alcanzada en los años 60s del siglo pasado, en la práctica jurisdiccional que prohíbe ya, de forma absoluta, la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, haciéndola extensiva a los actos reflejos de la prueba prohibida, es decir, se extiende la prohibición de valoración de la prueba no sólo a aquella obtenida ilícitamente, sino también a todas las pruebas que deriven de ella. Esta última posición viene conocida como la doctrina del fruto del árbol envenenado, *fruit of the poisonous tree theory*. Emblema de ello, fueron los casos Silverthorne Lume Co. vs United States, 1920 y el de Naredone vs United States, 1939. Los hechos se referían, el primero, a una obtención ilícita de documentos por parte de agentes federales, cuyo contenido les permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo en contra del inculpado; y el segundo, a unas intervenciones telefónicas policiales realizadas sin autorización judicial, pero que sirvieron de base para obtener, igualmente, importantes

pruebas de cargo contra el imputado. La Corte Suprema Federal estimó que ni los documentos ni las pruebas logradas a partir de los mismos, no serían eficaces ante el tribunal, toda vez que las malas prácticas del gobierno de ninguna forma pueden ser utilizadas por éste para sostener la acusación.

La regresión de la doctrina de los frutos del árbol envenenado comienza en los años 80s cuando se empieza a cuestionar sus efectos, que de absoluto pasan a ser ponderables según las circunstancias del caso. La regresión continuó acotándose cuando se propone la excepción de buena fe –*good faith exception*– basada en el principio de que aun cuando los resultados probatorios se hubieran obtenido con vulneración de los derechos del imputado consagrados en la Cuarta Enmienda, se podrían aprovechar en el proceso, si la violación realizada por los agentes de autoridad se derivaba de una actuación de buena fe. (*Rakas V. Illinois*, 439, U.S. 128. 1978).

El declive de esta doctrina sobreviene con el precedente *Hudson vs Michigan*, en el que definitivamente se establece que la obtención de la prueba ilícita no se excluye sino que en todo caso habría que atribuir a los oficiales de policía responsabilidad civil, por haber violado los derechos fundamentales del imputado.

Esta doctrina pasa a la Europa continental cuyos teóricos discurrieron sobre tres tópicos: si la prueba obtenida de manera ilegal era con violación a derechos sustantivos y adjetivos, o sólo a los fundamentales. Al final optaron por establecer la regla de no dar efectos a las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, cuando violen los derechos fundamentales de los gobernados; luego esta doctrina pasa a la Argentina y hará unos cinco años atrás que causó sensación en México.

Nosotros supimos de ella desde los años 80s, en

nuestra clases de Derecho Penal Comparado, en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Roma, Italia, y las clases que ahora como profesor imparto, las cuales sirven de sustento a este libro y en especial desde 1995, empezamos a enseñar esta doctrina a los alumnos de la Maestría en Administración de Justicia en la Universidad de Guadalajara, exhibiéndoles contemporáneamente un film cinematográfico de moda en aquél tiempo: *Los Vengadores de la Justicia*, con Michael Douglas y otros actores. Los primeros 4', 39" desarrollan el tema de esta teoría. Se trata de la persecución por dos policías encubiertos por las calles y casas de un barrio pobre de Los Angeles, California, de un probable responsable de la muerte de varias ancianas; su fisonomía no correspondía del todo al latino que los noticieros matutinos señalaban como autor de tales actos, pero al parecerles sospechoso tratan de detenerlo y escapa rumbo a su casa y, antes de ingresar a ella, tira una pistola que portaba al bote de la basura que se encontraba en la banqueta, la cual coincidía con aquella con la que se había dado muerte a las pensionadas. El policía más viejo, detiene el ímpetu de aquel más joven que se abalanzó a recoger la pistola del bote de hoja de lata, recitándole el precedente de la Corte Suprema del Estado de California: la obtención de una prueba de manera ilícita, hace ilícita a la prueba misma; había necesidad de solicitar al juez una orden de cateo; o bien, como así sucedió en el film, esperar al carro de la basura y cuando éste mezclará los desechos, se convertiría en cosa pública y cualquiera podría ofrecerla en juicio.

En México, las reformas al artículo 16 constitucional de 3 de julio de 1996, relativas a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas adicionó un párrafo que estableció:

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

Lo que nosotros discutíamos, en clases posteriores, era que el enunciado constitucional arriba destacado, se refería a la última etapa de configuración de la prueba, es decir, a su valoración. Cuestionábamos que si alguien ofrecía ese tipo de prueba obtenida de manera ilegal, si el juez la admitía y desahogaba con la ayuda de las partes, aunque la desvalorara en el juicio, al confrontarla con el resto del material probatorio, terminaría por contaminar al resto de las pruebas, distorsionando el esclarecimiento de los hechos y, por ende, reflejándose en la búsqueda de la verdad.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha establecido dos precedentes importantes, identificados por los números CLXXXVI y CLXXXVII/2009, bajo los rubros y contenidos siguientes:

PRUEBA ILECTA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. - Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al *inculpado* durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo *inculpado* de acuerdo con

el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y al derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el culpado estaría en desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Así mismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.

Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA. *La eficacia de; las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales, no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de*

presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidos lícitamente.

Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Esta triple posición, la de considerar ilegal la obtención de la prueba con violación a los derechos procesales, a los sustantivos como a los fundamentales, aparentemente contrasta con las reformas del 18 de junio del 2008, al establecer la fracción IX del apartado A del artículo 20 constitucional que: **cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.** Apuntamos que aparentemente existe un contraste, habida cuenta que, de acuerdo con la teoría de los neoconstitucionalistas, si todo el derecho se debe constitucionalizar, lógico es que la violación a los derechos fundamentales incluye tanto a los derechos sustantivos como a los adjetivos.

Lo que sí causa estupor es la contradicción entre esta fracción constitucional y el párrafo décimo segundo del artículo 16 constitucional, en relación a la excepción establecida a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, al disponer que:

La ley sancionará penalmente, cualquier acto que atente contra la libertad y la privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por algunos de los particulares que participen en ellas.

El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito...

Ahora bien, si el juez, como señala esta porción normativa, valorará el alcance de la prueba obtenida de manera ilegal, quiere decir que no hay exclusión apriorística sino más bien *a posteriori*, toda vez que el juzgador debe admitirla y desahogarla y, por ende, terminará por contaminar al resto de los datos y medios de pruebas. La excepción prevista en el artículo 16 constitucional termina por nulificar esta conquista –la señalada en esta fracción IX– de considerar nula cualquier prueba obtenida de manera inconstitucional, habida cuenta que si desde su obtención se advierte que es nula, para qué admitirla y luego desahogarla. Las reformas del 2010 portan con la regresión de esta doctrina.

2.11 La fracción X de este apartado dispone que: *Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.*

¿A qué principios se refiere este enunciado constitucional? ¿A los que encabeza el artículo 20 constitucional o a las reglas contenidas en el apartado A del mismo y que erróneamente los considera como *principios generales*, moviendo a confusión en el sentido de que los primeros son principios específicos y los segundos, generales? ¿O a ambos a la vez?

Ya habíamos adelantado en los puntos 1.4 y 2.0 que, de acuerdo con Robert Alexy (2002:86-89), el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; habíamos discutido, partiendo de la concepción de este autor en cuanto considera que los principios son mandatos de optimización, que había necesidad de distinguirlos de las reglas habida cuenta que, aun cuando ambas son normas, éstas sólo pueden ser cumplidas o no, es decir, debe hacerse lo que ella exige.

Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

Ahora agregamos, siguiendo a este autor, que la distinción clarísima entre reglas y principios se observa en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de esas reglas como sucede cuando aplicamos las reglas *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*. Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, pues los principios tienen diferente peso y en esas circunstancias prevalece el principio con mayor peso. Este campo de tensión se soluciona a través de una ponderación de los intereses opuestos.

García Amado¹⁵, al comentar la tesis de Habermas, expresada en el sentido de otorgar a los derechos fundamentales la categoría de principios que, para efectos de su aplicación, en nada se diferencian de cualesquiera otras normas jurídicas, niega que se trate de valores en el sentido de los mandatos de optimización de que habla Alexy. ¿En qué consiste la diferencia, según Habermas, entre principios y reglas? Los principios son normas que tienen carácter deontológico; son válidas o inválidas y obligan o no obligan, sin grados intermedios ni excepción, y no pueden entrar en conflicto entre sí para un mismo caso, de modo que cada una se aplica hasta cierto punto o en cierta medida, al formar un sistema coherente. Por el contrario las reglas tienen sentido teleológico, no

¹⁵ GARCÍA AMADO, J. A.: *La Filosofía del Derecho...*, cit., pp. 58-59.

rigen de modo absoluto e incondicionado, sino relativo; indican preferencias compartidas y la prioridad de ciertos bienes en determinado grupo o colectivo, bienes que se hacen objeto de acciones finalísticas y que pueden ser objeto de prioridad o consecución en medida variable; los principios se contradicen y compiten entre sí por la preeminencia en cada caso y queda a quien decide la función de precisar esa preferencia en cada ocasión.

Como recordarán, nosotros expusimos nuestra posición en el sentido de que no todas las normas constitucionales tienen el carácter de mandatos de optimización sino sólo aquellas procesales, toda vez que éstas, por su carácter teleológico, vendrán a optimizar o a mejorar el nuevo procedimiento penal; en cambio las normas sustantivas fundamentales tienen un carácter deontológico y resguardan, por tanto, valores, de cuyo núcleo emanan los principios o guías, prima ragione, de los derechos constitucionales. Estas fueron nuestras bases filosóficas para creer que la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación son principios sobre los cuales se basa el nuevo proceso acusatorio y oral mexicano; y en realidad, el apartado A del artículo 20 constitucional reformado contienen reglas procesales para alcanzar tal fin como así lo señala la exposición de motivos de la cámara de origen.

Así las cosas, la orden de que estos principios y reglas se observen también en las audiencias preliminares al juicio no hace más que revestir del mismo color al entero sistema acusatorio y oral, habida cuenta que, desde la apertura de la audiencia inicial o de legalización de la orden de aprehensión, de control de la detención si es con detenido, de imputación inicial, de declaración preparatoria, de recepción de pruebas en el término constitucional, de

suspensión del proceso a prueba, de conciliación, de recepción de prueba anticipada, la audiencia intermedia o de preparación al juicio oral inclusive, el desarrollo de éste se realizará de manera pública, concentrada, continua, respetando la contradicción de las pruebas y *davanti al giudice*, frente a los jueces.

¡Peccato! que al Constituyente Permanente se le haya olvidado que el proceso que se desarrolle delante al juez de ejecución de penas, se base también bajo estos principios y reglas, toda vez que sólo dispuso regirán ante el juez de control y el tribunal de juicio oral. Esperaremos que la ley secundaria corrija este error para que no nos pase lo mismo que a Colombia, cuyos jueces penitenciarios están esperando una segunda reforma constitucional.

Bibliografía

- ALEXY, ROBERT: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Segunda reimpresión, 2001.
- BINDER, ALBERTO M.: *El incumplimiento de las formas procesales*. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2000.
- CERDA SAN MARTÍN, R. y HERMOSILLA IRIARTE, F.: *El Código Procesal Penal, comentarios, concordancias y jurisprudencia*. Editorial Librotecnia, tercera edición, Chile, 2008.
- CHAHUÁN SARRAS, SABÁS: *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Sexta Edición, Editorial Legal Publishing, Chile, 2009.
- CORREA SELAMÉ, JORGE DANILO: *Procedimiento Abreviado y Salidas Alternativas*. Thomson Reuters Puntolex, Chile, 2009.

- DAMASKA, MIRJAN R.: *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia, reimpresión 2005.
- HABERMAS, JURGEN: *Teoría de la Acción Comunicativa, Teorías de la Verdad*. Editorial Taurus, Madrid.

A cien años de la creación de la Universidad Nacional Autónoma de México: una reseña de su evolución y de sus conflictos

*Alejandro Ortega San Vicente**

Desde que fue electo-designado diputado federal propietario por un Distrito del estado de Sinaloa (1881-1884), el ilustre campechano y extraordinario mexicano Justo Sierra Méndez¹, presentó en la respectiva Cámara del Congreso de la Unión (7/IV/1881) un proyecto de ley para constituir una Universidad Nacional que sustituyera a la Real y Pontificia Universidad de México fundada e instituida en 1553 por Cédula de Creación de Felipe II en correspondencia a la medieval de Salamanca, cuyo funcionamiento suprimió D. Benito Juárez en 1867. No obstante, la iniciativa antes citada no fue dictaminada a pesar de contar con el apoyo de varias legislaturas locales, entre ellas las de Aguascalientes, Jalisco, Puebla y Veracruz.

* Litigante.

¹ Nació en la Ciudad de Campeche, Camp. y murió en Madrid, España, en 1912. A la muerte de su padre, Justo Sierra O'Reilly (1861), su familia se trasladó a la Ciudad de México, donde estudió en el Liceo Franco Mexicano y en el Colegio de San Ildefonso; se recibió de abogado en 1871. Fue diputado suplente (1880), y propietario por Sinaloa (1884); Ministro de la Suprema Corte de Justicia (1894); Subsecretario de Instrucción Pública (1901-1905) y en 1905, al crearse el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, Ministro de ese Ramo, cargo que desempeñó hasta 1911; a su término reanudó sus clases en la Escuela Nacional Preparatoria, hasta su designación como Ministro Plenipotenciario en España. El 22 de septiembre de 1910 fundó la Universidad Nacional de México. En 1948 la UNAM lo declaró Maestro de América; sus cenizas reposan en la Rotonda de los Hombres Ilustres del Distrito Federal. La UNAM editó sus obras completas en 15 tomos, bajo la supervisión de Agustín Yáñez (*Obras Completas de Justo Sierra*, México, UNAM, segunda Edición, 1977).

A su designación como secretario de Instrucción Pública en 1901, la aspiración de Don Justo Sierra se vio truncada por el pésimo estado, casi inexistente, en que se encontraba la estructura del sistema educativo de la joven República, en su mayor parte en manos del clero y de las órdenes religiosas que operaban al margen de las leyes de Reforma. Para corregir tal situación el ministro Sierra impulsó la reforma pedagógica de la primaria y las escuelas normales, la autonomía de las escuelas de párvulos, la reforma de la Escuela Nacional Preparatoria, y la revisión de los planes y programas de las escuelas superiores. Son de relieve sus proyectos para *federalizar* los servicios educativos a fin de unificarlos y dirigirlos centralmente, así como el establecimiento de universidades regionales que acercaran la educación superior a las entidades y formaran los profesionales que su desarrollo requería, pues sólo así la Universidad adquiriría el carácter de nacional.

Recordemos que la Constitución de 1824, disponía que *las entidades federativas arreglarán la educación*, por lo que, carentes de recursos humanos y económicos, el clero y las órdenes monásticas prosiguieron impartiéndola. Así, la Real y Pontificia Universidad siguió funcionando sin tomar en cuenta la emancipación social consumada en 1821 y de hecho fue un baluarte que protegió los intereses de la aristocracia virreinal.

En 1933 Valentín Gómez Farías pugnó por una reforma educativa apoyada en las ideas progresistas de José María Luis Mora, decretó la supresión de la Real y Pontificia Universidad y modificó de manera sustancial la educación superior que se impartía en los escasos establecimientos públicos.

Al restaurar Benito Juárez la República en 1867, en ese mismo año promulga la Ley de Instrucción Pública que

regía la educación superior, inspirada y perfeccionada en 1969, en el pensamiento positivista de Gabino Barreda, quien funda la Escuela Nacional Preparatoria.

Los presidentes de la República Manuel González (1882-1884) y Porfirio Díaz (1884-1910), nombran, sucesivamente, a Joaquín Baranda y a Justino Fernández, Ministro de Justicia e Instrucción Pública (1884-1901 y 1901-1905, respectivamente), de los que Justo Sierra fue Subsecretario de Instrucción Pública. A su designación como subsecretario se dio a la tarea de conformar la estructura educativa necesaria que permitiese la creación de una Universidad Nacional. En 1905, Porfirio Díaz crea el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, separándolo del de Justicia; nombra Titular a Sierra Méndez, quien permanece en su cargo hasta 1911, año en el que reanuda sus clases en la Escuela Nacional Preparatoria; poco tiempo después el presidente Francisco I. Madero lo designa Ministro Plenipotenciario en España.

Se arriba al término del siglo XIX con diversos estudios y carreras que se cursaban en las Escuelas Nacional Preparatoria, Nacional de Jurisprudencia, Nacional de Medicina, Nacional de Ingeniería y en la Nacional de Artes y Oficios, simiente de la de Arquitectura y del Instituto Politécnico Nacional en 1936. La Escuela Nacional de Altos Estudios, instituida con posterioridad a las otras, fue el núcleo del proyecto educativo de Justo Sierra promoviendo la ley que la creó un mes antes de que se promulgara el Ordenamiento que organizaba la Universidad Nacional; en esta ley delimitó las diversas tareas de las escuelas de formación profesional antes señaladas. Las dos ramas principales de la Escuela Nacional de Altos Estudios, el estudio y enseñanza de las humanidades, y el de las ciencias exactas y naturales, dieron origen a la Facultad de Filosofía y Letras y a la Facultad de Ciencias.

Sobre estas bases Justo Sierra inaugura el funcionamiento de la Universidad Nacional de México el 22 de septiembre de 1910, como parte esencial de los festejos conmemorativos de la celebración del Centenario de la Independencia, prueba fehaciente de que México entraba a la modernidad. El decreto de creación del Gobierno Federal es del 26 de mayo de 1910; conforme a dicha ley la autoridad máxima de nuestra casa de estudios era el Ministro de Instrucción Pública con facultades para nombrar al Rector y a los directores de las escuelas. La autoridad interna de la universidad estaba a cargo del rector y del Consejo Universitario.

Al pronunciar el memorable discurso de inauguración de la Universidad Nacional de México, Justo Sierra manifestó que se trataba de una nueva universidad que nada tenía que ver con la Real y Pontificia Universidad de México inaugurada en 1551, la que nunca fue plural. Como bien lo expresa Jesús Silva-Herzog Márquez en su artículo “El Proyecto de Sierra” (Reforma, lunes 27 de septiembre, p. 20): *...se trata de una institución nueva, no se trata de la reapertura de la antigua universidad colonial. La nueva universidad tiene raíces, pero no tiene árbol genealógico.* Empero, como lo resalta Lucio Mendieta y Núñez en su obra Historia de la Facultad de Derecho (Dirección General de Publicaciones, UNAM, México 1975, p. 203), (*...) lo cierto es que el peso de la tradición resultaba tan grande que las ceremonias inaugurales (...) fueron un trasunto del virreinato.* Para celebrar el acontecimiento se confirieron grados de Doctor *ex officio* a distinguidos catedráticos: Pablo Macedo, Eduardo Liceaga, Antonio Rivas Mercado, Antonio Torres Torija, Carlos Lazo, Roberto Gayol, Rafael Ortega, Emilio Pardo y Nicolás Mariscal, entre otros.

En el mismo año de 1910 surgió el desacuerdo con la doctrina del positivismo de Comte, a la que los disidentes

opusieron el espiritualismo de Bergson, doctrina que reconocía la existencia de otros valores además de los meramente materiales; entre ellos nos encontramos a Antonio Caso, Alfonso Reyes, José Vasconcelos, Pedro Henríquez Ureña y Martín Luís Guzmán. Asoma el primer conflicto dentro del seno de la universidad entre los grupos que reunían a las capas ilustradas del porfirismo y los de la revolución que recogía las demandas de los campesinos y obreros. El encono llegó a tal grado que los gobiernos emanados del movimiento revolucionario calificaron a la universidad de *engendro de los científicos*. Con diversidad de pretextos las discrepancias se repiten a lo largo del siglo XX y al inicio del siguiente, hasta que Juan Ramón de la Fuente (1999-2007) supera el antagonismo durante el primer año de su encargo sin que en el resto de su mandato ni durante la gestión de José Narro Robles, se hayan producido incidentes de consideración.

A ese primer conflicto se le dio solución temporal con la autonomía (1929), ratificada y confirmada en 1933 por la Ley Orgánica que estableció el autogobierno universitario. Poco después, el Congreso aprueba y decreta la Ley de Educación Socialista (1934), también conocida como *Ley Bassols*. En ese tiempo Narciso Bassols era titular de la Secretaría de Educación Pública y con anterioridad Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia a la que renunció para encargarse de aquélla; fue el principal promotor de la ley antes mencionada, así como de la reforma al artículo 3º constitucional que proclamaba la educación socialista como principio y fundamento de la educación. Al modificar la Ley Orgánica de la Universidad suprimió el carácter nacional de la universidad, y promovió afanosamente la exclusión total de la universidad de los recursos económicos del Estado. Resultado: hasta 1945 la denominación fue la de Universidad Autónoma de México

y durante largo tiempo, quizás hasta 1950, los recursos económicos que la institución tenía fueron por demás precarios y siempre insuficientes.

En la Constitución General de 1917, el texto original del artículo 3º disponía la libertad de enseñanza y el laicismo tanto en los establecimientos públicos de enseñanza como en los particulares. El 13 de diciembre de 1934, el Diario Oficial de la Federación (DOF) publicó la reforma que de manera sustancial cambiaba este precepto; a la letra decía:

La educación que imparta el Estado será socialista (...) para lo cual la escuela organizará sus enseñanzas y actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto del universo y de la vida social.

En su fracción I la reforma mandaba:

I.- Las actividades y enseñanzas de los planteles particulares deberán ajustarse, sin excepción alguna, a lo preceptuado en el párrafo inicial de este artículo (...).

Y en su párrafo final la modificación expresaba:

El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan.

La autoría de la iniciativa de reformas al antedicho precepto de la Ley Fundamental corresponde a los diputados Alberto Bremauntz y Alberto Coria y es consecuencia inmediata de los propósitos, expresados por el presidente Calles y el presidente electo Cárdenas, a los que debería

estar sujeta la educación nacional. Según la exposición de motivos del proyecto, la Universidad Autónoma de México quedaba supeditada al Estado *para recibir de él las orientaciones que debería imprimir a su enseñanza*. Por la inquietud y enojo que la iniciativa provocó entre maestros y alumnos de la universidad, en especial por la limitación a la libertad de cátedra, el diario *El Universal* (26/VII/1934) entrevistó a los diputados autores con la finalidad de que precisaran si la universidad quedaba comprendida en ella; sus dos creadores manifestaron:

(...) en nuestro proyecto de reformas hemos comprendido la educación en todos sus grados (...) la citada reforma abarca a la educación primaria, elemental, primaria superior, secundaria, preparatoria y profesional, estas dos últimas impartidas por las universidades.

La declaración anterior originó enérgicas protestas por parte de la Confederación Nacional de Estudiantes y por la Federación Estudiantil Universitaria; la primera expresó que:

una doctrina determinada, cualquiera que ella fuera, descarta la misión universitaria, porque en una Universidad debe campear un amplio espíritu crítico (...) sin conducir a los catedráticos a una actitud de sumisión intelectual.

Y la segunda manifestó que:

La cultura es una pura creación del espíritu libre. A la actividad intelectual no debe marcársele jamás limitaciones ni ponerle cortapisas so pena de matarla o hacer de ella algo estéril.

En su reunión del seis de agosto de 1934 el Consejo Universitario apoyó las declaraciones del rector Gómez Morín: *concebir y mantener la Universidad (...) exigen una organización libre, en la que encuentren oportunidad de manifestación y crítica todas las formas del pensamiento*, postura secundada por las universidades de los estados

de Oaxaca, San Luís Potosí, Coahuila y Colima; por su parte, los gobernadores de Zacatecas, Nuevo León y Puebla ordenaron el cierre de sus centros universitarios, y el conflicto alcanzó proporciones nacionales. Las declaraciones públicas hechas por el Comité Ejecutivo del Partido Nacional Revolucionario —cuyo bloque de diputados había aprobado la referida reforma constitucional—, y las declaraciones del presidente Abelardo Rodríguez en el sentido de que las universidades no quedaban comprendidas en la reforma, lejos de aplacar las manifestaciones de la creciente inconformidad, se vio agravada por las agresiones de la policía en contra de los manifestantes y por la aprehensión de alumnos, maestros y simpatizantes. Sin embargo, las reformas finalmente aprobadas por el Congreso de la Unión no abarcaron expresamente a las universidades y la huelga estudiantil se vio desprovista de su principal bandera, ya que la simple exigencia de obtener la ayuda económica indispensable era insuficiente para mantener la agitación estudiantil. La influencia del rector Gómez Morín fue notoria para regresar a la universidad a la normalidad.

No obstante, el precepto 3º estuvo vigente hasta el 30 de diciembre de 1946, fecha en la que el DOF publicó otra modificación sustancial, promovida por el entonces Secretario de Educación Pública, Jaime Torres Bodet²; literalmente dispuso:

² Poeta y literato, nació y murió en la Ciudad de México (1902-1974). Hizo estudios en las escuelas Normal de Maestros, Nacional Preparatoria y de Jurisprudencia, y en la Facultad de Altos Estudios de la UNAM; fue Secretario Particular del Rector Vasconcelos. Desempeñó diversos cargos en el Servicio Exterior Mexicano al que ingresó por oposición (1929-1940); Subsecretario (1946-1948) y Secretario de Relaciones Exteriores (1954-1958). Primer Titular de la Secretaría de Educación Pública (1943-1946); Director General de la UNESCO (1948-1952); Embajador de México en Francia (1954-1958); nuevamente Secretario de Relaciones Exteriores (1958-1964).

ARTICULO 3°.- La educación que imparta el Estado -Federación, Estados, Municipios- tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

(...)

I.- Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, el criterio que orientará a dicha educación se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y, basado en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

El Decreto de reformas a la Constitución Política publicado en el DOF de 9 de junio de 1980, adicionó una fracción VII al artículo 3º para consagrar en la Norma Suprema la autonomía de las universidades y demás instituciones de educación superior, precisar las características de esa autonomía y normar las relaciones laborales conforme al apartado A del artículo 123 de la Ley Fundamental. Su texto es el que sigue:

VII.- Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la Ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del Artículo 123 de esta Constitución, en los términos

y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere.

Con anterioridad al texto ahora vigente, que incluye la antes transcrita fracción VII, ocurrieron otras reformas al artículo 3º, publicadas en el DOF de 28 de enero de 1992, de 5 de marzo de 1993 y de 12 de noviembre de 2000, sin modificar en absoluto la libertad de enseñanza ni lo que toca a la autonomía de las universidades e instituciones de enseñanza superior a las que una ley emanada del Congreso de la Unión les conceda autonomía.

Regresemos a 1934: Antonio Caso y Manuel Gómez Morín son cabezas visibles del movimiento en contra de la imposición de la doctrina socialista para la educación y abogan por la libertad de cátedra. Es famoso el debate entre Antonio Caso y Lombardo Toledano a la sazón director de la Escuela Nacional Preparatoria; éste por la adopción del socialismo como doctrina oficial de la educación mexicana, y aquél por la pluralidad de todas las doctrinas y la libertad en la cátedra. Se nombra rector de la Universidad Nacional a Manuel Gómez Morín (1933), quien renuncia poco después (octubre de 1934), no sin que antes se enfrentaran, en ocasiones a balazos, profesores y alumnos simpatizantes del socialismo, con padres de familia y alumnos que lo rechazaban.

Se hizo cargo de la rectoría Luís Chico Goerne (septiembre de 1935 a junio de 1938), izquierdista moderado y amigo de Lázaro Cárdenas, quien alcanzó un equilibrio a cambio de políticas de orientación social al servicio profesional y el apoyo de la Universidad a la expropiación petrolera.

El presidente creyente, Manuel Ávila Camacho, decretó la Ley Orgánica que le dio a la universidad el carácter de órgano descentralizado del Estado, ratificó tanto la autonomía como el carácter nacional de nuestra máxima casa de estudios y reiteró la libertad de cátedra. Es la que actualmente nos rige.

Puntualicemos:

- **1910:** Se publica la ley que autoriza el establecimiento de la Universidad Nacional de México (26 de mayo) y el 22 de septiembre se inaugura. Se nombra como primer Rector al doctor en Derecho Joaquín Eguia Lis, quien permaneció en el cargo hasta el 22 de septiembre de 1913. En su iniciativa, Justo Sierra consideró la representación estudiantil en el órgano colegiado de autoridad; sin embargo, la participación estudiantil en el Consejo Universitario fue acotada al discutirse el proyecto y aprobarse el artículo 7º de esa ley; el tenor era el siguiente:

Los consejeros alumnos podrán asistir a las sesiones del Consejo, cuando se vaya a tratar en ellas los puntos comprendidos en la primera división del artículo siguiente, y en ningún caso tendrán más que voz informativa.

La fracción I del artículo 8º atribuía al Consejo la facultad de proponer a la Secretaría de Instrucción Pública reformas de orden académico; sólo en este caso podrían asistir los consejeros estudiantes.

- **1912, junio:** El Acuerdo del Consejo Universitario relativo al sistema de reconocimiento que sustituiría los exámenes orales semestrales por trimestrales y escritos, provocó malestar entre los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, cuyo director era Luis Cabrera nombrado por el

ministro de Instrucción Pública José María Pino Suárez. Se comisionó a un grupo de alumnos (Ezequiel Padilla y Gilberto Valenzuela, entre otros), para dar a conocer al ministro los motivos de inconformidad, pero sólo fue recibido Padilla. En la entrevista celebrada el 27 de junio estuvo presente el director Luis Cabrera; el alumno Ezequiel Padilla informó a los estudiantes, y la Asamblea acordó decretar la huelga, nombrar para estos efectos una Comisión Organizadora, presentar al día siguiente un pliego de peticiones al secretario de Instrucción y esperar una semana por la contestación. El Comité de Huelga quedó integrado por el citado Padilla (Presidente), Leopoldo Ortiz y José María Urgell (Secretarios) y dos vocales por cada uno de los años de la carrera de Leyes. Este fue el primer movimiento de huelga que registra la historia de la UNAM.

- **1912, julio:** Los huelguistas ampliaron su pliego de peticiones protestando por la clausura del gimnasio y de los baños, y la suspensión del préstamo de libros a los alumnos. Pino Suárez no recibió a la representación estudiantil, pero sí el presidente Madero quien los exhortó a regresar a clases. Los huelguistas exigieron la renuncia de Luis Cabrera la que no se produjo; acto seguido, cancelaron sus matrículas y acordaron crear una Escuela Libre de Derecho. El presidente Madero los felicitó por este acuerdo que enriquecía la educación superior; los alumnos acordaron inaugurar la nueva escuela el día 19. La Escuela Nacional de Jurisprudencia permaneció cerrada, por lo que en su puerta se dio a conocer la expulsión de los principales promotores, así

como la suspensión de clases y exámenes de varios estudiantes. El 24 siguiente, en el edificio marcado con el número 129 de la quinta calle de Onceles inició actividades la Escuela Libre de Derecho con los maestros de la de Jurisprudencia que aceptaron impartir cátedra gratuitamente, entre otros: Antonio Caso, Rafael Ortega, Agustín Rodríguez, Miguel S. Macedo, José Natividad Macías, Francisco León de la Barra, Jorge Vera Estañol, José María Lozano, Emilio Rabaza, Eduardo Pallares y Demetrio Sodi; fueron 178 alumnos los inscritos entre los que se contaban Ezequiel Padilla y Emilio Portes Gil.

En la Cámara de Diputados los legisladores Nemesio García Naranjo, Francisco M. de Olaguibel y José María Lozano piden la asignación de cincuenta mil pesos para el sostenimiento de la nueva escuela, sin resultados positivos; el Colegio de Abogados contribuyó con el mobiliario.

El 15 de julio abre de nuevo sus puertas la Escuela Nacional de Jurisprudencia con escasos 55 alumnos y se levanta la huelga universitaria, que Luis Cabrera achacó al partido católico.

- **1912-1920:** Está fuera de duda que los simpatizantes del antiguo régimen vieron con agrado la citada huelga que creaba un problema al presidente Madero, suscitaba inquietud en el país y tirantez entre los profesores de la Escuela Nacional de Jurisprudencia que no estaban conformes con los procedimientos seguidos por el director Luis Cabrera (Demetrio Sodi y Antonio Caso jefaturaban ese diferendo).

La cada vez más amplia matrícula y la promulgación de la Constitución Política de 1917, gestaron cambios profundos en la universidad. El crecimiento de la población

estudiantil dio lugar al nacimiento de agrupaciones que participaron e influyeron en la vida de la universidad (sociedades de alumnos, federación y confederación de estudiantes, sindicatos, etc.), con ideologías contrarias e intereses encontrados que han dividido al personal académico, estudiantes, profesores y trabajadores, en busca de lograr el completo dominio del acontecer universitario, sin perder de vista al Estado que ya desde ese entonces ha pretendido tener el control de la masa crítica que significa la UNAM.

El aumento constante de la población estudiantil trajo consigo un incremento significativo del profesorado; de esta manera ingresaron catedráticos jóvenes recién egresados de las aulas, con una nueva actitud y una nueva ideología. En poco tiempo casi todos los antiguos académicos fueron sustituidos por quienes dieron a la enseñanza universitaria nuevas y modernas orientaciones, y promovieron cambios sustanciales a los planes de estudio.

- **1920-1921:** el 9 de junio José Vasconcelos Calderón³ toma posesión como rector; es autor

³ Nació en Oaxaca, Oax. en 1881; murió en la Ciudad de México en 1959. Estudió en la Escuela Nacional Preparatoria y en la de Jurisprudencia; abogado en 1907; en 1909 presidió el Ateneo de México; participó en el movimiento revolucionario; Secretario de Instrucción Pública en el gabinete de Eulalio Gutiérrez; primer Secretario de Educación Pública con Álvaro Obregón (2/X/1921), cargo al que renunció por el asesinato del senador Field Jurado (VII/1924); por diferencias con el régimen de Obregón se exilió; regresó al país en 1928 para lanzar su candidatura a Presidente de la República por el Partido Antireeleccionista y el apoyo del estudiantado; derrotado en las elecciones llamó sin éxito a un levantamiento armado, proclamando en Sonora el Plan de Guaymas; encarcelado después de promulgar ese plan, se autodesignó *única autoridad legítima* y se exilió nuevamente. A su regreso a México en 1940, dirigió la Biblioteca México. Doctor *honoris causa* por las universidades Nacional de México, y de Puerto Rico, Chile, Guatemala y el Salvador. Miembro del Colegio Nacional, perteneció a la Academia Mexicana de la Lengua. Su obra literaria es muy extensa; Libreros Unidos Mexicanos la publicó completa en cuatro tomos (1957-1958).

del lema universitario *Por mi raza hablará el espíritu*, que su sucesor en la rectoría, Antonio Caso, establece como definitivo;

- **1928-1929:** El 9 de diciembre de 1928 protestó como rector Antonio Castro Leal⁴ y renunció el 21 de junio de 1929. En este breve lapso, el licenciado Daniel Cosío Villegas⁵ se hace cargo de la Secretaría General de la Universidad; posteriormente Ministro Plenipotenciario de México en Portugal, Cosío Villegas fue el principal promotor del arribo a nuestro país de los intelectuales y maestros españoles que enriquecieron nuestra cultura y

⁴ Nació en la ciudad de San Luis Potosí y murió en la Ciudad de México (1896-1981). Licenciado y Doctor en Derecho por la UNAM, y Doctor en Filosofía por la Universidad de Georgetown, de Washington, EUA; formó parte del grupo denominado *los siete sabios* (Manuel Gómez Morín, Alfonso Caso Andrade, Vicente Lombardo Toledano, Alberto Vázquez del Mercado, Teófilo Olea y Leyva y Jesús Moreno Baca, grupo en el que posteriormente fueron considerados Daniel Cosío Villegas y Narciso Bassols). Fue rector de la Universidad Nacional de México (1928-1929) al establecerse la autonomía; durante su gestión al frente de la UNAM se creó la Sección de Economía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Embajador de México ante la UNESCO (1949-1954) y miembro del Consejo Ejecutivo de esta organización. Coordinador de Humanidades en la UNAM (1952-1954) y de los cursos de extensión universitaria (1955-1963). Diputado al Congreso de la Unión (1958-1961). Director en español de la *Enciclopedia Barsa* y de la Colección de Escritores Mexicanos de la *Editorial Porruá*. Miembro del Colegio Nacional y de la Academia de la Lengua.

⁵ Nació y murió en la Ciudad de México (1898-1976); cursó el bachillerato en el Instituto Científico y Literario de Toluca, Edomex, y en la Escuela Nacional Preparatoria, así como un año de ingeniería y dos de la maestría en Filosofía en la Escuela de Altos Estudios de la UNAM. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional (1925). Secretario General de la UNAM con el rector Antonio Castro Leal (1928-1929); Director y fundador de la Escuela Nacional de Economía (1933-1934). Ministro Plenipotenciario de México en Portugal (1934-1938); a su regreso a México funda la casa de España que da lugar al Colegio de México; fundador y director del Fondo de Cultura Económica (1940-1957); Secretario, Tesorero y Presidente del Colegio de México (1957-1963). Dirigió y coordinó los diez Tomos de la Obra *Historia Moderna de México*, de los que cinco son de su autoría.

en especial la vida académica de la universidad. El 2 de julio de 1929 el Diario Oficial de la Federación publicó la autorización del Congreso para que el Presidente de la República expediera la Ley Orgánica de la Universidad; este ordenamiento dispuso la autonomía de la Universidad Nacional. En las demandas y en el pliego de peticiones de los huelguistas de 1929 no figuraba la autonomía de la universidad, esto es, podemos afirmar que la autonomía no fue bandera del movimiento de huelga estudiantil de 1929. Asimismo, podemos considerar, fundadamente, que la emancipación que la Ley Orgánica daba a la Universidad obedeció exclusivamente a los acontecimientos políticos que privaban en ese entonces, ya que Vasconcelos era candidato a la Presidencia de la República por el Partido Antireelecciónista en contra de Pascual Ortiz Rubio, y existía el riesgo de que todos los universitarios lo apoyaran, y si bien el número de éstos no era de consideración sí era patente su activismo. En su determinación Portes Gil declaró que la autonomía fue para dar satisfacción a profesionistas egresados de la Universidad, *anhelo que venían solicitando distinguidos intelectuales, hijos de dicha institución*, a quienes no identifica.

En la antedicha ley el Estado conservó el control económico, la injerencia en el nombramiento de autoridades y profesores, y el derecho de vetar todas las resoluciones del Consejo Universitario.

- **1931:** Se dictó una nueva Ley Orgánica que declaró la autonomía plena —auspiciada por Ezequiel Padilla, secretario de Educación Pública y concedida por el presidente Emilio Portes

Gil, ambos licenciados por la Escuela Libre de Derecho—. El presidente Abelardo Rodríguez y su secretario de Educación Pública, Narciso Bassols, se negaron a conceder a la universidad los recursos económicos necesarios para su funcionamiento; el Consejo Universitario se vio obligado a suspender las labores por la precaria situación económica que la institución afrontaba, la que trató de superar mediante la venta de inmuebles y donaciones, una de éstas hecha por el Cónsul General de los Estados Unidos en México (se habló de cinco mil dólares que se destinaron a pagar la nómina de la rectoría).

- **1932:** Es rector Roberto Medellín Ostos; la entrada en vigor de nuevas reglamentaciones, como la Ley de Agremiación Automática de los Estudiantes (que obligaba su afiliación al gremio correspondiente), y el Reglamento de Becas que se concedían de acuerdo con el aprovechamiento de los estudiantes y su situación económica, dieron lugar a otra crisis. A la renuncia del ingeniero Medellín se hace cargo de la Rectoría, interinamente, Manuel Gómez Morín (liberal católico). El Consejo Universitario lo elige definitivamente.
- **Octubre de 1933:** Se publica una nueva Ley Orgánica de la Universidad promovida también por el licenciado Bassols, en la que se ordena al Estado abstenerse del compromiso de subsidiar a la Universidad y se suprime el calificativo de nacional para quedar como Universidad Autónoma de México.
- **1934:** Gómez Morín hace declaraciones en defensa de la autonomía y de la libertad de cátedra que la

llamada Ley Bassols vulneraba; estalla otra huelga y el rector presenta su renuncia; en su lugar el Consejo Universitario nombra a Enrique Aragón y en noviembre designa a Fernando Ocaranza.

- **1935:** Lázaro Cárdenas se pronunció públicamente: la Universidad se debería ajustar a lo establecido por el artículo 3º de la Constitución Política (enseñanza socialista obligatoria), y anuncia la elaboración de una nueva Ley Orgánica para la Universidad. Renuncian Ocaranza y varios profesores. En su lugar se nombra al poeta Balbino Dávalos que no llega a tomar posesión. Una semana después se designa a Luís Chico Goerne quien fungía como director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia; desempeñó su encargo del 24 de septiembre de 1935 al 9 de junio de 1938; persiste la insuficiencia de los recursos debido a lo cual se vendieron los terrenos destinados a una Ciudad Universitaria, operación de los que se obtuvieron setecientos mil pesos.
- **1938:** El rector Chico Goerne manifestó su apoyo al presidente Lázaro Cárdenas; se opuso y rechazó definitivamente la idea de Justo Sierra de crear seis centros universitarios en distintas regiones del país que se encargarían del desarrollo de la educación superior. Nueva crisis y renuncia del rector; un Directorio asumió la autoridad interna; es electo el doctor Gustavo Baz Prada quien el 3 de diciembre de 1940 renunció una vez que Manuel Ávila Camacho fue declarado Presidente de la República. Interinamente asumió la Rectoría Mario de la Cueva, hasta el 18 de junio de 1942.
- **1942-1945:** Es rector Rodulfo Brito Foucher (18/VI/1942); periodo de tranquilidad; otro conflicto

interno lo llevó a renunciar el 27 de julio de 1944. La inconformidad languideció y llegó a su fin con la elección de Alfonso Caso y Andrade como rector provisional (15 de agosto de 1944 al 24 de marzo de 1945); esta designación correspondió a la propuesta que hiciera el presidente Ávila Camacho a los ex rectores. Caso y Andrade convocan a un Congreso Universitario Constituyente para redactar un proyecto de Ley Orgánica el que, consentido por la comunidad universitaria, fue aprobado por el Congreso de la Unión el 30 de mayo de 1944. Esta ley rige en la actualidad y determina que la UNAM es una institución *autónoma, nacional y, como una corporación pública, dotada de plena capacidad jurídica y patrimonio propio*. Se trata, pues, de una institución pública ajena a la organización del Estado. Se crearon 6 autoridades que deberán ser designadas internamente: la **Junta de Gobierno**, facultada para nombrar al rector y a los directores de escuelas, facultades e institutos y para arbitrar y resolver los conflictos; el **Consejo Universitario**, órgano legislativo supremo, integrado por autoridades, profesores, alumnos y empleados; el **Rector**, máxima autoridad ejecutiva, representante legal y Presidente del Consejo; el **Patronato**, encargado de las finanzas, de administrar el patrimonio y de formular y controlar el presupuesto de ingresos y egresos; **los directores** de escuelas, facultades e institutos, autoridades ejecutivas dentro de sus respectivas dependencias, subordinados al rector; y los **Consejos Técnicos** de escuelas y facultades.

- **1945:** El Consejo da paso a una Junta de Gobierno integrada por 15 notables, entre ellos:

Antonio Caso, Manuel Gómez Morín, Fernando Ocaranza, Manuel Sandoval Vallarta, Federico Mariscal, Alfonso Reyes, José Torres Torija, Gabino Fraga y Alejandro Quijano. Antonio Caso no acepta la designación definitiva como rector y por segunda vez es designado rector interino Mario de la Cueva; el 24 de marzo se elige rector a Genaro Fernández Mac Gregor, quien renunció el 28 de febrero siguiente a consecuencia de un movimiento interno;

- **1946:** En sustitución del anterior, el 4 de marzo la Junta de Gobierno designó como interino a Salvador Zubirán Anchondo; se nombró la Comisión Técnica Directora de la Construcción de la Ciudad Universitaria que es presidida por el rector;
- **1947-1948:** El 21 de febrero reelegió rector a Salvador Zubirán Anchondo que tenía en su contra figuras destacadas del régimen alemanista; apareció un nuevo conflicto con motivo de diferencias primordialmente políticas. Con el aumento de cuotas propuesto por el rector al inicio de su reelección —de los \$130.00 que pagaban en preparatoria y de \$150.00 en licenciatura, incluidas las de inscripción por \$20.00, se proponía elevarlas a un total de \$150.00 para los alumnos de preparatoria y de \$200.00 para los de licenciatura—, la huelga, que inició en la Escuela Nacional de Jurisprudencia se generalizó a todas las escuelas; el rector pretendió dialogar con los inconformes y fue sacado por la fuerza del edificio de esa escuela, así como de la Rectoría, lo que motivó su renuncia el 23 de abril de 1948; se designó como rector interino al Contador Público Antonio Ochoa Ravizé (24/V al 1º/VI de

1948). El alumnado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia nombró rector a Antonio Díaz Soto y Gama, quien asumió el cargo y, por algunas semanas, despachó en las oficinas del rector. La designación de Luís Garrido (2/VI/1948 al 2/VI/1952) dio término al problema.

- **1950:** El presidente Miguel Alemán conformó el magno proyecto de la Ciudad Universitaria; en los terrenos donados para tal fin, 730 hectáreas, se colocó la primera piedra de la Torre de Ciencias; en representación del presidente Alemán asistió el secretario de Gobernación Adolfo Ruiz Cortines;
- **1952:** La Junta de Gobierno reelegió a Luís Garrido quien, el 20 de noviembre, recibió las instalaciones de la Ciudad Universitaria de manos del presidente Alemán, la mayor parte inconclusas; se inauguró el Estadio Olímpico de CU con el encuentro de futbol americano entre Pumas-UNAM y Burros Blancos del IPN, el triunfo correspondió a aquéllos por 20 a 19.
- **1953:** El 14 de febrero renunció el rector Garrido; en su lugar la Junta de Gobierno designa a Nabor Carrillo Flores (14/II/1953 al 13/II/1957); a él le corresponde la terminación de las obras en CU que fueron entregadas finalmente el 22 de marzo de 1954.
- **1954:** Todas las actividades de la UNAM se trasladaron definitivamente a CU; los cursos se inauguraron en las nuevas instalaciones del Consejo Universitario, ceremonia que presidió el presidente Adolfo Ruiz Cortines.
- **1956:** Se encargó a Nabor Carrillo Flores otro periodo de cuatro años (14/II/1957 al 13/II/1961).

- **1961:** Se eligió rector a Ignacio Chávez (1/II/1961 al 12/II1965); reimplantó los exámenes de admisión para todos los aspirantes a ingresar en la UNAM y amplió los estudios de preparatoria de dos a tres años. En **1965** se le reelegió para otro cuatrienio, lo que motivó una nueva lucha.
- **1966:** El 27 de abril el doctor Chávez renunció; la Junta de Gobierno no lo aceptó y un buen número de profesores también la desestimó. No obstante, fue nombrado rector Javier Barros Sierra⁶ para el cuatrienio 1966-1970, durante el cual se aprueba el pase automático a la licenciatura de los estudiantes de preparatoria procedentes de las diversas escuelas de educación media de la UNAM. Se inicia la desconcentración de la universidad.
- **1967-1968:** Celebración de los Juegos de la XIX Olimpiada en la Ciudad de México; el movimiento estudiantil se generalizó a nivel nacional por la

⁶ Nació y murió en la Ciudad de México (1915-1971); estudió en la Escuela Primaria Alberto Correa, en la Secundaria 3 “Héroes de Chapultepec”, y en la Escuela Nacional Preparatoria. Ingeniero Civil y Maestro en Ciencias por la UNAM; Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Nacional de Ingeniería (1936); profesor y consejero universitario (1936); fundador de la empresa Ingenieros Civiles Asociados en 1947 (ICA) de la que fue Gerente de Estructuras (1950), carácter con el estuvo a cargo de la construcción en Ciudad Universitaria de los edificios de Veterinaria, Odontología, Ciencias y Filosofía y Letras, axial como de los laboratorios de Ciencias Químicas y del Sector Poniente del Estadio Olímpico de CU. Director de la Escuela Nacional de Ingeniería (1955-1958), gestión en la que fundó el Instituto de Ingeniería y la Asociación Nacional de Facultades y Escuelas de Ingeniería. Secretario de Obras Públicas (1958-1964); rector de la UNAM (1966-1970), responsable de la sustitución de los cursos anuales por semestrales, se creó el Consejo de Estudios Superiores y se realizaron diversas acciones para fortalecer numerosas actividades científicas, técnicas y culturales. Sus opiniones acerca del conflicto de 1968, Gastón García Cantú las recoge en el libro *Conversaciones con Javier Barros Sierra*.

represión de estudiantes a manos de la policía y desembocó en protesta contra del autoritarismo del presidente Díaz Ordaz.

Por la importancia y trascendencia que tiene el movimiento de 1968, apuntamos de manera sucinta algunos antecedentes y pormenores:

A partir de 1964, la inconformidad estudiantil se hizo presente en diversos países. Los movimientos estudiantiles que ocurrieron en la década de los sesenta del siglo pasado han sido englobados como *rebelión estudiantil* y culminaron en México con la protesta estudiantil de 1968. Este es el resumen:

1967 y 1968, fueron años marcados por múltiples y trascendentales acontecimientos iniciados al finalizar el año de 1964 con el establecimiento de la Universidad Libre de California y con permanentes protestas estudiantiles en la Universidad de Berkeley, la más grande y moderna universidad norteamericana. Los reclamos se traducen en actividades conocidas como los *panty raids*, (incursiones a los dormitorios de las estudiantes para robar pantaletas), *sit-in* (la sentada); el *free speech*, (libertad de hablar en cualquier parte del campus sobre cualquier tema) y el *free filthy*, (derecho a expresarse con procacicades). Y se prolongan hasta julio de 1967 en que varios de sus líderes son procesados y encarcelados por el gobierno del estado de California que encabezaba Ronald Reagan.

La inquietud estudiantil se extendió a otros centros de educación superior, como la Universidad Libre de Berlín en protesta por la asistencia del Sha de Irán, la que dio lugar a la llamada batalla de la Ópera en junio de 1967. En este mismo año se producen acontecimientos críticos en la Universidad Católica de Washington, en la Escuela Londinense de Economía (LES) y en diversos centros oficiales y privados de enseñanza en Japón,

como la Universidad Cristiana Internacional. Incluso la República Popular China afrontó un fuerte movimiento de protesta estudiantil en el otoño del propio año.

En octubre de 1967, precisamente en los días de octubre comprometidos para la celebración de los Juegos, el Comité Organizador superó la prueba preolímpica más importante: la III Competencia Deportiva Internacional que tuvo como escenario más importante las instalaciones deportivas de CU. Los resultados alcanzados proporcionaron a los organizadores una gran dosis de seguridad para cumplir debidamente el compromiso contraído. Los comentarios de la prensa internacional, si no fueron optimistas, reflejaban un avance en las bajas calificaciones obtenidas hasta ese entonces. Al parecer, las dudas externas habían terminado o, cuando menos, disminuido notoriamente en intensidad; en lo interno, la participación creciente de jóvenes universitarios y politécnicos en la organización de la XIX Olimpiada no hacían prever ninguna contingencia.

Al año siguiente, 1968, otros hechos significativos de la inconformidad estudiantil sucedieron en Bélgica, España, Irlanda, Corea del Sur, Sudán, Bolivia y aun en países del entonces llamado bloque comunista como Hungría y Polonia. El asesinato de Martin Luther King ocurrido a principios de abril, exacerbó las protestas contra la discriminación racial y se dio la amenaza del boicot de los atletas de color a los juegos de la Olimpiada de México. A la frigerosa rebelión estudiantil del mes de mayo en París, sucedió la cruenta invasión soviética de Checoslovaquia en el mes de agosto siguiente, conocida mundialmente como la *Primavera de Praga*. Los movimientos de protesta y rebelión culminaron trágicamente en Tlatelolco el día 2 del mes de octubre, poco antes de la fecha fijada para el inicio de los Juegos: el día 12 siguiente.

Preciso detalles relevantes de lo ocurrido en México en el año de 1968:

Febrero: en las bardas de CU aparecieron leyendas ofensivas en contra del gobierno; los alumnos de la *Vocacional No 4* agredieron a los estudiantes de la *Prepa 4*.

Marzo: se sustrajeron más de dos mil expedientes de los archivos de la Facultad de Medicina; jóvenes armados con cadenas y garrotes asaltaron la secundaria No 1 de la SEP; otro grupo similar invadió la *Prepa 6*; brigadas de muchachos armados con varillas y navajas pretendieron asaltar la Facultad de Ingeniería siendo rechazados.

Julio: ocurrió un pleito callejero entre alumnos de la *Voca 2* del IPN y los estudiantes de la preparatoria particular *Isaac Ochotorena*; los granaderos entraron a esa Vocacional; los estudiantes del IPN protestaron en el Casco de Santo Tomás durante el mitin convocado el día 26, para conmemorar la fecha del aniversario del ataque de Fidel Castro al Cuartel Moncada; se conformó una marcha por la Avenida Juárez con rumbo a la Plaza de la Constitución en la que los manifestantes rompieron cristales; la policía atacó a la columna en las calles de la Avenida Madero; los estudiantes organizaron la resistencia alrededor de San Ildefonso, hicieron acopio de varillas y ladrillos y secuestraron camiones; se asaltó y saqueó la sede del Partido Comunista Mexicano (Mérida No. 186, en la Colonia Roma); continuaron los enfrentamientos entre alumnos y granaderos en San Ildefonso; fueron detenidas 36 personas, algunos que no eran estudiantes, y se consignaron a 16 por diversos delitos; las asambleas estudiantiles pidieron la renuncia del Jefe de la Policía del DF, general Luis Cueto, la desaparición del cuerpo de granaderos e indemnizar a las víctimas; el general Cueto contestó que *agitadores profesionales* pretendían

evitar la celebración de los Juegos de la Olimpiada; los enfrentamientos siguieron en el Zócalo y agravándose los que tuvieron lugar en la calle de San Ildefonso; el día 26 el Ejército abrió con un disparo de bazуca la puerta de la Escuela Nacional Preparatoria en la calle de Justo Sierra; el día 30, el gobierno declaró que sus acciones eran la respuesta a un plan, elaborado, con exactitud, para promover la agitación; el 31 se generalizó el paro en todas las escuelas de educación media y superior; ese mismo día el rector Barros Sierra encabezó una gran manifestación de protesta que recorrió avenidas del sur de la ciudad y en la que participaron más de ochenta mil personas; fue notoria la vigilancia del Ejército.

Agosto: Desde la ciudad de Guadalajara, Jal., el Presidente de la República proclamó la llamada *política de la mano tendida*; el día 5 el IPN organizó una protesta masiva; el 13 se realizó una marcha y manifestación en el Zócalo; la prensa publicó textos de apoyo al movimiento suscritos por intelectuales, artistas, militantes y por organizaciones, así como numerosas manifestaciones de solidaridad con el gobierno; el día 27 decenas de miles de personas, que algunos calcularon en más de trescientos mil, marcharon desde el Museo de Antropología hasta la Plaza de la Constitución, en la que realizaron pintas en la fachada del Palacio Nacional, izaron la bandera rojinegra en el asta monumental y echaron a vuelo las campanas de Catedral, dejando una guardia en el Zócalo que al término de la marcha fue desalojada por el Ejército; ese mismo día los granaderos impidieron un mitin en Tlatelolco.

Septiembre: en su Informe del 1º de septiembre, el Presidente de la República reiteró los principios de orden y autoridad, y apeló a la comprensión de la sociedad para con las medidas tomadas; las autoridades aceptaron dialogar públicamente con el Consejo de Huelga, pero

sin exhibicionismos; asimismo, los diputados aceptaron considerar la derogación del delito de disolución social (artículo 145 del Código Penal) y a informar sobre la existencia de presos políticos; el Consejo de Huelga rechazó los anteriores ofrecimientos y celebró un mitin en Tlaltelolco al que asistieron unas veinticinco mil personas; el viernes 13 el rector Barros Sierra recorrió las calles al frente de una manifestación silenciosa acompañado de ilustres y connotados universitarios; el día 18 el Ejército tomó CU y aprehendió estudiantes; el rector protestó enérgicamente por esos hechos. Ante las acusaciones del secretario de Gobernación de que las autoridades universitarias carecían de los medios necesarios para restablecer el orden y de la calificación de la Cámara de Diputados en el sentido de que la ineptitud del rector era la culpable de la situación, Barros Sierra renunció el día 23. Cientos de investigadores y profesores se opusieron expresamente a ella y la Junta de Gobierno no la aceptó; el Consejo de Huelga no se pronunció al respecto. El 24 se enfrentaron estudiantes del IPN con policías y elementos del Ejército en el Casco de Santo Tomás; el día 30 el Ejército entregó la CU a un representante del rector.

Octubre: El día 2, a las 17 horas se inició un mitin en la Plaza de las Tres Culturas en Tlaltelolco con la asistencia de aproximadamente cinco mil personas, lo que contrastaba con las marchas y mitines anteriores; el mitin empezó a las 17 horas; a los discursos iniciales sucedieron disparos con arma de fuego desde los apartamentos de los edificios circundantes de la plaza; a las 18 horas ocurre la intervención del Ejército y cae herido el general Hernández Toledo, jefe de la columna militar. Ante esta agresión, cuyo responsable aún no se ha identificado, los soldados abren fuego que es respondido desde la propia plaza y desde los edificios; algunos disparos alcanzan las oficinas del

titular de la Secretaría de Relaciones Exteriores ubicadas en el piso trece; el chofer del secretario particular del secretario, el embajador José S. Gallástegui, resultó herido; se comprobó que esta lesión no fue causada por armas del Ejército. Se afirmó que la consigna era impedir la realización de los juegos o cuando menos obstaculizar su desarrollo. Sin embargo, todos los líderes estudiantiles de aquel entonces han negado de manera rotunda haber abrigado esos propósitos, a pesar de que el Consejo de Huelga, en los inicios de la protesta estudiantil, se oponía a su celebración el grito de *no queremos Olimpiada, queremos revolución* y exhibían pancartas con ese mismo lema.

Así lo confirmaron los acontecimientos y esa es la convicción del Secretario General del Comité Organizador. Las pasiones se aquietaron, y todos los afectados guardaron prudente silencio para dejar que los Juegos de la XIX Olimpiada se celebrasen con la brillantez y el éxito deseados. Y así fue. Las ceremonias de apertura (día 12) y de clausura (día 27) se realizaron en el Estadio Olímpico Universitario sin incidentes, así como el programa de Atletismo (del 13 al 20); durante diez días también se llevaron a efecto pruebas de waterpolo en las instalaciones deportivas de CU, así como prácticas de diversas disciplinas por parte de los atletas de diversos países.

Barros Sierra permanece al frente de la UNAM dieciséis meses más, hasta abril de 1970; muere en 1971.

La tragedia de Tlaltelolco en 1968 no ha sido esclarecida hasta la fecha; lamentable y desgraciadamente acaecieron muertes y ataques personales en número aún no cuantificado y, por ello, esas muertes han sido muchas veces sobreapreciadas o disminuidas, pero casi siempre

aprovechadas como bandera. Salvo algunas y honrosas excepciones sólo se ha vociferado, pero no se han aportado pruebas para esclarecer tan lamentables sucesos. Es de esperar que pronto sepamos qué ocurrió efectivamente, cuántos civiles y militares fueron muertos y cuántos realmente desaparecidos. Es una exigencia para alcanzar la verdad e indispensable para terminar con el rencor sin extinguir el recuerdo. Y para terminar con el *modus vivendi* de incontables *vivales*, que siguen medrando de un suceso en el que poco o nada tuvieron que ver ni activa ni pasivamente, pues muchos de ellos no eran estudiantes o no habían nacido o estaban ausentes o no participaron; todos ellos exageran lo acontecido porque saben que nadie podrá contradecirlos porque nadie tiene pruebas de que su decir es falso o exagerado. Muchas personas han encontrado un pretexto para vivir de la conmemoración de ese triste recuerdo, como aconteció con el sargento de la Rosa, combatiente en las luchas contra la Intervención Francesa del Siglo XIX, que siguió figurando en los desfiles militares del 16 de septiembre hasta que falleció durante el régimen del presidente López Mateos.

En la más reciente conmemoración de los sucesos del 2 de octubre, el primer sábado de ese mes de 2010, no estuvieron al frente de la columna líderes destacados del movimiento; sólo Hernández Gamudi quien fue partícipe, pero no destacado dirigente; también figuró en esa manifestación Rosario Ibarra de Piedra, cuya lamentable pérdida de su hijo no ocurrió a consecuencia de los disturbios y protestas de 1968. Tal parece que al frente de la marcha se invitaron, o se *colaron*, líderes de otras disidencias que aprovecharon la fecha para expresar públicamente quejas que no tienen nada que ver con los acontecimientos del 68; en suma, la memoria fue aprovechada por el SME para realizar una más de sus inútiles y molestas protestas, al

igual que la de los llamados *darquetos* de quienes nadie sabe quiénes son o por qué protestan. Es una muestra más de que la industria de la marcha se encuentra institucionalizada en México.

- **1970-1972:** Pablo González Casanova, Maestro en Historia por la UNAM y por la Escuela de Antropología e Historia, y Doctor en Sociología por la Universidad de París, Francia, fue electo como rector de la UNAM para el periodo 1970-1974; tomó posesión el 2 de mayo de 1970 y renunció el 17 de noviembre de 1972; tan sólo 18 meses y medio duró su gestión en la que inició la masificación de la UNAM⁷ y vio su final sumida en la anarquía. El presidente electo Luis Echeverría le manifestó públicamente su apoyo y simpatía. El 26 de enero de 1971 se crearon los Colegios de Ciencias y Humanidades (CCH) y se extendió el pase automático a los alumnos de estos colegios. Se constituyó el Sindicato de Trabajadores y Empleados de la UNAM (STEUNAM, 1/XI/1971). Grupos armados de estudiantes normalistas encabezados por Mario Falcón y Miguel Castro Bustos —posteriormente detenidos y procesados penalmente—, se apoderaron por la fuerza del edificio de Rectoría, exigiendo el ingreso a escuelas y facultades de la UNAM con un mínimo de requisitos académicos (31/VII/1971); después de dos meses los delincuentes salieron de la universidad. El inicio de los años 70 sorprendió a la UNAM saturada por una creciente inscripción

⁷ En 1980 la matrícula alcanzó más de doscientos mil alumnos y el personal académico más de 23 mil que acusaba una declinación en su nivel; no se han dado cifras respecto al administrativo, pero se supone que fue en mayor número del anterior.

y con un severo déficit de personal académico. El nuevo régimen gubernamental trató de apoyar económicamente a la universidad, pero fue manifiesta la insuficiencia de los recursos.

- **1973-1981:** Guillermo Soberón Acevedo fue electo para un periodo de cuatro años (1973 a 1977); el 3 de enero de 1974 tomó posesión y rindió protesta en el estacionamiento del edificio de Rectoría en CU; el 15 del mismo mes, el sindicato levantó la huelga. En 1975 el presidente Echeverría acudió a la ceremonia de inauguración de cursos, y fue agredido: una piedra lo hirió en la frente y fue sacado del auditorio de la Facultad de Medicina por su escolta. En 1975, cobró impulso la desconcentración de la UNAM; inició el funcionamiento de las Escuelas Nacionales de Estudios Profesionales, primero en Cuautitlán, luego en Azcapotzalco y después en Acatlán e Iztacala. Con posterioridad abrieron sus puertas las de Aragón y Zaragoza, la Escuela de Enfermería en Tlalpan y la de Música en Coyoacán. El 1º de noviembre de 1976 las autoridades universitarias firmaron el contrato colectivo de trabajo con el STEUNAM, con vigencia de dos años. El 27 de marzo de 1977 el STUNAM, organización sindical que aglutinó al personal académico y a los trabajadores, pidió la firma de un nuevo contrato colectivo que el rector rechazó; el sindicato declaró la huelga (20/VI/1977); maestros y alumnos siguieron trabajando e impartiendo clases incluso por televisión; el rector propuso medidas conciliatorias y se opuso a la intromisión sindical en la vida académica; la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje declaró

ilegal la huelga; los paristas fueron denunciados ante la PGR. El 7 de julio de 1977 la Policía entró a CU, desalojó a quienes tenían cerradas las instalaciones y detuvo a centenares de personas, entre ellas a los líderes Eleazar Morales y Rosalío Wences. El día 10 siguiente se firmó el convenio entre las autoridades y los representantes de los trabajadores, se reconoció como sindicato único al STUNAM, a Evaristo Pérez Arreola como Secretario General y se canceló la orden de rescindir los contratos individuales de trabajo a los paristas. El doctor Soberón es reelecto para un segundo periodo de cuatro años (1977-1981). En 1979 se celebra el cincuentenario de la autonomía; Soberón termina los ocho años de su encargo. A excepción del mandato del ingeniero Barnés de Castro, los rectores posteriores al doctor Soberón han cumplido su gestión superando huelgas y movimientos estudiantiles, como la de los reprobados en los exámenes de admisión que exigían su ingreso a los institutos de enseñanza superior⁸.

- Octavio Rivero Serrano es electo rector para el cuatrienio 1981-1985⁹; el 29 de abril de 1983 el STUNAM hizo un paro de labores en demanda de aumentos salariales; el 1º de mayo estalla la huelga que dura hasta el 27 de junio que sigue, fecha en la que el sindicato aceptó el ofrecimiento de la rectoría.

⁸ Algunos datos se entresacaron del artículo de PALLÁN FIGUEROA, C.: “Centenario de la...”, cit., pp. 10 y 11.

⁹ Las noticias de los últimos seis rectores fueron obtenidas, en su mayor parte, del tercer y último segmento del artículo de REYES, C.: “Los 100 años de...”, cit., pp. 4 y 5.

- **1985-1989:** Jorge Carpizo toma posesión como rector de la UNAM (1985-1989); se nombra Secretario General a José Narro Robles. El 16 de abril de 1986 Carpizo presentó al Consejo el diagnóstico *Fortaleza y debilidad de la UNAM*; en sus 30 puntos informaba los principales problemas que oprimían a una universidad gigantesca, centralizada en exceso y desorganizada; entre ellos: bajos promedios de calificación obtenidos por quienes aspiraban a ingresar en la preparatoria y a los planteles de enseñanza superior, ineficiencia de los alumnos para concluir sus estudios, rezagos en la titulación de posgrado, demanda excesiva en algunas escuelas y facultades en contraste con sitios vacantes en otras, injusticia del pase automático que sólo beneficiaba a los egresados de las preparatorias de la UNAM, insatisfacción por los malos resultados de quienes presentaban exámenes extraordinarios, deficiente orientación vocacional, cuotas simbólicas que beneficiaban a los que más recursos tenían, desviación del servicio social, etc. La condena al personal académico fue más virulenta: grave deterioro en la calidad de la enseñanza, ausentismo, falta de informes y programas de trabajo y profesores que cobraban sin trabajar; de igual manera se le reprochaba a las autoridades universitarias el abuso en la contratación de profesores sin pasar por el concurso de selección y la preeminencia de las consideraciones políticas sobre las académicas. Anomalías que ocasionaban y ocasionan un despilfarro de recursos humanos y económicos, que afectan en grado sumo las finanzas de la UNAM y dan como resultado su inamovilidad.

Acto seguido el rector abrió una consulta entre alumnos, maestros y trabajadores, fijando el 3 de septiembre de ese mismo año como fecha para su cierre, determinación que fue impugnada por consejeros y alumnos. Sin embargo, se produjeron más de mil setecientas ponencias sobre las cuales las autoridades concluyeron y propusieron 26 reformas para elevar el nivel académico e institucional de la UNAM, las que el rector Carpizo presentó al Consejo Universitario. Las sobresalientes fueron: eliminar el pase automático del bachillerato a la licenciatura, determinar las materias que podían ser reprobadas, fijar una sola vuelta en exámenes extraordinarios y el límite máximo de los que se podían presentar, despido de los profesores que no trabajasen, cumplimiento cabal por cada profesor de las horas contratadas, evaluación del personal académico a partir de los programas entregados a sus consejos técnicos, aumento de cuotas para varios servicios (exámenes extraordinarios, médicos y expedición de certificados), apoyos didácticos para los estudiantes, revisión y actualización de los planes de estudio y elección directa y secreta de los consejeros representantes de alumnos y profesores.

En prolongada y acalorada sesión, las medidas fueron aprobadas, lo que implicaba cambios y modificaciones a los reglamentos de exámenes, inscripciones, posgrado y al Estatuto General de la UNAM; el posterior 24 de septiembre, una heterogénea asamblea celebrada en el Aula Magna de la Facultad de Filosofía y Letras, en la que participó el sindicato, rechazó la propuesta, celebrándose un mitin en la explanada de Rectoría

para manifestar el repudio a las mencionadas reformas. El rector declaró que no se daría ningún paso atrás. El 31 de octubre de 1986, se integró el Consejo Estudiantil Universitario (CEU) con la finalidad de derogar los cambios relativos a cuotas y exámenes y emplazó al rector a un diálogo público para esos fines; el CEU demandó la realización de un congreso universitario para discutir las reformas; el rector rechazó la petición, pero aceptó integrar una comisión de cinco funcionarios para analizarla; el 15 de diciembre Rectoría tomó el acuerdo de discutir públicamente las modificaciones y ya, en 1987, las autoridades plantearon ajustar el reglamento de pagos, pero no ceder en lo relativo a exámenes extraordinarios y a la eliminación del ingreso automático de los alumnos de las preparatorias de la UNAM al grado académico superior; nuevo rechazo del CEU que aumenta sus peticiones con la celebración de un congreso resolutivo y el aumento del subsidio gubernamental. El 29 de enero de ese mismo año estalló la huelga que apoyó el STUNAM, a pesar de que el rector aceptó realizar el congreso y de que el Consejo Universitario suspendió la aplicación de los reglamentos. El 18 de febrero de 1987 se levantó la huelga y el Consejo Universitario dio a conocer las reglas para elegir a los dieciséis representantes del personal académico que integrarían la comisión del congreso universitario (COCU) exigido por el CEU, el que no se había llevado a efecto a consecuencia del paro. Carpizo declaró públicamente que no se reelegiría;

- **1989-1997:** José Zarukhán Kermes es electo rector para el cuatrienio (1989-1993) y reelecto

para otro más (1993-1997). Se designó Secretario General a Francisco Barnés de Castro. En 1990 se celebra el COCU; sus acuerdos los hace suyos el Consejo Universitario en sesión de 18 de octubre aun cuando poco mejoraban el nivel académico de la universidad. Trascurren casi cinco años de tranquilidad; sin embargo, al publicarse en 1993 los resultados de los exámenes de admisión a nivel de bachillerato y licenciatura, se produce el conflicto de los reprobados por el gran número de estudiantes rechazados que aspiraban a ingresar a la UNAM. Un grupo de estudiantes del CEU improvisó un mitin e invitó a los jóvenes *discriminados del sistema educativo* a reclamar mayor número de espacios en la UNAM y a pedir la revisión de su examen; las autoridades universitarias enviaron el resultado de las pruebas a ciento diez mil aspirantes rechazados; se integra el Movimiento de Excluidos de la Educación Media y Superior (MEEMS), que tuvo como primera demanda la inscripción de ciento ochenta mil rechazados, a la que siguió la creación de un tercer turno intermedio en la Escuela Nacional Preparatoria, la apertura de cinco planteles más de los CCH y la ampliación de la matrícula de la UNAM a su capacidad máxima para atender a cuarenta y cinco mil aspirantes más. El 22 de septiembre de 1993, un grupo de estudiantes que apoyaba al MEEMS tomó la torre de Rectoría, así como las instalaciones de la Coordinación General del Colegio de Ciencias y Humanidades y el Plantel Sur de este bachillerato. Ante la intransigencia del movimiento y de las repetidas acciones violentas e ilegales, el rector llamó a cerrar filas en

defensa de la UNAM, llamado que es atendido por estudiantes, trabajadores, maestros y autoridades universitarias que marcharon silenciosamente de la Facultad de Derecho hacia la explanada de Rectoría en demanda de la devolución de las instalaciones; a su vez, el movimiento estudiantil rodeó el edificio de Rectoría para impedir la llegada de los marchistas. Tras nueve días de ocupación, la torre de Rectoría fue devuelta por el MEEMS así como las otras instalaciones ocupadas por este movimiento; las autoridades convinieron que los excluidos ocuparan los lugares de quienes, a pesar de haber sido aceptados, no habían concluido sus trámites de inscripción.

En octubre de ese año, la propuesta de modificación al plan de estudios de los CCH que entraría en vigor hasta 1996, provocó el cierre indefinido de todas las escuelas del CCH, por lo que sus maestros y alumnos iniciaron clases extramuros a fin de salvar el semestre. En enero de 1996 se aprueba la convocatoria para la selección de los alumnos del CCH que integrarían una comisión especial del Consejo Técnico para promover la información y consulta entre la comunidad universitaria sobre la actualización del plan de estudios respectivo; se desconocen los resultados.

- **1997-2001:** Por unanimidad, el Consejo Universitario elige como rector al ingeniero Francisco Barnés de Castro, quien desde el inicio de su gestión persistió en un afán renovador y reiteró propuestas de mejoramiento, algunas expresadas por Carpizo; entre ellas, los principios y criterios para el ingreso de los estudiantes a la universidad y su permanencia en la misma,

planteándolas ante el Consejo Universitario que las aprobó por mayoría el 9 de junio de 1997. En julio de 1997 el rector presenta a la consideración de la comunidad estudiantil un Plan de Desarrollo que establecía principios rectores para un necesario cambio que corrigiera las deficiencias de la UNAM y permitiera hacer frente con mejores perspectivas al futuro de la UNAM. En 1999 el rector presenta a la consideración del Consejo el documento *Universidad responsable, sociedad solidaria*, que disponía una cuota anual para bachillerato de \$1,360.00 y para licenciatura de \$2,040.00, así como el cobro de diversos servicios y la modificación respectiva del Reglamento General de Pagos. Para evitar la sesión del Consejo los activistas decidieron bloquear las instalaciones e iniciaron marchas y movilizaciones en contra de la posible aprobación de la propuesta del rector que era apoyada por la SEP; Barnés de Castro rechazó el diálogo público con los disidentes y en su informe anual de actividades defendió las medidas propuestas; maestros, estudiantes y trabajadores protestaron en masa y el 20 de abril de 1999 declararon la huelga. Se configuró el Consejo General de Huelga (CGH), el que insistió y exigió realizar un diálogo público directo y resolutivo con las autoridades; éstas decidieron impartir clases extramuros para no perder el semestre; el CGH incrementó sus exigencias en demanda de la desvinculación del Ceneval y manifestó su apoyo al Ejército Zapatista de Liberación Nacional. El Gobierno Federal en turno, presidido por Ernesto Zedillo, se desentendió en principio del problema. La ANUIES apoyó el incremento de las

cuotas; el rector aceptó la existencia de diversas opiniones acerca de los pagos; por vez primera el presidente Zedillo se ocupó del conflicto; el rector retrocedió y declaró que el pago de las cuotas sería voluntario; el CGH rechazó la postura de Barnés y éste le solicitó devolver las instalaciones a más tardar el 7 de julio, solicitud que no fue atendida; las negociaciones de las autoridades y huelguistas se estancaron y el conflicto se prolongó hasta el año 2000. Ante la imposibilidad de solucionarlo Barnés de Castro renunció tras 207 días de huelga; es la huelga más prolongada en la historia de la UNAM.

- **1999-2007:** El Consejo Universitario eligió a Juan Ramón de la Fuente para un periodo de cuatro años (1999-2003); el nuevo rector expresó su disposición al diálogo y convocó a un plebiscito para conocer el sentir de la comunidad universitaria; ésta se pronunció por la reanudación de las labores de la UNAM, pronunciamiento que apoyaron públicamente un buen número de profesores eméritos y significados universitarios. Así, la madrugada del 6 de febrero más de tres mil elementos de la Policía Federal Preventiva entraron en CU y detuvieron a más de setecientas personas, la mayoría estudiantes extremistas del CGH; el día 23 de abril siguiente los elementos de la PFP salieron de las instalaciones de CU y las actividades administrativas y académicas se reanudaron con normalidad. Al término de ese periodo el rector De la Fuente es reelecto por otros cuatro años (2003-2007); la Cámara de Diputados inscribe con letras de oro el nombre

de la UNAM en el recinto legislativo; TV UNAM inicia trasmisiones con señal propia.

- Al término del encargo del doctor De la Fuente, el Consejo Universitario designó como rector a José Narro Robles para el cuatrienio **2007-2011**; la UNESCO declaró a CU *patrimonio de la humanidad*; en 2009 la UNAM recibió el premio *Príncipe de Asturias*.

*

Desde su inauguración el 22 de septiembre de 1910 hasta la fecha, la UNAM suma 38 rectores. En sus primeros cincuenta años fueron designados 28, predominando notoriamente los profesionales del Derecho —abogados, licenciados o doctores—. A partir de 1960 han sido electos diez y son los doctores en Medicina los que prevalecen (Chávez, Soberón, Rivero Serrano, de la Fuente y Narro), seguidos de los ingenieros (Carrillo Flores, Barros Sierra y Barnés de Castro). Sólo un doctor en Derecho (Carpizo) y un maestro en Historia (González Casanova), han alcanzado esa distinción.

**

El gigantismo que afronta la UNAM sigue en aumento; la desconcentración de la universidad ha privilegiado únicamente a la llamada zona metropolitana y contribuido al crecimiento desmesurado de ésta, provocado primordialmente por la inmigración interna que busca mejores niveles de vida que le facilite el acceso a una educación universitaria. Las cifras que siguen son de la Dirección de Planeación de la UNAM al año 2010: personal académico: 44,348, de los que únicamente 5,429 son

profesores de carrera; población escolar: 314,557, de los que 108,699 son de bachillerato y 179,052 cursan la licenciatura, y 25,036 el posgrado. Acerca del personal administrativo no existen cifras precisas; algunos lo calculan hasta 30,000 y los menos en 27,000.

Está fuera de duda que el manejo de un centro de estudios de tales dimensiones se hará cada vez más complicado, sin perder de vista que su crecimiento se ha visto menguado por el rechazo de miles y miles de estudiantes que no gozan de la prerrogativa del pase automático, circunstancia que ha dado lugar a otro fenómeno por demás nocivo para la enseñanza y el armónico desarrollo del país: las llamadas *universidades patito*.

Es cierto que a partir de 1960 dos tercios del alumnado del país estudiaba en la capital; y en 2010, era la quinta parte, disminución debida en gran parte a los tecnológicos públicos; es cierto también que en 1980 más del 70 por ciento estudiaban en provincia, loable esfuerzo que debe ser llevado al posgrado que se sigue concentrado en el Distrito Federal. Hasta 1980, el 85% de los universitarios estudiaban en instituciones públicas, proporción que en el 2010 se redujo al 67%, merced a los institutos técnicos y, en especial, a las llamadas *universidades patito* que a cambio de cuotas reducidas dan a sus educandos una educación por demás deficiente. No obstante esos porcentajes, los números absolutos son desalentadores. No hay duda que los centros educativos de prestigio, en particular los auspiciados y manejados por órdenes religiosas, han mantenido una matrícula estable en sus lugares de origen y que su expansión ha sido benéfica para algunas regiones del país en donde no funcionan del todo las instituciones públicas; pero la contraprestación que pagan los educandos es muy alta y su matriculación

forzada por la ausencia de establecimientos públicos de calidad. El negocio para las instituciones privadas es redondo.

Uno de cada cinco jóvenes mexicanos está inscrito en educación superior, lo que demuestra que el Estado sigue escatimando los recursos destinados a la educación pública media y superior, por no ser esta acción prioritaria para el Gobierno; el propio Estado día a día abandona más esta actividad fundamental para el progreso del país para dejarla en manos de particulares. Cuando la jerarquía política afronta una crisis económica, el primer rubro a disminuir es el de la educación superior, medida que inició un universitario egresado de la Facultad de Derecho, Miguel de la Madrid Hurtado, y que cobró auge en el sexenio de Ernesto Zedillo, licenciado en Economía egresado del IPN, sin dejar de advertir que las reducciones presupuestales fueron acompañadas de intensas campañas en contra de la UNAM y en menor grado de la educación pública.

Cabe destacar: No existe ámbito de la vida nacional en que el impacto de la UNAM no haya sido benéfico, llámesel salud, investigación en ciencia básica o jurídica o humanística, historia, cultura, etc. La UNAM ha sido espacio privilegiado de movilidad social; la vida de los estudiantes en la UNAM transcurre en un espacio plural de libre albedrío que amplía sobremanera la visión de los jóvenes. La Universidad Nacional Autónoma De México, se ha convertido en símbolo del derecho a la educación, sin barreras ideológicas, religiosas o económicas, aun con sus muchas deficiencias académicas. La UNAM es una institución nacional con problemas y debilidades como *la hinchazón burocrática* (Guillermo Zaid), *el sindicalismo opresivo*, *la militancia política y la opacidad presupuestal* (Guillermo Sheridan); dificultades y flaquezas que ella

misma debe resolver, discutiéndolas públicamente; pero la autocritica debe provenir de verdaderos universitarios conociedores de la realidad de nuestra Máxima Casa de Estudios y del país, y creyentes firmes en el futuro progreso de México.

Al conmemorar los cien años de la fundación de la UNAM el rector Narro, recordando al gran Morelos, señaló: *El desafío de México es dar el gran salto de la desigualdad a la equidad, donde la opulencia y la miseria se moderen. La desigualdad no ha encontrado el remedio que la mejore y ese remedio está en la educación.*

Debo hacer notar que de no ser por su desmedido afán protagónico que lo lleva a desatender su principal cometido, Narro fuese un rector non.

Para terminar, cito a Enrique Krauze: *La UNAM está en espera de su historiador que escriba su historia definitiva.*

Bibliografía

- Cossío VILLEGAS, Daniel: *Historia Moderna de México.* Parte Cuarta “La instrucción Pública”, Editorial HERMES, segunda edición, 1970.
- *El Exilio Español en México 1939-1982.* Editorial: FCE y SALVAT, 1982.
- *Enciclopedia de México, 1976-1977.*
- *Memoria Oficial de los Juegos de la XIX Olimpiada,* COO, 1969, impresa en la Imprenta Miguel Galas, S.A.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio: *Historia de la Facultad de Derecho.* UNAM, Dirección General de Publicaciones, segunda edición, 1975.
- *Obras Completas de Justo Sierra.* México, UNAM, segunda edición, 1977.

- *ORTEGA SAN VICENTE, Alejandro: Reseña de los Juegos de la XIX Olimpiada, XXXVIII aniversario, Conade, 2006.*
- *PALLÁN FIGUEROA, Carlos: “Centenario de la Universidad Nacional Autónoma de México: modelos y conflictos universitarios”, decimoquinta parte, Milenio, 23 de septiembre de 2010.*
- *REYES, Carlos: “Los cien años de la Universidad Nacional», tercer segmento, Milenio, sección Campus, p. 10 , 23 de septiembre de 2010.*

La defensoría pública: instrumento para la exigibilidad de derechos fundamentales

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia¹

SUMARIO: Introducción I. El Derecho Penal como una de las asignaturas fundamentales del Poder Judicial de la Federación. II. La defensoría pública en el contexto del Estado democrático de Derecho III. Los principios que rigen al Instituto Federal de Defensoría Pública. IV. Los valores que inspiran el servicio civil de carrera en el Instituto Federal de Defensoría Pública. V. La responsabilidad de la defensoría pública en el sistema de justicia penal. VI. El Instituto Federal de Defensoría Pública a doscientos años del surgimiento de México. VII. El papel del Instituto Federal de Defensoría Pública en la vigencia del artículo 2º constitucional. VIII. ¿Hacia dónde va la defensoría pública en el marco de la reforma al sistema penal? IX. El Instituto Federal de Defensoría Pública como instrumento para un acceso equitativo a la Justicia. Conclusiones.

Introducción

El 18 de junio de 2008, se publicó la Reforma Constitucional en materia penal, que estableció un plazo de 8 años para la implementación de un nuevo sistema penal acusatorio y oral.

¹ Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En dicha reforma se estableció la obligación de garantizar un servicio de defensoría pública de calidad para la población, y asegurar las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores.

El Instituto Federal de Defensoría Pública tiene un gran avance en esta materia, y posee un cúmulo de conocimientos, experiencias y datos que aportar, para la implementación de dicha reforma.

I. El Derecho Penal como una de las asignaturas fundamentales del Poder Judicial de la Federación

El Derecho Penal –como todo el ordenamiento jurídico– es una expresión de la convivencia que los mexicanos queremos.

El desafío de todos los tiempos, ha sido la evolución de las instituciones y de los mecanismos que garantizan el orden social.

El Poder Judicial de la Federación se ha mantenido atento a las exigencias del Derecho Constitucional y del Derecho Penal, y se ha desarrollado a la par de su transformación histórica:

- La Carrera Judicial actualiza y capacita permanentemente a sus integrantes, a la luz de los principios constitucionales de excelencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo e independencia.
- El Instituto de la Judicatura Federal tiene programas especialmente enfocados a la materia penal, incluyendo la temática de los derechos humanos.
- El Instituto Federal de Defensoría Pública tiene muy presente a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, y está al servicio de quien lo necesite, en forma totalmente gratuita.

- La sede y el equipamiento de los juzgados y tribunales incide directamente en la calidad de los servicios que prestan. La infraestructura de la impartición de justicia federal es una ocupación permanente del Consejo de la Judicatura Federal.
- Por otra parte, la tipología penal se relaciona con aspectos cada vez más complejos; el Poder Judicial de la Federación ha celebrado convenios de colaboración con diversas instituciones, que han permitido un creciente y enriquecedor acercamiento de la justicia con la ciencia.

Eso hacemos para estar al día. Cada reforma y cada cambio, ameritan una planeación adecuada para alinear todos estos factores y estar en condiciones de seguir elevando la calidad de la justicia penal.

II. La defensoría pública en el contexto del Estado democrático de Derecho

El Derecho Penal es la rama más antigua de la ciencia jurídica y, sin duda alguna, es una de las aristas del Derecho Público que más impacto tiene en la vida cotidiana y en las relaciones interpersonales.

La percepción social de la justicia –en muy buena medida– se desprende de la capacidad de perseguir y sancionar a quienes cometen conductas ilícitas.

El Derecho Penal es también una de las expresiones más elementales del orden jurídico: expresa las prohibiciones y señala los castigos; opera en muchas ocasiones a partir de la querella o de la denuncia, que refuerzan de alguna forma, la connotación reprobable de las conductas que sanciona. Además, está profundamente vinculado con las expectativas de justicia de la sociedad, porque es el más antiguo sustituto de la venganza privada.

La garantía de las libertades individuales solamente las puede dar un poder capaz de castigar, imparcial y proporcionalmente, las violaciones a nuestros derechos.

Dicho objetivo es inalcanzable cuando somos jueces de nuestras propias causas.²

Por eso el acceso a la justicia, a una justicia de excelencia, objetiva, imparcial, profesional e independiente, es una garantía inherente a una democracia constitucional, como la nuestra.

La convivencia armónica y ordenada entre personas y grupos, son resultado de un orden jurídico, de un arreglo institucional y de la convicción de robustecer la cultura de la constitucionalidad. Es decir, que la coexistencia pacífica es una responsabilidad que comparten el Estado y la sociedad, a través de las generaciones.

La defensoría pública coadyuva de forma determinante en la consecución de estos altos objetivos. Toda persona tiene derecho a que se defienda su causa en los tribunales, con la mayor calidad técnica, aun cuando carezca de recursos económicos. De otra forma la garantía de imparcialidad de los justiciables se vería seriamente mermada, pues un juez debe escuchar serias argumentaciones de ambas partes. Así, si el Estado ofrece a la sociedad la procuración de justicia como una garantía contra la impunidad de los delitos, la defensoría asegura

² *El fin, pues, mayor y principal de los hombres que se unen en comunidades políticas y se ponen bajo el gobierno de ellas, es la preservación de su propiedad; para cuyo objeto faltan en el estado de naturaleza diversos requisitos.*

En primer lugar, falta una ley conocida, fija... En segundo lugar, falta en el estado de naturaleza un juez conocido e imparcial, con autoridad para determinar todas las diferencias según la ley establecida. LOCKE, JHON: *Ensayo Sobre el Gobierno Civil.* Capítulo IX. De los fines de la sociedad y gobiernos políticos.

a todo gobernado que no se privará de sus derechos a personas inocentes, en la búsqueda de orden. Así puede formularse la dicotomía: paz con justicia.

III. Los principios que rigen al Instituto Federal de Defensoría Pública

Todas las actividades del Poder Judicial de la Federación que se relacionan con la disposición de recursos públicos se llevan a cabo con transparencia y con apego a los principios de eficiencia, eficacia y honradez que consagra nuestra Constitución. A ello se suman las directrices propias de la defensoría pública: el profesionalismo, la probidad y la gratuitidad.

- El profesionalismo garantiza que la defensa en juicio no sea una actividad filantrópica y de buena gestión de cualquier persona. La defensoría pública es una actividad desempeñada por profesionales remunerados con recursos públicos; son abogados con título para ejercer.
- La probidad es la virtud del ejercicio ético, correcto y bien intencionado de estos abogados, para la defensa de quien es acusado de un ilícito. Es una exigencia legal de un comportamiento moralmente indispensable.
- La gratuitad en la defensa es una expresión de la garantía de igualdad. La disponibilidad de los recursos económicos no debe comprometer –bajo ningún supuesto– el acceso a una defensa profesional y ética.

La defensoría pública es dinámica y muy demandante en su capacitación. Es muy importante que la sociedad sepa que su defensoría pública se encuentra en constantes procesos de revisión y actualización.

Los recursos humanos y materiales que requiere la

defensoría deben gestionarse con responsabilidad, en beneficio de la sociedad, y siempre con la convicción de rendir cuentas de manera accesible y comprensible.

La calidad de los servicios que el Instituto Federal de Defensoría Pública presta a la población mexicana forma parte de las actividades que el Poder Judicial de la Federación asume plena y responsablemente, con el propósito permanente de asegurar la calidad en el acceso gratuito e igualitario a la justicia, en nuestro país.

IV. Los valores que inspiran el servicio civil de carrera en el Instituto Federal de Defensoría Pública

La voz de los individuos requiere necesariamente de un acompañamiento jurídico; de un consejero que asesore la forma de plantear las necesidades, pretensiones, argumentos y defensas, para que cada uno lleve ante los juzgadores los planteamientos que considera justos.

La defensa es parte de las valiosas garantías procesales sobre las que se erige la justicia de las sentencias. Es por ello que el Instituto Federal de Defensoría Pública es uno de los órganos auxiliares de la Justicia con mayor relevancia social. Sus abogados brindan asesoría y defensa gratuita a todo aquel que la solicita.

Todos ellos son cuidadosamente seleccionados; son permanentemente capacitados; están sujetos a una evaluación constante y a una disciplina institucional permanente, como lo exige un servicio profesional de carrera. A todo ello se suman dos estímulos de gran trascendencia en el Poder Judicial de la Federación:

- La medalla “Ponciano Arriaga”, que se entrega al defensor público más destacado en el año; y
- La medalla “Jacinto Pallares”, creada en el año 2009, que se entrega al Asesor Jurídico Federal más destacado, también en forma anual.

Con estos reconocimientos, hacemos una distinción pública a quienes han destacado en su función, tomando en consideración:

Las visitas de supervisión y las evaluaciones de desempeño; la antigüedad en el cargo; los aspectos relativos a la disciplina institucional y el grado académico y la actualización de cada uno de ellos.

En el Instituto Federal de Defensoría Pública se tiene plena conciencia de la importancia del bien que la sociedad deposita en los defensores: su libertad. ¿Quién podría expresarlo mejor que la voz del propio Don Jacinto Pallares?:

Los intereses y los derechos sujetos a la acción del Poder [Judicial] son los intereses y los derechos más graves del individuo, su propiedad, su honra, su vida misma....³

El visionario jurista que estableció el primer antecedente de la defensoría pública en México, Don Ponciano Arriaga expresó:

Algún día serán cumplidas las promesas y respetados los juramentos: algún día las ideas serán hechos y la Constitución será una verdad'.- ¿Ha llegado este día...? Los presentimientos del pueblo son una revelación providencial... El pueblo cree... El pueblo espera... Por el honor de la causa liberal, no burlemos su fe, no hagamos ilusoria su postrera esperanza.⁴

La firme convicción de Arriaga y de Pallares de dar vigencia a las garantías constitucionales es para este Instituto una verdadera fuente de inspiración.

³ Jacinto Pallares. Citado por CABRERA ACEVEDO, L.: *La Suprema Corte de Justicia....*, cit., pág. 79.

⁴ Discurso inaugural del Presidente del Congreso Constitucional Ponciano Arriaga, el 19 de febrero de 1856. Citado por RAMÍREZ ARRIAGA, M.: *Ponciano Arriaga:....*, cit., pp. 20-22.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, al entregar las medallas “Ponciano Arriaga” y “Jacinto Pallares”, reconoce un buen resultado de la selección, capacitación, disciplina y vigilancia del personal que está atento a las necesidades de la sociedad.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, los abogados, asesores y defensores públicos que lo integran, tienen en mente el principio de igualdad ante la ley y de equidad en las controversias, que es el fundamento mismo de la defensoría gratuita y pública que, en una última reflexión, es elemento fundamental para que la impartición de justicia logre resultados para todos los que se acercan a ella.

Estos estímulos invitan a mejorar cada día y a reconocer a todos los asesores y defensores públicos, como dignos aspirantes a tan emblemáticas preseas.

V. La responsabilidad de la defensoría pública en el sistema de justicia penal

El Derecho Penal es el inventario de las conductas a las que el Estado debe imponer un castigo; es también el instrumento que establece los procedimientos para que esa sanción sea legítimamente impuesta, y determina a la autoridad que tendrá la atribución de juzgar y de condenar a una persona.

Cada sociedad, en cada momento histórico, es responsable de sus propias definiciones, respecto de cada uno de esos aspectos.

En la construcción y operación del sistema de justicia penal, corresponden al Estado tres tareas fundamentales:

- Primero, debe legislar con sensibilidad, inteligencia y responsabilidad, para que el Derecho Penal sea acorde con las necesidades de su momento.

- Segundo, debe prevenir el crimen y perseguir a quien lo comete. En eso consiste la procuración de justicia.
- Tercero, debe imponer condenas justas, imparciales y objetivas. Esa es la impartición de justicia.

Como todo sistema, la justicia penal incorpora diferentes etapas que están a cargo de distintos órganos y autoridades. Las competencias y responsabilidades de cada uno se ejercen en un marco de autonomía, sin dejar de ser partes íntimamente vinculadas entre sí.

Por eso, el sistema de justicia penal impone retos a cada uno de los Poderes del Estado Mexicano:

- El Legislativo ha de allegarse de información pertinente, para mantener las normas a la altura de cada sociedad, producto de la deliberación representativa que lo caracteriza.
- El Ejecutivo ha de mantener fuerzas eficaces, para perseguir a quienes optan por el camino de la delincuencia; así como la infraestructura penitenciaria para asegurar la estricta –pero digna– compurgación de las penas.
- También debe buscar los medios y las alternativas para que las personas prefieran la vida recta y apegada al Derecho.
- Al Poder Judicial le corresponde aplicar las normas penales, en cada caso concreto y sin distingos.

En las sentencias, el juzgador tiene la obligación constitucional de condenar a aquel cuya culpabilidad ha sido probada indubitablemente, siguiendo con escrúpulo el procedimiento que ha determinado el legislador.

El juez también debe absolver a quienes han sido acusados y llevados a juicio, cuando su responsabilidad no esté acreditada, de acuerdo con las exigencias de la ley.

En otras palabras, al Poder Judicial le toca imponer la pena que corresponda a cada delincuente, pero sujetando su potestad al procedimiento señalado por la ley.

En esa medida, el procedimiento forma parte de las garantías más valiosas de todos los gobernados y constituye una sensible condición de efectividad para el Derecho Penal.

A la justicia constitucional –por su parte– le corresponde la tarea de vigilar que las leyes, las acciones persecutorias y las sentencias, se apeguen invariablemente a los principios consagrados en nuestra Constitución.

La supremacía constitucional está encomendada a 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 amparo en todo el país.

Sin embargo, esta alta tarea no es posible sin la participación de otros actores en los procesos judiciales. La Justicia Constitucional no puede garantizar la vigencia de la Carta Magna en materia penal, si no se llevan ante ella los casos y los litigios que le permitan pronunciarse. Por eso la defensoría pública cumple un papel fundamental también en la vigencia del orden constitucional.

VI. El Instituto Federal de Defensoría Pública a doscientos años del surgimiento de México

El Instituto Federal de Defensoría Pública es un órgano clave para el Estado mexicano porque garantiza prerrogativas de tan elevada jerarquía, como el derecho a una defensa adecuada.

Los derechos fundamentales deben respetarse y defenderse de manera eficiente y eficaz.

En ese sentido son notables algunos de los datos que

el Magistrado Alejandro Roldán Velázquez dio a conocer en su Informe Anual de Labores en el año 2010:

- El índice general de efectividad durante el año fue superior al 50%.⁵
- Se asumió la defensa de 2,191 indígenas en todo el territorio nacional.
- En el periodo que se informa, aproximadamente el 80% de las causas penales federales estuvo a cargo de un defensor público.

Este último dato provoca una interesante reflexión: la absoluta mayoría de las personas que enfrentan un proceso penal en el ámbito federal se encuentran en una situación que requiere de la intervención de la defensoría pública.

Así se entiende que el Instituto Federal de Defensoría Pública se encuentra al servicio de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad.

Este órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal se consolidó bajo la dirección del hoy Consejero César Esquinca Muñoa y cuenta con 754 defensores públicos que actúan en 180 ciudades a lo largo de todo el territorio nacional y con 143 asesores jurídicos.

VII. El papel del Instituto Federal de Defensoría Pública en la vigencia del artículo 2º constitucional

El Instituto Federal de Defensoría Pública ofrece un servicio de calidad, lo que se puede evaluar desde un punto de vista cuantitativo y también desde uno cualitativo.

En mayo de 2009, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió un amparo a una indígena tzotzil, tras haber sido privada de su

⁵ Exactamente el 53.89%. Este porcentaje se obtiene del número de resoluciones favorables, en comparación con las desfavorables.

libertad por una interpretación inadecuada del artículo 2º constitucional, que violó su derecho como indígena a contar con un defensor que conociera su cultura y su lengua, así como por el incumplimiento del plazo constitucional para ser juzgada, previsto en el artículo 20 constitucional.⁶

La defensa de este caso paradigmático corrió a cargo de un defensor público de este Instituto.

El asunto resulta especialmente trascendente, pues la teoría clásica ha asumido que una violación procesal –en el caso la ausencia de un defensor público que conozca la lengua y cultura del acusado– no tiene como consecuencia la libertad de la persona sujeta a proceso, sino únicamente la reposición del procedimiento.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha establecido que el incumplimiento en el plazo constitucional para juzgar a una persona no puede considerarse una violación constitucional que amerite la libertad de un sujeto, pues la mayoría de las ocasiones el procedimiento se alarga debido a que el propio imputado impugna reiteradamente el proceso que se le sigue.

Sin embargo, el asunto resuelto por la Primera Sala poseía una particularidad especial: el plazo para juzgar a la acusada se había violentado debido a la incapacidad del Estado de garantizarle un defensor público que conociera su lengua y su cultura –no por una conducta atribuible a ella misma–. Así, después de haber pasado por la reposición del procedimiento y de encontrarse ante la imposibilidad de reanudarlo a causa de la ausencia de una defensa adecuada, dicha persona obtuvo su libertad.

Ante este tipo de asuntos, cobra mayor relevancia un dato particularmente interesante de nuestro Instituto

⁶ Amparo en revisión 619/2008. Ponente: Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas.

Federal de Defensoría Pública: ya es capaz de defender gratuitamente a los hablantes de 20 lenguas indígenas, a través de defensores públicos bilingües.

VIII. ¿Hacia dónde va la defensoría pública en el marco de la reforma al sistema penal?

El 18 de junio de 2008, se publicó la reforma constitucional en materia penal, que estableció un plazo de 8 años para la implementación de un nuevo sistema penal acusatorio y oral.

En dicha reforma se estableció la obligación de garantizar un servicio de defensoría pública de calidad para la población, y asegurar las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores.⁷

El Instituto Federal de Defensoría Pública tiene un gran avance en esta materia y posee un cúmulo de conocimientos, experiencias y datos que aportar, para la implementación de dicha reforma.

Cuenta con procedimientos de selección e ingreso, de ascenso, de capacitación, de estímulo y de sanción que son públicos y verificables.

Una parte indispensable de un sistema de justicia penal moderno es una defensoría pública contundente y eficaz.

El Poder Judicial de la Federación ratifica todos los días su convicción por la Justicia. Por eso dedicamos la agenda de este año, al fortalecimiento del acceso a la justicia.

El Instituto Federal de Defensoría Pública es también una vía, de las más importantes, para acceder a la justicia y para dotar de legitimidad al entramado institucional de nuestro país.

⁷ Artículo 17 constitucional reformado.

El artículo 20 constitucional, conforme a la reforma constitucional en materia penal, publicada el 18 de junio de 2008 expresa que:

[...] Toda persona imputada: [...]

Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera [...].⁸

La defensa en materia penal forma parte de las garantías constitucionales que deben ser salvaguardadas por el Poder Judicial de la Federación.

El Instituto Federal de Defensoría Pública es la institución dedicada a asegurar que los sectores más vulnerables de la sociedad tengan acceso a la justicia en forma gratuita e igualitaria. Sin duda alguna será un modelo capaz de replicarse en las entidades federativas que conforman la República Mexicana.

IX. El Instituto Federal de Defensoría Pública como instrumento para un acceso equitativo a la Justicia

En el año 1847 el estado de San Luis Potosí emitió una Ley de Procuraduría de Pobres, que en uno de sus artículos decía:

Será obligación de los procuradores de pobres, ocuparse de la defensa de las personas desvalidas, pidiendo pronta e inmediata reparación sobre

⁸ Artículo 20, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

cualquier exceso, agravio, vejación, maltratamiento o tropelía que contra aquéllas se cometieren.⁹

El propósito de esta ley era regular una figura jurídica propuesta por Don Ponciano Arriaga Leija, para la defensa de los derechos de las personas de escasos recursos: la Procuraduría de Pobres.

A más de siglo y medio de distancia, el 24 de abril de 2008, durante el Congreso sobre los Retos y Perspectivas del Sistema de Justicia Penal en México, el Magistrado César Esquinca Muñoa definió a la defensoría pública como un servicio que se presta: [...] para lograr equilibrios entre quienes todo lo tienen y quienes de todo carecen, haciendo real el acceso a la justicia de los más necesitados.¹⁰

La defensoría pública permite que todas las personas que lo requieran cuenten con orientación, asesoría y representación jurídica, para la defensa oportuna de sus derechos.

La misión de proporcionar una defensa adecuada en juicio (sobre todo en la materia penal, que es de tanto interés para la sociedad), requiere de esfuerzos y de recursos materiales y humanos que hagan de la defensoría pública una institución cada vez más efectiva.

Cuando Don Ponciano Arriaga presentó al Congreso de San Luis Potosí la propuesta de ley¹¹ antes mencionada se preguntaba:

[...] ¿A quién incumbe la protección, el amparo, la defensa de esta clase a que me refiero? ¿Qué hace, pues, la sociedad, a favor de los pobres? ¿Cómo protege sus derechos?

⁹ Artículo 2º de la *Ley de Procuraduría de Pobres*. Publicada el 11 de marzo de 1847 en el Periódico Oficial del estado de San Luis Potosí.

¹⁰ Conferencia dictada durante el Congreso *El sistema de justicia penal en México: Retos y Perspectivas*.

¹¹ TORRE RANGEL, J. A. DE LA: *La Influencia de Ponciano Arriaga...*, cit.

Estas preguntas que se formulaba Ponciano Arriaga encuentran, el día de hoy, una respuesta distinta a la de hace 160 años.

La aprobación del Constituyente Permanente a la reforma constitucional en materia penal impone retos y desafíos para los tres Poderes de la Unión y para los poderes de los estados. En su nueva redacción, la Constitución impone la obligación de proporcionar una defensoría pública de calidad, y de asegurar las condiciones más adecuadas para que los defensores públicos cuenten con mecanismos que garanticen el buen desempeño de sus funciones.

El reto no es menor: la reforma penal plantea nuevos escenarios para la función jurisdiccional y para todos aquellos que participan de alguna forma en los procesos penales federales.

En la transición hacia el nuevo sistema de justicia penal en México, los asesores jurídicos y los defensores públicos federales deben mantener los estándares que los caracterizan, para que su función siga siendo un coadyuvante directo en la construcción de nuestro Estado, en el que todas las personas cuenten con una efectiva defensa en juicio.

La sociedad mexicana cuenta con el Instituto Federal de Defensoría Pública y con el Poder Judicial de la Federación, para hacer frente a este reto.

Conclusiones

El Poder Judicial de la Federación tiene la encomienda de garantizar que los derechos de todos los mexicanos –derechos que heredamos de la Independencia y de la Revolución– sean exigibles a través de las vías legales, pacíficas y civilizadas que ofrece la justicia mexicana. Ésa es nuestra mayor aportación a las conmemoraciones

patrias; por eso decidimos llamar al 2010, el *Año del Acceso a la Justicia*.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, que actúa en 180 ciudades a lo largo de todo el territorio nacional, que cuenta con defensores públicos bilingües que atienden gratuitamente a más de dos mil indígenas al año, con su índice general de efectividad superior al cincuenta por ciento¹², y como la institución a cargo de la absoluta mayoría de las causas penales federales, es sin duda una de las vías más importantes para el acceso a la justicia en México.

Por ello el trabajo de excelencia que ofrece a la sociedad es una tarea de Estado.

Constituye una responsabilidad que complementa armónicamente el sistema de impartición de justicia y significa para la población la tranquilidad de que toda persona –sin importar sus condiciones económicas o barreras lingüísticas– tiene derecho a una defensa profesional y a la asesoría legal pertinente para hacer valer sus garantías constitucionales.

Bibliografía

- CABRERA ACEVEDO, LUCIO: *La Suprema Corte de Justicia a fines del siglo XIX, 1888-1990*.
- RAMÍREZ ARRIAGA, MANUEL: *Ponciano Arriaga. El desconocido*. México, Comisión Nacional Editorial, 1976.
- ROLDÁN VELÁZQUEZ, ALEJANDRO: *Informe Anual de Labores del Instituto Federal de Defensoría Pública 2009-2010*.

¹² Averiguación previa 59.09%; Primera instancia 35.79%; Segunda instancia 82.45%; El índice general de efectividad fue del 53.89%. Véase ROLDÁN VELÁZQUEZ, A.: *Informe Anual de labores...*, cit.

- TORRE RANGEL, JESÚS ANTONIO DE LA: *La influencia de Ponciano Arriaga en el liberalismo jurídico de Aguascalientes*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

El federalismo desde la perspectiva judicial

*Eréndira Salgado Ledesma**

RESUMEN: La principal *cruzada* del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación se dio en torno a la defensa del federalismo; en este tema emergen y confluyen indefectiblemente sus ideas.

Durante su trayectoria sostuvo que la interpretación del alto tribunal en el conocimiento del amparo en una primera etapa, y posteriormente de la controversia constitucional, ha traído como resultado la imposibilidad de *estructurar un sistema de justicia real y efectivamente federal*, pues mediante criterios interpretativos expansivos que tal vez reflejan un *espíritu liberal, progresista y garantista* ha extendido su competencia en detrimento de las atribuciones de otras potestades públicas y niveles de gobierno. En esta tesitura, sus resoluciones ocasionalmente han sido cuestionadas. Incluso, un grupo minoritario de ministros ha expresado los riesgos que su activismo puede propiciar: una involución de su potestad. Otros, por el contrario, sostienen que le brinda mayor legitimidad. No obstante, si se analizan a detalle los términos de la reforma constitucional que dio origen a la presente época, no puede perderse de vista que el Constituyente tuvo el

* Miembro del Sistema de Investigadores de la Universidad Anáhuac Norte México.

propósito de orientar su actuación con miras a construir un tribunal constitucional situado en la cúspide del sistema de justicia, que ubicara a las potestades públicas dentro del límite preciso de las atribuciones fijadas en la carta federal, no que las desplazara. Como el ministro expresara: *Este debate apenas comienza*. Seguramente será tema de discusión permanente.

SUMARIO: Introducción. I. La Federación. II. Elementos del Estado federal. III. Complejidad de órdenes jurídicos. IV. Esclarecimiento de conflictos. V. Tribunal constitucional. VI. Controversia. VII. Garantías constitucionales. VIII. Colofón. Bibliografía.

Introducción

En algunas ocasiones tuve el privilegio de unirme a un grupo que periódicamente se reunía en un restaurante de comida española ubicado en la calle 16 de Septiembre del Centro Histórico. Subrayo la excepcionalidad de la invitación por no tener la jerarquía de los comensales habituales; dos ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: don Guillermo Guzmán Orozco y don José de Jesús Gudiño Pelayo, el doctor Lucio Cabrera, historiador del alto tribunal, a quien me unieron múltiples afinidades académicas, y el magistrado Neófito López Ramos, quien fuera uno de mis maestros en la Especialidad Judicial y tiempo después amigo entrañable. Tres de ellos ya no están con nosotros; pero su pensamiento seguramente trascenderá a su época. En esta ocasión mis líneas se referirán al ministro Gudiño Pelayo.

Dos cualidades me sirven para ilustrar su talante: un hombre sencillo de pensamiento liberal. No puedo

dejar de recordarlo sino como una persona de palabra, respetuosa, honrada (*El mío Cid*), quien tuvo la suficiente fuerza y virtud para conservar de por vida estos títulos, los más valorados de todos.¹ Se mantuvo incombustiblemente afirmado en sus principios y se atrevió a decir lo que pensaba; ello resume a un **hombre honrado**.² El motivo central de este breve ensayo estriba en patentizar la congruencia que él mostró siempre entre su quehacer e ideas, su defensa del federalismo y el desánimo por su partida.

I. La Federación

La carta federal de 1824 fue inspirada en los ideales plasmados en la Constitución de Estados Unidos de América de 1787, pese a que los caminos empleados para unirse en una federación en uno y otro lado de la frontera fueron diversos.³ Así, el 31 de enero de 1824, el soberano Congreso Constituyente mexicano decretó el *Acta Constitutiva de la Federación*,⁴ en cuyo artículo 5º adoptó para su gobierno la forma de República representativa popular federal. Octavio Paz⁵ asevera que los liberales tomaron el modelo de Estados Unidos, pues creyeron que la prosperidad de aquella nación se debía a las instituciones republicanas. Otros autores especializados en la materia afirman que era el régimen que más le convenía a la naciente República y nada la debilitaba; por el contrario, evitaría la disgregación.⁶ La

¹ Washington, J. Los títulos más envidiables de todos, refería el presidente estadounidense. Disponible en: <http://club.telepolis.com/manuelp1/pensamientos.htm>.

² Pensamiento de San Agustín.

³ Cfr. FIX ZAMUDIO, H. Y VALENCIA CARMONA, S.: *Derecho...cit.*, p. 995.

⁴ Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/>.

⁵ Cfr. PAZ, O.: *El laberinto... cit.*, p. 112.

⁶ FIX ZAMUDIO, H. Y VALENCIA CARMONA, S.: *op.cit.*, p. 995.

aseveración se constataría al abandonarse el sistema federal en dos momentos de la historia patria; con la pérdida de parte del territorio y la separación temporal del estado de Yucatán.

República federal o centralista; liberales o conservadores, dos tendencias que permanentemente enfrentaron a nuestro país a lo largo del tiempo. Dos visiones de una misma nación independiente. Cada una expresó lo que los hombres de su tiempo tuvieron en mente;⁷ reflejo de su respectivos ideales y valores que derivaron en movimientos armados y luchas sociales.

La nación mexicana fue el proyecto de una minoría que desde la *Reforma* impuso su esquema al resto de la población, en contra de otra minoría activamente tradicional,⁸ y ello, continuamente, ha provocado confrontaciones, si bien éstas ya no se dan en el terreno de las armas, sino de la política, pues, como suele ocurrir: *Más que cambiarse el orden de las cosas se privilegiaron nuevas leyes para cambiar la realidad.*⁹

II. Elementos del Estado federal

El Estado federal se puede caracterizar por la existencia de órganos de poder federales y órganos de poder locales; una distribución de competencias entre los respectivos órganos, y la existencia de alguna forma de representación de las entidades locales en el Gobierno Federal y de participación en la formación de la voluntad general.¹⁰ Sus elementos más representativos son: a) La autonomía (soberanía) de las respectivas entidades que lo integran en las decisiones que les conciernen y b) La aptitud de todas

⁷ Cfr. Hernández Ramírez, C.: “Tras las puertas cerradas”, cit., p. XVII.

⁸ Cfr. PAZ, O.: *op. cit.*, p. 115.

⁹ *Ibidem.* p. 112.

¹⁰ SERNA DE LA GARZA, J. M.: *El sistema...*, cit., p. 4.

ellas de participar en cualquier determinación que incida en el pacto o unión federal. La primera implica la potestad de cada parte de la Federación para autoregularse con libertad: dictar sus propias leyes, salvo los términos expresamente fijados en la Constitución federal (artículo 41). La segunda conlleva la aptitud de participar en cualquier decisión que implique modificar las condiciones del pacto federal estipuladas por el Constituyente (artículos 73, fracción III, y 135).¹¹ En síntesis: la coexistencia de dos órdenes de gobierno con competencias exclusivas, pero con atribuciones que se complementan en la búsqueda de una finalidad común.

Según ideas del ministro Cossío Díaz¹² el Estado federal implica un orden válido en la totalidad del territorio (artículos 42 y 43) y una pluralidad de órdenes válidos en cada una de las partes integrantes de la Federación: entidades federativas y Distrito Federal (arts. 42, 44 y 47). Ulises Schmill¹³ adiciona un orden normativo: el orden constitucional. La Constitución del Estado federal lo es simultáneamente del orden subordinado de la Federación, válida sobre la totalidad del territorio, y, además, norma o complejo normativo que da las bases de las Constituciones de las entidades federativas.¹⁴ Estas ideas las retoma de Hans Kelsen, quien sostuvo que el orden jurídico de un Estado federal se compone de normas centrales válidas para todo el territorio y normas locales válidas sólo en partes del territorio. Dos órdenes parciales que son articulados por un orden jurídico superior: el Estado federal total.¹⁵ En otras palabras, un conjunto normativo

¹¹ *Ibidem.*, p. 112.

¹² Cossío Díaz, J. R.: *La controversia...*, cit., p. 3.

¹³ *Ídem.*

¹⁴ Cfr. SCHMILL, U.: “Fundamentos teóricos...”, cit., p. 5.

¹⁵ KELSEN, H.: *Teoría general...*, cit., pp. 376-377.

que vale sobre todo el territorio y diversos órdenes locales que valen sobre partes del mismo.¹⁶ Un grupo de estados que se pliegan al interés supremo de la Nación de la que forman parte sin perder su propia soberanía.¹⁷ En fin, un Estado que se superpone a las entidades que lo conforman, pero que mantiene el equilibrio de poder y la armonía entre sus diversos componentes, además de velar por los intereses generales de la Federación.

Para tal fin, los conflictos provenientes de una composición nacional diversa son regulados y canalizados, previéndose diversas vías para su solución pacífica a fin de no afectar la supervivencia del ente.¹⁸ Las vías más utilizadas son la política y la jurisdiccional. La aptitud para el conocimiento y resolución de conflictos de índole política suscitados entre entidades federativas se confirió al Senado de la República desde la reforma constitucional del 13 de noviembre de 1874, por ser representante del pacto federal:¹⁹ el árbitro no podía ser otro, más que la Federación.²⁰ La verificación de la conformidad entre las decisiones de quienes ejercen el poder político y las disposiciones de la Constitución del Estado, con propósito de anular aquéllas que no se ajusten a lo establecido en ella, se le atribuyeron a la Suprema Corte. Ésta destaca por su importancia para garantizar el denominado Estado Constitucional de Derecho, donde el poder público se legitima al ejercerse de manera limitada y normada por la ley.

¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹⁷ CALZADA PADRÓN, F.: *Derecho constitucional*, cit., p. 207.

¹⁸ Cfr. SERNA DE LA GARZA, J. M.: *El sistema...*, cit., p. 7.

¹⁹ RIVA PALACIO LÓPEZ, A. et. al.: *El Senado mexicano...*, cit., p. 87.

²⁰ *Diario de los debates...*, Historia parlamentaria de la Cámara de Senadores del Congreso Constituyente de octubre de 1873, 8º Congreso Constitucional de la Unión, Imprenta del Gobierno Federal, México, 1882., p. 615.

III. Complejidad de órdenes jurídicos

Dada la complejidad tanto de los órdenes jurídicos coexistentes como de la forma en que se integran los distintos órganos federales, locales y municipales, en ocasiones, se propician dificultades para identificar atribuciones y competencias de manera precisa; los órganos tienen la pretensión exclusiva de validez de la norma creada por ellos o reclaman la atribución de crearla; según el órgano, se dan diversas interpretaciones de la creación normativa; las normas de cada uno de los órdenes obligan, facultan o prohíben a sus titulares realizar cierta conducta; dos órganos de forma simultánea pretenden contar con cierta atribución; el órgano ejerce su competencia de manera deficiente o incompleta y otros órganos no asumen la responsabilidad del ejercicio de determinada atribución. A todo ello debemos sumar la yuxtaposición²¹ frecuente en esta etapa democrática.

A manera de ejemplo, dos órganos estiman que les corresponde ejercer una atribución: establecer el horario de verano, cuestión que enfrentó al Ejecutivo Federal con el Jefe de Gobierno del Distrito Federal en la controversia 8/2001, en la cual se resolvió que ninguno de los dos contaba con facultades para legislar o expedir decretos que determinaran el huso horario, ni en el Distrito Federal, objeto de la disputa, ni en ningún otro lugar,²² pese a que desde 1932 el Ejecutivo Federal regulara tal

²¹ El vocablo se utiliza para exemplificar cuándo una unidad territorial (Estado o municipio) es gobernada por un partido político diferente del que administra la unidad territorial más grande (Federación o Estado), REMES, A., DE: “Elecciones yuxtapuestas a nivel municipal. La cohabitación silenciosa”, disponible en: http://luis.rionda.net/wiki/images/f/fb/11_-Alain_de_Remes.pdf.

²² Ejecutorias de Pleno, 1 de septiembre de 2001 (Sentencia ejecutoria de Pleno, controversia constitucional 8/2001).

medida de tiempo a través de diversos decretos (actuación *ultra vires* que ejerciera sin control alguno) cuando la misma resulta atribución del Congreso federal, según estipula el artículo 73, fracción XVIII, de la Constitución general. En otros casos, los sujetos legitimados exigen el cumplimiento de las atribuciones fijadas en la norma y como respuesta reciben el silencio del órgano competente; ello lo ilustra la controversia constitucional 83/2007, interpuesta por el municipio de Otzolotepec en contra del Poder Legislativo, ambos del Estado de México, por cuestión de límites territoriales, debido a que, por años, el cuerpo parlamentario no atendió la petición formal que solicitaba su intervención para solucionar legalmente el conflicto entre ambos municipios como ordena el artículo 61 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México:²³

Artículo 61. Son facultades y obligaciones de la Legislatura: XXV. Fijar los límites de los municipios del estado y resolver las diferencias que en esta materia se produzcan.²⁴

Con el ánimo de resolver estos y otros cuestionamientos similares, se propició el ensanchamiento del ámbito protector de las controversias constitucionales y la Corte se atribuyó facultades metaconstitucionales, ambas cuestiones objetadas por el ministro Gudiño.²⁵

IV. Esclarecimiento de conflictos

La lucha entre las esferas de poder se ha convertido en un debate constante que se desarrolla en la arena

²³ Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/primerasala/listanotificacion1asala/>.

²⁴ Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/>.

²⁵ Otro caso en que se estableció una postura análoga involucra a otro ministro y sus declaraciones en torno a la controversia que, por el

del Alto Tribunal: David y Goliat suelen confrontarse en una contienda persistente y desigual. David creía que Dios lo iba a ayudar.²⁶ La sociedad espera que el Máximo Tribunal ubique a cada órgano del Estado en su contexto jurídico. En este escenario, mediante tesis jurisprudencial, la Corte sostendría que en el Estado mexicano coexisten cuatro órdenes jurídicos: federal, local o estatal, del Distrito Federal y el constitucional.²⁷ Escasos cinco años después adicionaría otro orden; el municipal y sostendría la coexistencia de cinco órdenes jurídicos válidos: 1) el federal, 2) el local o estatal, 3) el municipal, 4) el del Distrito Federal y 5) el constitucional, y que a ella le corresponde definir, como tribunal constitucional *la esfera competencial de tales órdenes jurídicos* y, en su caso, su salvaguarda.²⁸ Llama la atención que el ministro Gudiño estuviera ausente en la sesión en la que el tribunal se atribuyó la potestad primeramente señalada; en la segunda su participación resulta incuestionable. La Corte no define ninguna esfera competencial, esa es potestad del Constituyente; sólo le corresponde restaurar la regularidad constitucional violada por el órgano que no se ajusta a su ámbito preciso de atribuciones, bien por acción u omisión.

Presupuesto de Egresos, enfrentó al Presidente de la República con la Cámara de Diputados, resuelta a favor de aquél, quien afirmó: *La Corte incurrió en la aprobación de una reforma jurisdiccional de la Constitución [...] los ministros legislaron, cuando esa es una atribución exclusiva del Poder Legislativo.* Góngora, G. *La Corte convirtió a la Cámara de Diputados en una oficina de trámite*, en *La Jornada*, 6 de febrero de 2006.

²⁶ Antiguo Testamento (1 Samuel 17:1.50).

²⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, 9 de septiembre de 1999, controversia constitucional 31/97, Ayuntamiento de Temixco, Morelos, p. 709. El ministro Gudiño elaboró voto en contra.

²⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, octubre de 2005, controversia constitucional 14/2001, tesis 136/2005, 11 de octubre de 2005, p. 2062.

Se asevera que el federalismo, como dogma político constitucional, ha trasmutado hacia una declaración figurada que, en ocasiones y sólo con apoyo en la interpretación de la Suprema Corte, puede restaurar su esencia original: un pacto entre iguales. Tiempo atrás esa inquietud había sido expresada por Carranza en el discurso inaugural de los trabajos del Constituyente de 1916, cuando afirma lo vano de las promesas de la Constitución de 1857 relativas a la soberanía de las entidades federativas y el principio que pretendía asegurarles la forma republicana, representativa y popular:

*La historia del país demuestra que, por regla general y salvo raras ocasiones, esa soberanía no ha sido más que nominal, porque ha sido el Poder central el que siempre ha impuesto su voluntad, limitándose las autoridades de cada estado a ser los instrumentos ejecutores de las órdenes emanadas de aquél.*²⁹

Líneas después aseveraba que a la sombra de este principio: *Los poderes del Centro se han injerido en la administración interior de un estado cuando sus gobernantes no han sido dóciles a las órdenes de aquéllos.*³⁰ Y la solución idónea sería fortalecer al Poder Ejecutivo; restaurarle su prestigio para que no quede más a merced del Poder Legislativo, el que no podrá tampoco invadir fácilmente sus atribuciones.³¹ Como consecuencia, se substituyó el predominio del Legislativo por el del Ejecutivo federal. Éste mantendría su hegemonía durante décadas en las que se construyó el México moderno.

²⁹ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, tomo I, núm. 12, México, 1 de diciembre de 1916. Disponible en: <http://memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1916DCC.pdf>.

³⁰ *Ídem.*

³¹ *Ídem.*

Enrique Sánchez Bringas,³² al explicarnos el federalismo, destaca el crecimiento desmedido que en alguna época tuvo el poder presidencial en perjuicio de las otras instancias formales de la potestad pública y los agravios que ello ocasionó; el centralismo impactaría en los ámbitos económico, político, social e incluso en el jurídico. Da cuenta de ello el crecimiento del número de salas y de ministros del Supremo Tribunal a lo largo del siglo XX, para dar cabida a políticos en desgracia.

Con la pérdida del control en la Cámara en las elecciones de 1987, la fuerza del Ejecutivo decreció, incluso se afirmaría que perdió la elección. Los actores políticos intercambiaron sus papeles: hubo un reacomodo de poderíos, pero ello no repercutió en la mejora en las relaciones entre el poder central y las entidades federativas. Si bien, poco después, con apoyo en el importante papel de tribunal constitucional a cargo de la Suprema Corte, mejorarían los equilibrios existentes entre las potestades públicas, el ejercicio de su encomienda ocasionalmente violentaría las atribuciones de las entidades federativas mediante la controversia constitucional, a decir del ministro Gudiño Pelayo, ello le restaría fortaleza al pacto federal.

V. Tribunal constitucional

Ulises Schmitt³³ sostiene que en virtud del contrato federal la Constitución federal engloba el convenio de los estados al decidir integrarse en una confederación; en él, con frecuencia, suele instituirse una instancia para zanjar los litigios surgidos entre sus miembros y para resolver las cuestiones que pudieran comprometer la paz, la

³² Cfr. SÁNCHEZ BRIGAS, E.: *Derecho constitucional*, cit., p. 340.

³³ Cfr. SCHMITT, C.: *op. cit.*, pp. 102 a 110.

seguridad o la homogeneidad de aquélla; si con el tiempo desaparece el fundamento contractual y la organización sólo descansa en la decisión política, puede establecerse un tribunal federal de justicia constitucional que resolverá pacíficamente los diferendos.

En el caso de México, como se expresara en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional presentada ante la Cámara de Senadores el 5 de diciembre de 1994, la voluntad popular depositó en la Suprema Corte la atribución fundamental de mantener el equilibrio entre los Poderes de la Unión y velar por la unión de la República.³⁴ La iniciativa tuvo como propósito ampliar su régimen competencial y organización así como sus facultades para el conocimiento de las controversias entre la Federación, los estados y los municipios; entre el Ejecutivo federal y el Congreso de la Unión; entre los poderes de las entidades federativas o entre órganos de gobierno del Distrito Federal, al ampliarse la legitimación para su promoción; atribuirle el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad que posibilitan declarar la inconstitucionalidad de leyes y tratados con efectos generales y fortalecer al Poder Judicial de la Federación para que la función judicial se ejerza con autonomía e independencia, como lo exige el artículo 17 de la Constitución federal y lo refrendan los artículos 8º y 25 del *Pacto de San José*.

Se sostuvo que la reforma: *Se inscribe en la larga tradición nacional que ha buscado subordinar la totalidad de los actos del poder público a la Constitución y a las leyes.*³⁵

³⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1994.

³⁵ *Ídem*.

VI. Controversia

La finalidad de la controversia constitucional es lograr que se invaliden normas generales o actos concretos que no se ajusten a lo dispuesto en la Constitución General de la República a fin de salvaguardar el ámbito de atribuciones tanto de la Federación como de los estados y los municipios (órganos originarios del Estado en general). Lo que se discute es si alguno de ellos invade y afecta la competencia de otro contraviniendo con ello la Constitución General de la República:

*Las controversias son un medio eficaz para que diversos órganos estatales estén en aptitud de defender su esfera competencial frente a los órganos del mismo o de distinto orden normativo.*³⁶

Pero, si desde la perspectiva del órgano encargado de su sustanciación (la Corte) tienen como objetivo resolver tanto conflictos de constitucionalidad como de legalidad surgidos de las distribuciones competenciales llevadas a cabo a través del sistema federal o del principio de división de poderes,³⁷ ello implica qué vía interpretativa ha ampliado su ámbito de ejercicio. En palabras del ministro Gudiño Pelayo ello es así, pues las controversias persiguen fundamentalmente la defensa del sistema federal,³⁸ no su obstrucción.

Sobre el tema, en su voto particular, el ministro aseveró que ni el artículo 105 de la Constitución federal ni el diverso 115 de la misma le permiten a la Corte, en controversia, realizar el examen de legalidad de los actos

³⁶ Cossío DÍAZ, J. R.: *La controversia...*, cit., p. 8.

³⁷ Cfr. *Ídem*.

³⁸ Voto particular que formula en la controversia constitucional promovida por el ayuntamiento de Valle de Bravo, Estado de México *versus* la Legislatura estatal. (Jurisprudencia P./J. 32/97, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo V, abril de 1997, p. 134).

de un procedimiento realizado por una Legislatura local, regulado en su propia Constitución, que sólo incide en el ámbito interno del estado o entidad, pues con ello vulnera la autonomía que el artículo 40 de la carta federal le reconoce a este último, como es el caso de suspender o revocar el mandato de alguno de los miembros de un ayuntamiento por cualquiera de las causas graves que la ley previene. Pese a ello, la Corte se arrogó no sólo esta facultad, sino hasta la de calificar la gravedad de la hipótesis consignada en los documentos legales que rigen la vida de la entidad respectiva.

Este tema volvería a tocarse en la controversia constitucional 1/2007 promovida por el municipio Lázaro Cárdenas, en Michoacán, en contra del Poder Legislativo y otras autoridades de dicha entidad con motivo de la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad del procedimiento de desaparición del ayuntamiento previsto en la *Ley Orgánica y de Procedimientos del Congreso de Michoacán de Ocampo*, en la cual el Pleno estimó que su artículo 174 debía considerarse inválido, al no especificar cuáles son las *causas graves* que permiten a una Legislatura local iniciar procedimientos que lleven a la desaparición y suspensión de ayuntamientos o a la suspensión o revocación de sus miembros:

Artículo 174. Es facultad del Congreso por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes, suspender ayuntamientos o consejos municipales en su caso, declarar que éstos han desaparecido y suspender o revocar el mandato a alguno de sus miembros, de conformidad con la Ley.

Puede apreciarse cómo la norma es omisa en establecer las causas que pueden sustentar los procedimientos que tienen como finalidad decretar la desaparición y suspensión de ayuntamientos o la suspensión o

revocación de sus miembros. Pero justo en el caso de la controversia que resolvió la revocación del mandato del Presidente Municipal de Valle de Bravo, la *Ley Orgánica Municipal* de la entidad sí relaciona las causas graves que pueden motivar la actuación de la Legislatura; entre ellas, a manera de ejemplo, cito las siguientes (artículos 44, 45 y 46):

- Retener o invertir los recursos públicos para fines distintos a los autorizados.
- No integrar los consejos de participación ciudadana municipal o convocar a la elección de las autoridades auxiliares.
- Realizar actos no permitidos o sin las formalidades de la ley que afecten sustancialmente el orden público, la tranquilidad y la paz social de los habitantes del municipio o que afecte el patrimonio del mismo o la prestación de servicios públicos.
- La existencia de conflictos entre los miembros de un ayuntamiento que hagan imposible el cumplimiento de sus fines o el ejercicio de sus competencias y atribuciones.
- Propiciar entre los miembros del ayuntamiento conflictos que obstaculicen el cumplimiento de sus fines o el ejercicio de sus respectivas competencias.
- Utilizar su autoridad o influencia oficial para hacer que los votos en las elecciones recaigan en determinada persona o personas.
- Ordenar la privación de la libertad de las personas fuera de los casos previstos por la ley.

Luego, si la Legislatura, en uso de facultades soberanas, determinó que la conducta del municipio se encontraba ubicada en alguna de las hipótesis relacionadas y revocó su mandato por faltas graves a la Constitución

local, la Corte carecía de atribuciones para reinstalarlo en el cargo, *so* pretexto de que en el procedimiento se dieron violaciones de legalidad y fueron analizados conceptos de invalidez que no guardaban relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución federal; surge así la denominada *controversia de legalidad*.³⁹

Un ejemplo quedó expresado en la tesis de jurisprudencia 23/97 que contiene el razonamiento que justifica la procedencia de la controversia en el examen de violaciones indirectas de naturaleza formal, a la luz de lo estatuido por el artículo 16 de la Constitución federal; de lo contrario:

*Se podría estar reconociendo y autorizando implícitamente la comisión de infracciones a la norma suprema, violaciones que no serían susceptibles de purgarse con posterioridad.*⁴⁰

Otro prototipo se encuentra en la controversia constitucional 31/97 (caso Temixco) en la cual se sostuvo que la controversia tiene como finalidad el control de la regularidad constitucional y de manera relevante el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los entes u órganos de poder. La tesis de jurisprudencia P./J. 101/99 sostiene que los mecanismos de control constitucional que previene la carta federal deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pueda dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano: el tribunal pleno reconoció que todo concepto de invalidez con base en el bienestar de la

³⁹ Véase controversia constitucional 31/97, municipio de Temixco versus la Legislatura del estado de Morelos. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Public/>.

⁴⁰ Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Public/.pdf>.

persona humana puede ser examinado en controversia, con independencia de su contenido: violaciones directas e indirectas a la Constitución.⁴¹

Pues si bien es cierto que las controversias se instituyeron como un medio de defensa entre Poderes y órganos de poder, su sentido final es lograr el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllas [...] Detrás de estos principios y este esquema constitucional, que la Suprema Corte debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, que constituyen el sentido y la razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución.⁴²

Sobre el particular, el ministro Gudiño se cuestionó: ¿Bajo qué criterios debe determinarse cuándo las violaciones indirectas a la Constitución están vinculadas de un modo fundamental, y cuándo no? ¿Por qué en otras controversias la Corte no consideró que tales violaciones se vincularan de tal modo?⁴³

El tribunal puede examinar, hoy día, absolutamente cualquier actuación de los órganos del Estado y deja sin materia las demás garantías constitucionales, pues las controversias resultan procedentes para examinar todo tipo de violaciones referidas a la carta federal, entre ellas:

- Los respectivos ámbitos de atribuciones estatuidos en la parte orgánica de la Constitución federal
- El pacto federal
- El bienestar de la persona humana
- Cualquier violación a la Constitución federal

⁴¹ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: “Las controversias...” cit., p. 9.

⁴² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, Jurisprudencia P./J. 101/99, septiembre de 1999, p. 708.

⁴³ GUDIÑO PELAYO, J. DE J.: *op.cit.*, p. 8.

Se afirma que la finalidad es salvaguardar la supremacía constitucional y, de manera relevante, el principio de libertad en beneficio de todo gobernado frente a la actuación de las potestades públicas. Luego, ¿el fin justifica los medios?

VII. Garantías constitucionales

Ante los constantes cambios de orientación en la tarea interpretativa, cabe cuestionar si, hasta esta fecha, el Alto Tribunal ha consolidado una doctrina constitucional. También se considera que, con la controversia, la Corte se arroga la defensa integral de la Constitución federal (como lo afirmara Gudiño) y desestima múltiples garantías constitucionales diseñadas para tal fin, ubicadas bajo la competencia de las diversas potestades públicas y *cierra la puerta* a la vigencia de medios de control constitucional local que complementen el sistema de justicia federal (un sistema original de doble jurisdicción definitiva) que permita, lo que César Astudillo denomina: *El ejercicio de reivindicación histórica del origen local de la paradigmática garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana.*⁴⁴ La vuelta a los orígenes.

a) Amparo (artículos 103 y 107 CPEUM) bajo tutela de los tribunales federales y ocasionalmente de los tribunales superiores de justicia locales en vía de excepción. Mecanismo protector de los derechos fundamentales por excelencia;

b) Juicio Político (artículos 110 CPEUM) a cargo del Congreso General; la Cámara de Diputados como órgano de acusación y la Cámara de Senadores como jurado de sentencia para sancionar a servidores públicos que han defraudado la confianza que se puso en ellos;

⁴⁴ ASTUDILLO REYES, C.: *La justicia constitucional...*, cit., p. 13.

c) Acción de Inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II, CPEUM) bajo responsabilidad del Pleno de la Corte. Permite obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes y tratados cuestionados por la minoría legislativa, entre otros;

d) Facultad de Investigación (artículo 97, párrafo segundo, CPEUM) bajo responsabilidad del Pleno de la Corte). La Corte se sitúa con carácter de *ombudsman* vía oficiosa o a petición de sujeto legitimado para investigar violaciones graves de garantías individuales;

e) Juicio para la defensa de los derechos político-electorales de los ciudadanos (artículos 99, fracción V, CPEUM) a cargo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Un recurso especializado en la materia para tutelar derechos políticos;

f) Juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV, CPEUM) a cargo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Otro medio de impugnación contra decisiones de las autoridades electorales;

g) Cuestión política (artículo 76, fracción VI, CPEUM) a cargo del Senado de la República que se encarga de resolver todo conflicto que dañe gravemente la relación entre dos o más poderes de un Estado o afecten su funcionamiento;

h) Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 102, apartado B, CPEUM) organismo autónomo protector de los derechos humanos de índole neutra, un *ombudsman* creado para tutelar *ex officio* los derechos fundamentales, y

i) *Amparo Trasnacional* (artículo 133 CPEUM y tratados en materia de derechos humanos) bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tutela e interpreta con rango máximo los

derechos fundamentales incorporados en instrumentos sobre la materia, signados por el Estado mexicano.

Si bien la Suprema Corte es el último intérprete de la Constitución, no es el único garante de su vigencia. Como bien sostiene Diego Valadés:

La norma debe complementarse con la conducta adecuada de los agentes encargados de su aplicación y cumplimiento (pues) aun las disposiciones más rígidas pueden ser desatendidas en su cumplimiento cuando existe el propósito de desnaturalizar su contenido.⁴⁵

VIII. Colofón

Con el ánimo de atender cuestiones relegadas por el legislador, desatendidas por los órganos competentes o incluso para frenar tendencias abusivas de algunos órdenes locales que esporádicamente atropellan a la parte más frágil del sistema competencial, pero célula básica de su conformación (el municipio), la Suprema Corte ha ampliado su ámbito protector y se ha atribuido facultades metaconstitucionales. Es momento de reflexionar si como último intérprete de la Constitución puede ampliar continuamente su competencia en detrimento de un sano federalismo.

La tendencia es recurrente en ciertas épocas. Como en el *mito del eterno retorno*, constantemente retrocedemos, no para cerrar ciclos, sino porque no aprendemos de las lecciones que nos da la historia, o tal vez porque nuestra arrogancia nos conduce hacia un punto en que creemos contar con mayor aptitud que otros, que nos precedieron, para conducir nuestros destinos.

⁴⁵ VALADÉS Ríos, D.: *El control...*, cit., p. 156.

Bibliografía

- ANTIGUO TESTAMENTO (1 Samuel 17:1.50).
- ASTUDILLO REYES, CÉSAR: *La justicia constitucional local en México. Presupuestos, sistemas y problemas*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril 2006.
- CALZADA PADRÓN, FELICIANO: *Derecho constitucional*, México, Harla, Colección textos jurídicos, 1990.
- COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN: *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2007.
- COVIÁN ANDRADE, MIGUEL: *El sistema político mexicano. Legitimidad electoral y control del poder político*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., 2004.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR: *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*. Disponible en: <http://www.cepc.es/rap/>.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR Y VALENCIA CARMONA, SALVADOR: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4^a ed. México, Porrúa, 2005.
- HANS, KELSEN: *Teoría general del Derecho*, México, UNAM-IIJ, 1995.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, CONCEPCIÓN: “Tras las puertas cerradas”, en *Suprema Corte de Justicia. Tres historias: Una institución*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- PAZ, OCTAVIO: *El laberinto de la soledad*, 2^a ed., 6^a reimp., México, FCE, 1970.
- RIVA PALACIO LÓPEZ, A. ET AL.: *El Senado mexicano. Por la razón de las leyes*, tomo II, México, Colección histórica del Senado Mexicano, LIII Legislatura del Senado de la República, 1987.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, ROBERTO: *Derecho constitucional*. 2^a ed. (facsimilar), México, Nueva Biblioteca Mexicana, 1875.
- SALGADO LEDESMA, ERÉNDIRA: *Poderes en conflicto*, 3^a ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.
- _____: *Suprema Corte Justicia. Tres historias. Una institución*, Porrúa-UNAM, México, 2006.
- SÁNCHEZ BRINGAS, ENRIQUE: *Derecho constitucional*, 11^a ed., Porrúa, México, 2003.
- SERNA DE LA GARZA, JOSÉ MARÍA: *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, IIJ, 2008.
- SCHMILL, ULISES: “Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un estado federal”, en *La defensa de la Constitución*, (Cossío, J. R. y Pérez de Acha, L. comps.) México, Doctrina jurídica contemporánea, 2003.
- TENA RAMÍREZ, FELIPE: *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2006.
- VALADÉS RíOS, DIEGO: *El control del poder*, 2^a ed., UNAM-IIJ-Porrúa, México, 2000.
- ZARCO, FRANCISCO: *Crónica del congreso extraordinario constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México, México, 1957.

Material hemerográfico

- *Diario de los Debates*, Historia parlamentaria de la Cámara de Senadores del Congreso Constituyente de octubre de 1873, 8º Congreso Constitucional de la Unión, México, Imprenta del Gobierno Federal, 1882.

- *Diario oficial*, Órgano del gobierno provisional de la República mexicana, tomo V, 4^a época, núm. 30, 5 de febrero de 1917.
- *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, tomo I, núm. 12, México, 1 de diciembre de 1916.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo V, abril de 1997.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, septiembre de 1999.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, septiembre de 1999.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, abril de 2000.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, octubre de 2005.
- GUDIÑO PELAYO, JOSÉ DE JESÚS: “Las controversias constitucionales y la competencia de la Suprema Corte: un debate que apenas inicia”, en *Lex, difusión y análisis*, año XI, núm. 138, diciembre 2006.

Archivos electrónicos

- <http://club.telepolis.com/manuelp1/pensamientos.htm>.
- <http://www.cervantesvirtual.com/>.
- <http://www.diputados.gob.mx/>.
- <http://www2.scjn.gob.mx/primerasala/listanotificacion1asala/>.
- <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Public/>.
- <http://buscon.rae.es/>.
- <http://www.cepc.es/rap/>.
- <http://memoriapolitica demexico.org/Textos/6Revolucion/1916DCC.pdf>.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. El caso de la libertad de expresión*

*Arturo Zaldívar Lelo de Larrea***

En sesión del día 12 de mayo de 2010, la mayoría de los señores ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvieron el amparo directo en revisión 1302/2009, en el sentido de que un medio de comunicación puede llegar a ser responsable por la violación del derecho al honor o a la intimidad derivado de la publicación obra de un tercero ajeno al periódico.

A pesar del pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia respecto a las consideraciones plasmadas en la sentencia, por las siguientes razones.

Este asunto sometía a la decisión de la Sala dos cuestiones fundamentales:

- (i)** ¿El mandato contenido en el artículo 7º constitucional –en el sentido de que ninguna ley ni autoridad pueden establecer la censura previa– es también aplicable a los particulares, llegando al extremo de sostener que estos últimos no pueden impedir de manera previa la difusión y circulación de ideas?
- (ii)** ¿Es responsable –en alguna medida– un periódico que publica una esquela falsa, sin cerciorarse de la identidad del autor, y que puede llegar a atentar contra el honor de un tercero?

* El presente artículo se basa en las consideraciones expresadas en el voto particular que formulé en amparo directo en revisión 1302/2009.

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

A fin de entender correctamente el contexto en el que se desarrollan estas cuestiones, es necesario hacer referencia a los antecedentes de este caso:

1. Los días 19 y 20 de diciembre de 2006, un periódico de circulación nacional (en adelante *el periódico*) publica, en su sección nacional, la siguiente esquela:

LA ASOCIACIÓN DE VIH UNIDA
Expresa su más sentido pésame a la
FAMILIA.....

Por el sensible fallecimiento del

.....
Y expresamos nuestras más sentidas
condolencias por la irreparable pérdida;
que se suma a las cifras de este mal del siglo

2. Como queda acreditado en autos, la publicación de dicha esquela fue solicitada por un individuo que se ostentó con el nombre de, al cual el periódico no le solicitó en ningún momento que se identificara con un documento ni, mucho menos, se le preguntó qué relación mantenía con la supuesta *La Asociación de VIH Unida*. Como es práctica habitual, únicamente se le solicitó el pago del servicio.
3. El Sr..... –que no había fallecido, no sufría de dicha enfermedad, se dedicaba al negocio de la seguridad privada y formaba parte de una logia masónica–, una vez que intentó infructuosamente una rectificación por parte del periódico, demandó en la vía ordinaria civil a *el periódico* el pago de una cantidad como indemnización por concepto de daño moral.

4. En cumplimiento de una sentencia recaída en un juicio de amparo directo, en el que se establecía que el juez ordinario había aplicado una ley que se encontraba derogada al momento de los hechos, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal emitió una diversa en la que se tuvo por acreditada la acción de daño al patrimonio moral por la afectación que sufrió en su vida privada el Sr. *El periódico* fue condenado al pago de 2 millones de pesos.
5. *El periódico*, en contra de la anterior determinación, promovió amparo directo, el cual fue resuelto en el sentido de que la Sala del Tribunal Superior de Justicia debía analizar la gravedad de la culpa del periódico *respecto del deber de cuidado que dice le correspondía al verificar que el contenido de las esquelas no tuvieran expresiones que por sí mismas fueran ofensivas o que necesariamente tuvieran la intención de ofender*. El Tribunal Colegiado de Circuito declaró infundados los restantes conceptos de violación.
6. *El periódico* hace valer en este amparo directo en revisión que la interpretación del artículo 7º constitucional realizada por el TCC es incorrecta.

El primer tema que aborda la sentencia es el referido a la *supuesta* eficacia horizontal de la proscripción de la censura previa, prevista en el artículo 7º constitucional. Respetuosamente me permito hacer las siguientes precisiones respecto a este tema.

Es indudable que existen argumentos que permiten determinar la validez de los derechos fundamentales en la vida jurídico-privada. Uno de los argumentos medulares al respecto es la doble cualidad de los derechos

fundamentales, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que irradian al conjunto de relaciones que se suceden en el ordenamiento jurídico, incluidas aquellas que se originan entre particulares (función objetiva).

Sin embargo, en esta materia, como en casi todas, los matices son indispensables. Es imposible afirmar que todos los derechos fundamentales son eficaces en las relaciones entre particulares, ya que la misma estructura y contenido de alguno de ellos nos desmienten de inmediato. En otras palabras, es indispensable el análisis concreto de la norma de la cual se afirma la pretendida multidireccionalidad.

La doctrina y el derecho comparado nos otorgan innumerables ejemplos de situaciones en las que la *libertad de expresión* y la *libertad de información* son oponibles frente a actos de otros particulares. Así, la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales o en la esfera asociativa, la libertad interna de prensa, el derecho de los periodistas a la cláusula de conciencia y al secreto profesional o la libertad de cátedra, son casos en los que se ha analizado la llamada *Drittewirkung der Grundechte*, es decir, el término alemán por el que se conoce a esta problemática¹.

Sin embargo, consideramos que el caso que se somete

¹ De hecho, es precisamente en un caso en el que un particular pretende ejercer la censura previa contra otro particular, en el que se plantea por primera vez en la historia del Derecho europeo continental, la posibilidad de que los derechos fundamentales sean eficaces contra otros particulares. Este caso lo podemos ubicar en Alemania y se remonta al año de 1950, en el cual Erich Lüth, director de una agencia de prensa de Hamburgo, es condenado por la jurisdicción ordinaria a cesar su llamamiento al boicot de la película *La amada inmortal*, del director Veit Harlan, sospechoso de complicidad con el nazismo. Lüth recurre ante el Tribunal Constitucional Federal alegando la violación de su derecho fundamental a la libertad de

a nuestro estudio no permite realizar tal ejercicio.

El mandato del artículo 7º constitucional, en la parte que nos interesa, establece claramente que:

(...) *Ninguna ley ni autoridad pueden establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.*

En este sentido, y a manera de ejemplo, el mandato constitucional en comento proscribe que la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía –en la función de clasificación de películas cinematográficas– determine que cierta película, por los motivos que fuesen, no puede ser emitida en territorio nacional. Escenario distinto sería aquel en el que una cadena de cines decidiera por cuestiones comerciales, de imagen o de simple oportunidad, que una película no será emitida en sus distintas salas de proyección.

Los ejemplos que podríamos traer a colación son múltiples. Así, una casa editorial puede negarse a publicar aquellas novelas que subjetivamente considere que no cumplen con determinados requisitos de calidad. Cuestión distinta a que una ley estableciese que todas aquellas obras

expresión. En la sentencia del Tribunal de Karlsruhe se subraya la posición central de los derechos fundamentales dentro del sistema constitucional y la fuerza vinculante de los mismos en todo tipo de relaciones, incluyendo las jurídico-privadas. En consecuencia, el tribunal anuló la resolución de la jurisdicción ordinaria en virtud de que ésta prescindió de la influencia de los valores que subyacen a los derechos fundamentales en el Derecho privado. [Recogida en *BverfGE* (jurisprudencia constitucional) 7. BAND TÜBINGEN, 198, n.r. 28, pp. 198-230]. Por todas, véase la exposición que en lengua castellana realiza BILBAO UBILLOS sobre los antecedentes y fundamentos jurídicos de esta trascendental sentencia que marca, hasta nuestros días, una constante en el actuar del Tribunal Constitucional Federal. (J. M. BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 305-308)].

que critiquen al régimen político en turno se encuentran prohibidas en cuanto a su venta y distribución.

De hecho, la posibilidad de que un periódico pueda publicar o no libremente una esquela ha sido objeto de debate, muy recientemente, en otros ordenamientos jurídicos. El 28 de diciembre del año 2009, la siguiente esquela fue publicada en diversos periódicos españoles:

Millones de niños abortados
Roguemos a Dios con oraciones, misas, sacrificios
y limosnas
Por el eterno descanso de los millones de niños
abortados
en este año 2009, y también por la conversión
y la salvación eterna de todos aquellos que activa
o pasivamente,
directa o indirectamente, han sido causa de esta
espantosa matanza.

Con independencia de la polémica causada por esta publicación, se consideró que aquellos diarios que se negaron a realizarla se encontraban justificados para hacerlo, ya que dicha esquela podía llegar a considerarse como una *reivindicación política* contraria a la línea editorial de determinados diarios². Es decir, la imagen comercial de un medio puede servir de parámetro para elegir qué mensajes transmitir y cuáles reservarse.

En cualquier caso, nuestra finalidad al exponer estos

² Estos diarios, como “El País”, pertenecen al grupo editorial Prisa, que contiene un conglomerado de periódicos cuya línea editorial se considera progresista y ha mantenido una fuerte defensa de la legislación en materia de aborto e igualdad. A diferencia del “ABC” y otros diarios que pertenece al grupo editorial Vocento, los cuales sí publicaron la esquela, y cuya línea editorial siempre ha estado identificada con la Monarquía y los valores de la derecha española.

ejemplos es dejar claro que una cosa es afirmar la posible eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y, otra muy distinta, declararla respecto a *todas las normas y en todos los escenarios posibles*.

Respecto a la justificación de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, consideramos que hubiese sido importante que la sentencia hubiera aludido a la *doble función* que los derechos fundamentales desempeñan en el sistema, la maleabilidad constitucional que les permite convertirse en el contenido mínimo de expresión en las relaciones jurídicas y la propia estructura de ciertos derechos; elementos que constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares.

Asimismo, es importante resaltar que esta incidencia *no se sostiene* de forma hegemónica y totalizadora sobre *todas* y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el Derecho Privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las estatales, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete³.

Estamos frente a lo que R. Alexy llama el *problema de*

³ En este sentido retomamos las palabras de L. PRIETO SANCHÍS al señalar que: *la cuestión de los derechos fundamentales frente a terceros se resuelve, por consiguiente, en un problema de coexistencia de derechos e incluso de valores constitucionales, que no puede resolverse en abstracto y de una vez y para siempre. Correspondrá entonces al juez ponderar los intereses en conflicto, pero, desde luego, sin excluir a priori la eficacia de las libertades en las relaciones entre particulares* (L. PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 215). G. PESES-BARBA llega a la misma conclusión al señalar que: *el principio general de validez de las normas de derechos fundamentales en las relaciones privadas, si es indubitable, debe ser analizado en el caso concreto, ponderando las circunstancias, los bienes y, principios propios del Derecho Privado, con el derecho fundamental concernido.* (G. PESES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1999, p. 635).

colisión de la *Drittewirkung*. Así, el elemento determinante en la incidencia *iusfundamental* se concreta en el *análisis singular* de las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; y no sólo eso, la estructura y contenido de cada Derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad.

En esta materia es necesario proponer un esquema alternativo de ponderación de derechos que proponga *soluciones materiales diferenciadas* que contemplen la naturaleza de los derechos en pugna⁴. Asimismo, es importante tener en cuenta que la defensa de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares *no implica prejuzgar* el resultado del pleito, esto es, la invocación del derecho fundamental no exime de la necesaria ponderación con otros bienes jurídicos. Una cosa es que el derecho fundamental incida, y otra el *resultado concreto* de dicha incidencia.

Antes de finalizar esta cuestión, queremos señalar también que la sentencia cita en apoyo de su posición el precedente más importante que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido en materia de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Nos referimos a la sentencia emitida por la Segunda Sala en el Amparo en Revisión 2/2000, cuyo

⁴ La propuesta es de J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1989 (4^a ed.), pp. 469-472. J. M. BILBAO UBILLOS señala dos criterios que se han propuesto para afrontar la ponderación de la incidencia de los derechos en las relaciones jurídico-privadas, a saber: *la posición objetivamente vulnerable, dependiente o desigual* que ocupe un sujeto respecto a otro, y la defensa de la *propia dignidad de la persona humana* (J. M.. BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 368-369).

ponente fue el ministro Ortiz Mayagoitia. Dicha resolución resulta realmente innovadora en el medio mexicano, ya que aborda, de forma directa y por primera vez, la problemática en estudio. En este caso, la Segunda Sala afirmó que la violación de un particular a determinados derechos fundamentales de otro particular puede constituir una *ilicitud constitucional* y, en el mismo sentido que se propone en este voto particular, hace énfasis en el necesario y particular análisis de la norma constitucional en juego para determinar su grado de eficacia.

En conclusión, estamos de acuerdo con la sentencia –con las aclaraciones antes desarrolladas– respecto al tratamiento que se le da a la figura de la *censura previa*, en el sentido de que no es un mandato dirigido a los particulares.

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo en lo que hace a la supuesta responsabilidad de un medio de comunicación por la publicación de una esquela.

La sentencia inicia su razonamiento señalando que es incorrecto lo establecido por el Tribunal Colegiado en el sentido de que, como medio de comunicación escrita, tiene a su cargo un deber de cuidado consistente en verificar que la publicación de esquelas que acepte de particulares no contengan expresiones que violen los derechos fundamentales (página 38).

Esta afirmación la suscribimos en todos sus términos. A nuestro entender y por los argumentos que desarrollaremos más adelante, “el periódico” *no es responsable* por las posibles violaciones de derechos fundamentales sufridas por el quejoso.

Sin embargo, a partir de este momento la sentencia da un giro y desarrolla una serie de argumentos que le llevan, finalmente, a sostener la posición contraria.

La sentencia señala que, a pesar de lo anterior, hay

ocasiones en el que el medio de comunicación *puede llegar a tener cierta responsabilidad* por la publicación de esquelas (páginas 53 y 54). En este sentido se establece que *el periódico debe velar porque se den ciertas condiciones mínimas necesarias en el ejercicio de su quehacer (...)* y *que debe propiciar en su labor operativa las condiciones que permitan no hacer nugatorio el respeto de los derechos y libertades de terceros* (página 54).

A continuación, la sentencia determina que los periódicos tienen un *doble deber* en esta materia: en primer término, el de solicitar al contratante de la inserción los datos básicos de identificación del autor; y en segundo término, deberá cerciorarse de que el texto que queda inserto en el medio de difusión corresponde en sus términos con aquel cuya publicación le fue solicitada (página 56).

Este doble deber no tiene fundamento constitucional o legal alguno y no se encuentra lo suficientemente desarrollado en la sentencia. En cualquier caso, lo grave –a nuestro entender– viene a continuación.

Si el periódico no satisface esos dos deberes mínimos, señala la sentencia, *entonces el periódico debe de asumir el riesgo de tener entonces que responder, ante los tribunales competentes, por esos daños* (página 57). Es decir, *el periódico podrá llegar a ser responsable por el contenido de los mensajes publicados por un tercero* (página 58).

Al final del día, la sentencia aprobada por la mayoría de esta Primera Sala llega a la *misma conclusión* que la sentencia del tribunal colegiado, en el sentido de que un medio de comunicación puede llegar a ser responsable por la violación del derecho al honor o a la intimidad derivado de la publicación obra de un tercero ajeno al periódico.

En el caso concreto, el amparo que otorga la sentencia

a *el periódico* no tiene ninguna efectividad, ya que, como quedó determinado por los tribunales ordinarios y por el tribunal colegiado, *el periódico* –en el caso concreto– no identificó correctamente al autor de la esquina. Asimismo, tanto los tribunales ordinarios como el tribunal colegiado tuvieron por acreditada la violación al derecho al honor, disintiendo únicamente respecto a la gravedad de la culpa. En consecuencia, la resolución final tendrá que ser en el sentido de afirmar la responsabilidad del medio de comunicación.

A nuestro entender, la responsabilidad de *el periódico puede ser excluida*, señalando que si bien es cierto que tanto a los poderes públicos como a los particulares corresponde la obligación de respetar los derechos fundamentales, en lo que hace a la *satisfacción o contribución* a la efectividad de los mismos, en ocasiones, los poderes públicos son los únicos obligados.

En otras palabras, la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en *un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos*. Mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en la que la misma establece deberes positivos, los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución⁵.

En este sentido, si bien es cierto que, de manera general, se puede establecer la obligación de un medio de comunicación de respetar los derechos fundamentales de

⁵ Al respecto véase la riquísima jurisprudencia que el Tribunal Constitucional español ha emitido en esta materia. Por todas, véase las SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, (FJ 3º); 19/1985, de 13 de febrero, (FJ 1º); y 129/1989, de 17 de julio, (FJ 2º).

los particulares, cuestión muy distinta es que, como en este caso, se encuentre obligado a satisfacer la efectividad de los derechos de tercero, controlando y verificando –ya sea formal o materialmente– una esquela.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General
Magistrado Alejandro Roldán Velázquez

Junta Directiva

Maestro Rodolfo Félix Cárdenas
Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Doctor Héctor Felipe Fix Fierro
Doctor Moisés Moreno Hernández
Licenciado Javier Quijano Baz
Licenciado Juan Velasquez

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Joel René García Cervantes
Director de Área encargado del despacho de la
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

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

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

Licenciada Lidia Beristáin Gómez
Unidad de Apoyo Operativo

Actividades de capacitación

El Plan Anual de Capacitación y Estímulos 2011, elaborado por la Dirección General y aprobado por la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública, contempla las actividades de capacitación a desarrollarse durante el año.

Las especializaciones en Defensa Penal y Asesoría Jurídica, actividad principal dentro de la institución, se desarrolla en las Aulas de Capacitación del Instituto. El proceso inició con la revisión de la documentación presentada por los aspirantes, siendo admitidos cuarenta alumnos en cada una.

Las clases iniciaron el 14 de febrero con las materias Argumentación e Investigación Jurídica, ambas impartidas por el magistrado Humberto Manuel Román Franco.

El Segundo Módulo dio inicio el 4 de abril, con las materias de Derechos Humanos y Derecho Constitucional, impartidas por los maestros Genaro González Licea y Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, respectivamente.

Actualmente se cursa el Tercer Módulo, que inició el 1º de junio con la participación de los magistrados Miguel Ángel Aguilar López, quien imparte la materia de Derecho Penal Parte General (Teoría del Delito) y Víctor Hugo Díaz Arellano, la materia de Derecho Procesal Civil; asimismo, el licenciado Mariano Amaya Luna, está a cargo de la materia de Derecho Civil y el doctor Alejandro Montaño Salazar, Derecho Penal parte Especial (delitos federales).

El Instituto de la Judicatura Federal impartió el Ciclo de Conferencias *Análisis dogmático de la nueva regulación del secuestro*, dirigido a defensores públicos y asesores

jurídicos federales los días 7, 8 y 9 de marzo, mismo que se llevó a cabo mediante videoconferencia en el edificio sede del Instituto Federal de Defensoría Pública.

También en coordinación con el Instituto de la Judicatura Federal, el 22 de marzo dio inicio el *Diplomado sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México, desde la Perspectiva Constitucional*, extendiéndolo por videoconferencia a todas las delegaciones del Instituto. El Diplomado contó con una respuesta de 510 servidores públicos inscritos.

El pasado 11 de marzo se impartió la conferencia del libro *Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo Comentada*, escrito por el Consejero de la Judicatura Federal Juan Carlos Cruz Razo, en el auditorio de la Sede Central del Instituto Federal de Defensoría Pública.

En el marco del inicio de actividades académicas de capacitación a los defensores de víctimas, el 25 de marzo, se impartió la conferencia *La participación de la víctima en la justicia penal*, a cargo del doctor José Zamora Grant, en el auditorio de la Sede Central del Instituto Federal de Defensoría Pública, con una asistencia de 110 servidores públicos.

El pasado 4 de mayo, se llevó a cabo un debate acerca de la temática de la película *Presunto Culpable*, en el auditorio de la Sede Central del Instituto, con un quórum de 140 asistentes, en el que se plasmaron las diversas experiencias de quienes tuvieron un papel fundamental en el desarrollo del documental.

El 18 de mayo dieron inicio los dos ciclos de Mesas de Diálogo que el Instituto Federal de Defensoría Pública ha organizado con el tema *La Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos*, con 11 destacados ponentes en la materia.

El 19 de mayo, el Magistrado Jorge Ojeda Velázquez presentó en la sede de este Instituto, la Tercera Edición del libro de su autoría *Derecho Constitucional Penal*, la cual dedica al tema de los Juicios Orales.

En el marco del Plan Anual de Capacitación y Estímulos, se pusieron en marcha en todas las delegaciones, incluyendo la Sede Central, unos *Círculos de Estudio* que pretenden responsabilizar a los defensores públicos de que complementen sus conocimientos sobre el sistema acusatorio y oral, a través de lecturas, reflexión y discusión, iniciando con las siguientes obras: *Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal; Litigación Oral y Práctica Forense Penal; y, Derechos de las Víctimas y de los Ofendidos por el Delito*.

Con el apoyo del área de Capacitación y Desarrollo de la Dirección General de Servicios al Personal del Consejo de la Judicatura Federal, se coordinó a partir del 30 de mayo, la impartición del Curso *Competencias Básicas para Jefes de Departamento*, el cual tiene como objetivo desarrollar las capacidades de los servidores públicos en la resolución de problemas y su transformación, bajo un código de valores que muestren una actitud concreta frente al desempeño realizado, con un total de 19 participantes.

Se puso en marcha el *Segundo Ciclo de Conferencias de los Integrantes de la Junta Directiva*. El 26 de mayo, el doctor Moisés Moreno Hernández expuso el tema: *La unificación o armonización de la legislación procesal penal*; el 10 de junio, el Maestro Rodolfo Félix Cárdenas presentó la conferencia: *La prueba de referencia en el sistema acusatorio*.

Boletín bibliográfico

- *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 Constitucional: una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias.* Gonzalo Uribarri Carpintero, coordinador. México, D.F., Porrúa, 2010 372 pp.
- *Agua: aspectos constitucionales.* Emilio O. Rabasa, Carol B. Arriaga García, coordinadores. México, D.F., Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, 165 pp.
- AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ÁNGEL: *El delito y la responsabilidad penal: teoría, jurisprudencia y práctica.* México, D.F., Porrúa, 2008, 493 pp.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ DE CASTILLA, CLARA LUZ: *Internet y derechos fundamentales.* México, D.F., Porrúa, Universidad Panamericana, 2011, 283 pp.
- *Argumentación e interpretación jurídica para juicios orales y la protección de derechos humanos.* M. Virgilio Bravo Peralta, Alfredo Islas Colín, coordinadores. México, D.F., Porrúa, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Estado de México, 2010, 429 pp.
- ARMIENTA CALDERÓN, GONZALO: *El proceso contencioso administrativo en México.* México, D.F., Porrúa, 2011, 346 pp.
- BAEZA PÉREZ, ENRIQUE OCTAVIO: *El elemento subjetivo del delito (dolo) y su acreditación en las causas penales.* México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, 2010, 289 pp.

- BENAVENTE CHORRES, HESBERT: *El amparo en el proceso penal acusatorio y oral: análisis de las decisiones emitidas por la Suprema Corte de justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito*. México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2010, 480 pp.
- BENAVENTE CHORRES, HESBERT: *La imputación objetiva en la omisión imprópria o comisión por omisión*. México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2011, 344 pp.
- BOLAÑOS LINARES, RIGEL: *Derecho laboral burocrático: lecciones para el patrón-Estado, los trabajadores de base y de confianza a su servicio y, sus prestadores de servicios personales y profesionales*. México, D.F., Porrúa, 2010, 356 pp.
- CÁRDENAS RIOSECO, RAÚL F: *Sistema acusatorio y prueba ilícita en la reforma constitucional de 2008*. México, D.F., Porrúa, 2010, 155 pp.
- CARRANCO ZÚÑIGA, JOEL: *Procedencia y sobreseimiento en el juicio de amparo*. México, D.F., Porrúa, 2010, 295 pp.
- CEREZO MIR, JOSÉ: *La influencia de Welzel y del finalismo en general, en la ciencia del derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*. México, D.F., Ubijus, 2010, 41 pp.
- CERVERA RIVERO, OSCAR GREGORIO: *Práctica forense en derecho familiar: doctrina, modelos, jurisprudencia y resoluciones*. México, D.F., InterWriters, 2010, 607 pp.
- CHAMPO SÁNCHEZ, NIMROD MIHAEL: *El dominio del hecho: formas de autoría en el delito*. México, D.F., Porrúa, 2010, 171 pp.
- CHÁVEZ CASTILLO, RAÚL: *666 preguntas y otras sobre la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo*. México, D.F., Porrúa, 2009, 261 pp.

- CHÁVEZ CASTILLO, RAÚL: *842 preguntas y respuestas sobre obligaciones civiles*. México, D.F., Porrúa, 2010, 250 pp.
- *Constitucionalidad del reglamento de la Ley Federal de Juegos y Sorteos*. Cecilia Judith Mora Donatto, investigadora. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, 218 pp.
- CRUZ RAZO, JUAN CARLOS: *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo: comentada*. México, D.F., Porrúa, 2010, 234 pp.
- CRUZ Y CRUZ, ELBA: *Los menores de edad infractores de la ley penal*. México, D.F., Porrúa, 2010, 536 pp.
- DECASTRO GONZÁLEZ, ALEJANDRO: *Apuntes sobre el contrainterrogatorio y su consagración en la reforma procesal penal mexicana*. México, D.F., Ubijus, 2010, 65 pp.
- *Decisiones relevantes en materia penal*. México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, 217 pp.
- *Derecho militar: temas de actualidad*. Ruperto Patiño Manfer, Alma de los Ángeles Ríos Ruiz, coordinadores. México, D.F., Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 2010, 303 pp.
- FERRAJOLI, LUIGI: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Puebla, México, Editorial Cajica, 2009, 163 pp.

- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO: *La reforma penal constitucional, 2007-2008: ¿democracia o autoritarismo?* México, D.F., Porrúa, 2010, 570 pp.
- GARCÍA SILVA, GERARDO: *El nuevo sistema de justicia penal: fundamentos, alcances y perspectivas.* México, D.F., Porrúa, 2010, 165 pp.
- GARCÍA VILLEGRAS, MAURICIO: *Sociología y crítica del derecho.* México, D.F., Fontamara, 2010, 354 pp.
- GONZÁLEZ IBARRA, JUAN DE DIOS: *La jurisprudencia como sapiencia.* México, D.F., Distribuciones Fontamara, 2010, 128 pp.
- GONZÁLEZ LICEA, GENARO: *Ensayo sobre la reestructuración del Estado Mexicano.* Estado de México, México, Amarillo Editores, 2011, 113 pp.
- GONZÁLEZ LICEA, GENARO: *Sociedad, política y derecho en un marco globalizador: artículos publicados en Congresistas.* México, D.F., Compañía Editorial Impresora y Distribuidora, 2001, 104 pp.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, JUAN DE DIOS: *Derecho de los tratados.* México, D.F., Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 2010, 235 pp.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, JAVIER: *La teoría del delito: aproximación al estado de la discusión.* México, D.F., Porrúa, 2010, 1317 pp.
- *La reforma constitucional en materia penal: jornadas de justicia penal.* Sergio García Ramírez, Olga Islas de González Mariscal, coordinadores. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, 340 pp.

- LEAL, CÉSAR BARROS: *La vigilancia electrónica a distancia: instrumento de control y alternativa a la prisión en América Latina*. México, D.F., Porrúa, Centro de Estudios Latinoamericanos; Costa Rica, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 2010, 212 pp.
- MARGÁIN MANAUTOU, EMILIO: *Las facultades de comprobación fiscal*. México, D.F., Porrúa, 2001, 404 pp.
- MARTÍNEZ BERMAN, NOÉ ADONAI: *Las violaciones procesales: su posible irreparabilidad en el amparo directo civil*. México, D.F., Porrúa, 2010, 253 pp.
- MEDINA MAGALLANES, PABLO: *Ley Sobre el Contrato de Seguro: comentada*. México, D.F., Porrúa, 2011, 318 pp.
- MÉJAN CARRER, LUIS MANUEL C: *Concursos mercantiles: ayuda de memoria* México, D.F., Oxford University Press, 2010, 483 pp.
- MENESES HERNÁNDEZ, JOEL: *La verdad del caso Rubí: ¿debilidades del sistema acusatorio? o cintromisiones al sistema de justicia?* México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, 2011, 297 pp.
- México. *Leyes, etc. Agenda Civil del D.F.: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. *Leyes, etc. Agenda Civil Federal: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).

- México. Leyes, etc. *Agenda de la Administración Pública Federal: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. Leyes, etc. *Agenda de Salud: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. Leyes, etc. *Agenda de Seguridad Social: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. Leyes, etc. *Agenda Financiera: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. Leyes, etc. *Agenda Laboral: Ley Federal del Trabajo, reglamentos, y otras disposiciones conexas en materia laboral*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. Leyes, etc. *Agenda Mercantil: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. Leyes, etc. *Agenda Penal del D.F.: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. Leyes, etc. *Agenda Penal Federal: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).

- México. *Leyes, etc. Fisco agenda: compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*. Títulos en los artículos, referencias y correlaciones por Efraín Lechuga Santillán. México, D.F., Ediciones Fiscales Isef, 2011, 1 v. (varias paginaciones).
- México. *Leyes, etc. La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación* [recurso electrónico]. México D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 1 disco compacto.
- México. *Leyes, etc. Legislación mercantil y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación* [recurso electrónico]. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2011, 1 disco compacto.
- México. *Leyes, etc. Legislación penal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación* [recurso electrónico]. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 1 disco compacto.
- MIRÓN REYES, JORGE ANTONIO: *El juicio de amparo en materia penal*. México, D.F., Porrúa, 2010, 468 pp.
- MORENO CRUZ, EVERARDO: *El nuevo proceso penal mexicano: lineamientos generales*. México, D.F., Porrúa, 2010, 138 pp.
- QUINTANILLA GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL: *Divorcio exprés*. México, D.F., Sista, 2010, 26 pp.
- RAMOS RUVALCABA, MARÍA SIMONA: *Nueva Ley del Seguro Social comentada: orientaciones prácticas, 1997-2009*. México, D.F., Porrúa, 2010, 1 disco compacto.

- RAMOS RUVALCABA, MARÍA SIMONA: *Nueva Ley del Seguro Social comentada: orientaciones prácticas, 1997-2009*. México, D.F., Porrúa, 2010, 979 pp.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: *El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal*. Lima, Perú, Caro & Asociados Especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa, Palestra, 2008, 174 pp.
- RICO ÁLVAREZ, FAUSTO: *De los contratos civiles*. México, D.F., Porrúa, 2011, 478 pp.
- ROMÁN QUIROZ, VERÓNICA: *Los puntos jurídico-penales finos, previstos en el artículo 16 constitucional, a raíz de su reforma*. México, D.F., Porrúa, 2011, 48 pp.
- *Simposio Internacional de Jurisprudencia 2009. Interpretación jurisprudencial: memorias del II Simposio Internacional de Jurisprudencia*. Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Jurídica. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2009, 281 pp.
- SOSA ORTIZ, ALEJANDRO: *El dolo penal: la motivación de su acreditamiento*. México, D.F., Porrúa, 2010, 306 pp.
- SUÁREZ CAMACHO, HUMBERTO: *El sistema de control constitucional en México*. México, D.F., Porrúa, 2009, 488 pp.
- *Teoría del derecho civil*. J. Alfredo Medina-Riestra, coordinador. México, D.F., Porrúa, Jalisco, México, Universidad de Guadalajara, 2009, 330 pp.
- VILLANUEVA CASTILLEJA, RUTH: *Derecho de menores*. México, D.F., Porrúa, 2011, 162 pp.

- VILLARREAL PALOS, ARTURO: *Introducción al derecho penal de los tratados internacionales en México.* México, D.F., Porrúa, 2011, 138 pp.

*El diseño y la formación de este volumen
estuvieron a cargo de la Dirección
General de Comunicación Social del
Consejo de la Judicatura Federal.*

