

# IP dF **Revista**

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

ISSN 1570-7610



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA



# **IIP dlF** **Revista**

del Instituto Federal de Defensoría Pública

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**

César Esquinca Muñoa

### **Coordinadores**

José Dávalos Morales  
José Antonio Acevedo Castro  
Alejandra Farrera Ramírez  
Jesús Boanerges Guinto López

Captura: Martha M. Terán López

Asesoría filológica: Ignacio Javier Martín Sánchez

Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública

Número 3, junio de 2007

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: Consejo de la Judicatura Federal.

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

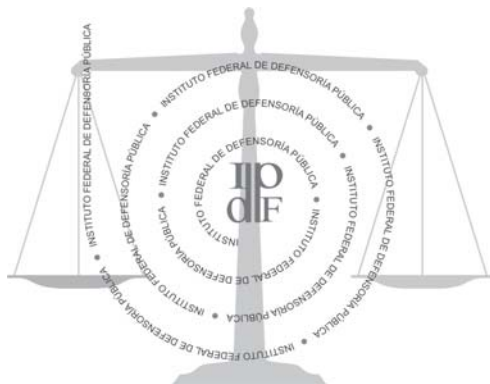
Queda prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación por vía informática, mecánica, fotocopiado o por cualquier otro medio, sin permiso por escrito del editor responsable.

© Instituto Federal de Defensoría Pública

ISSN 1870-7610

Tiraje 2,000 ejemplares

Distribución gratuita.



## Índice general

Página

Página de la Dirección ..... 7

### Sección Primera

#### PRESENCIA DE LA JUDICATURA

Magistrado Miguel Ángel Aguilar López

Análisis de un caso fáctico del delito de violación ¿Delito continuo,  
continuado o concurso real homogéneo? ..... 11

Lic. Genaro González Licea

Reflexiones sobre fuero de guerra y seguridad nacional de cara al Siglo XXI ..... 43

Dr. José Ramón Narváez

La pobreza y el derecho ..... 57

## Sección Segunda

### PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

#### *Dr. Ángel Alonso Trujillo*

Audiencia de vista ante el tribunal de alzada. Designación ilegal de defensor público  
por inasistencia del defensor particular a su celebración ..... 71

#### *Lic. Jorge Humberto Álvarez Moreno*

Reflexiones en torno a la constitucionalidad del delito de posesión de narcóticos "con fines" ..... 91

#### *Lic. Arturo Bucio Ibarra*

La protección del interés legítimo a través del juicio de amparo.  
Una expectativa de justicia ..... 115

#### *Lic. Mario Alberto Calderón Salguero*

Individualización legal y judicial de la pena, respecto de tentativa de delito grave ..... 127

#### *Lic. Rodolfo Castañeda Rodríguez*

Estudio exegético de la ley penal, en relación al tratamiento de los que tienen  
el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos ..... 141

#### *Lic. Juan Manuel Cen Gamboa*

El juez ejecutor de penas ..... 161

#### *Lic. José Raymundo Cornejo Olvera*

La inconstitucionalidad de la prueba indiciaria prevista en el artículo 286  
del Código Federal de Procedimientos Penales ..... 179

#### *Lic. José de Jesús Esqueda Díaz*

Derechos humanos, democracia y constitución ..... 201

#### *Lic. Arturo Garduño Acevedo*

¿Por qué la necesidad de una teoría paradigmática del cuerpo del delito? ..... 219

#### *Lic. Jorge Carlos Heredia García*

La defensa pública ante el reto de los juicios orales (primera parte) ..... 237

#### *Lic. Francisco Lomelí Hernández*

Los principales problemas de la defensa pública federal en averiguación previa ..... 257

#### *Mtra. Ivonne Mares Ahedo*

El paradigma de la inconstitucionalidad de la ficha signalética,  
a partir de una perspectiva de control social ..... 275

#### *Lic. Carlos Alberto Morales Gutiérrez*

Análisis jurídico de la Ley de Sociedad de Convivencia ..... 293

	<i>Página</i>
<i>Lic. Juan Carlos Orihuela Clemente</i>	
La denuncia anónima en nuestro sistema procesal mexicano .....	307
<i>Lic. Enrique Palomares Valdez</i>	
Suspensión en amparo indirecto en materia penal .....	325
<i>Lic. Javier Alfonso Pérez Chávez</i>	
Consideraciones sobre el derecho penal del enemigo y sus aproximaciones en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada .....	341
<i>Lic. Juan Carlos Ramos Torres</i>	
Una defensa adecuada integral .....	357
<i>Lic. Benjamín Rubio Chávez</i>	
Derecho de los niños nacidos en México a tener un registro de nacimiento, cuando sus padres son extranjeros con una estancia ilegal en el país .....	375
<i>Lic. Enrique Alfredo Tamayo Díaz</i>	
Trascendencia de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente respecto al servicio de asesoría jurídica regulado por la Ley Federal de Defensoría Pública .....	401
<i>Lic. José Daniel Vargas Ríos</i>	
La expropiación de la propiedad privada de nacionales y de inversionistas extranjeros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte .....	427
<i>Lic. Apolinar Pedro Vargas Ordóñez</i>	
El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México como derecho penal especial garantista .....	443
<i>Lic. Mario Vásquez García</i>	
Paternalismo justificado y autonomía de la persona .....	459
<i>Lic. Jorge Aristóteles Vera Martínez</i>	
La inconstitucionalidad de la obligación de tener máquinas registradoras de comprobación fiscal, prevista en el artículo 134 de la Ley del Impuesto sobre la Renta .....	471
<b>Sección Tercera</b>	
<b>DOCUMENTOS</b>	
<i>Dr. José Ovalle Favela</i>	
Un contrato de compraventa de esclavo .....	487
<i>Mgdo. César Esquinca Muñoa</i>	
Discurso pronunciado en la ceremonia de entrega de la Medalla “Ponciano Arriaga” al Defensor Público Federal más destacado en el año 2006 .....	499





## Página de la Dirección

Publicar una revista, cualquiera que sea su temática, es empresa de suyo complicada; si la revista es de corte jurídico la dificultad es mayor, porque sólo se justifica si su contenido es de alta calidad, y una vez que sale a la luz pública el reto es darle continuidad con ese nivel, tarea nada fácil que requiere, para su cumplimiento, de la convergencia de muchas voluntades.

Por esa razón presentamos con satisfacción, a la comunidad en general y a la del Poder Judicial de la Federación en especial, el tercer número de la Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicación especializada en temas jurídicos y en particular de los que atañen a las funciones de los defensores públicos y de los asesores jurídicos federales.

Reiterando la intención de hacer de esta Revista un foro plural, se mantienen las dos Secciones del formato inicial —Presencia de la Judicatura y Presencia de la Defensoría— integradas, la primera con trascendentes estudios jurídicos del Magistrado Miguel Ángel Aguilar López, del Licenciado Genaro González Licea y del Doctor José Ramón Narváez; la segunda, con veintitrés colaboraciones de personal del Instituto, con sede en diversas entidades federativas. La variedad de temas que abordan sus autores, todos importantes, demuestran la apertura de nuestra institución.

Complementa el formato una tercera Sección, denominada *Documentos*, en la que destaca un contrato de compraventa de esclavo, insólito documento que nos fue proporcionado en original



por el Doctor Ricardo Franco Guzmán, y respecto al cual vierte interesantes comentarios el Doctor José Ovalle Favela.

Nuestro agradecimiento institucional y personal a quienes, con generosidad y altura de miras permiten dar continuidad a esta Revista, que pretende ser fiel reflejo de una institución de vanguardia en el México del siglo XXI.

*Magistrado César Esquinca Muñoa*

**Sección Primera**  
PRESENCIA DE LA JUDICATURA



# **A**nálisis de un caso fáctico del delito de violación. ¿Delito continuo, continuado o concurso real homogéneo?

*Miguel Ángel Aguilar López\**

Sumario: I. Cuadro protagónico. II. Introducción. III. Estudio dogmático del delito de violación. IV. Clasificaciones doctrinales. V. El bien jurídico tutelado. VI. La conducta típica (verbo núcleo rector del tipo penal). VII. Momento de consumación de la cópula. VIII. El binomio violencia–resistencia. IX. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y su interpretación respecto del delito de violación. X. Análisis del caso concreto, ¿el delito de violación como delito continuo? XI. Algunas consideraciones teóricas en torno a la figura del delito continuado. XII. Análisis del caso concreto, ¿violación como delito continuado?

## **I. CUADRO PROTAGÓNICO**

La discusión del caso práctico surge a fin de dar una respuesta cierta ¿los hechos evidencian la consumación de uno, dos, tres o cuatro, delitos de violación? Los hechos son los siguientes:

A). Aproximadamente a las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de junio de dos mil cinco, cuando la sujeto pasivo caminaba en la vía pública, específicamente en las inmediaciones de la calle de “Granaditas”, colonia “Centro”, delegación “Cuauhtémoc”, en la Ciudad de México, repentinamente, se le acercó un sujeto del sexo masculino quien la abrazó y le puso un cuchillo a

---

\* Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

la altura del estómago, manifestándole: “SI TE MUEVES, TE VOY A MATAR”, hecho ante el cual, la sujeto pasivo sintió mucho temor, por lo cual, accedió a caminar junto a su agresor el cual, al llegar a una vecindad le manifestó: “MÉTETE, HIJA DE LA CHINGADA”; colocándola detrás del zaguán a fin de ordenarle que se bajara el pantalón y que cooperara con él, porque de lo contrario: “IBA A MATAR A SU FAMILIA PORQUE YA SABÍA EN DÓNDE VIVÍA”, incluso, le refirió que en ese momento los seguían unos carros, y que en otras ocasiones también la había seguido ya que lo habían mandado a secuestrarla. Luego, el activo introdujo el pene en la vagina de la pasivo por espacio de cinco minutos para posteriormente eyacular; de esta forma, le ordenó que se subiera el pantalón y luego la volvió a abrazar, ya no le fue mostrado el cuchillo, no obstante, el agente delictivo le manifestó a su víctima que: “SI SE SOLTABA, LE IBA A DECIR A LAS PERSONAS CON LAS QUE IBA QUE LE DISPARARAN”.

B). De esta forma, el activo obligó a la pasivo a que lo acompañara caminando alrededor de tres o cuatro cuadras hasta que llegaron a un parque, donde el sujeto activo se sentó en una banca y nuevamente se bajó el cierre de su pantalón a fin de sacar su pene erecto, y con una de sus manos jaló del brazo derecho a la pasivo mientras le ordenaba que se bajara el pantalón, quien obedeció las indicaciones de su agresor ya que: “TENÍA MIEDO DE QUE LE HICIERA ALGÚN DAÑO MAYOR O A SU FAMILIA”; de esta forma, el activo volvió a introducir su pene en la vagina de la pasivo -quien se encontraba sentada de espaldas sobre sus piernas- y realizó movimientos de arriba hacia abajo por alrededor de cinco minutos sin que eyaculara, al tiempo que la pasivo le pedía que la soltara, que la dejara ir, contestándole que “no”, ya que si la soltaba: “NO SABÍA LO QUE IBA A PASAR”. En esos momentos, fueron vistos por dos personas que transitaban por dicho parque, ante lo cual, el pasivo de inmediato le manifestó a la ofendida que si gritaba la iba a matar, razón por la cual, no pidió ayuda.

C). Hecho lo anterior, el sujeto activo volvió a abrazar a la pasivo a fin de que salieran de dicho parque. Caminaron nuevamente

por varias cuadras; en todo el trayecto, el activo le manifestó a la ofendida que si lo denunciaba no lo iban a encontrar, incluso le refirió que quería llevarla a su casa “PARA QUE ESTUVIERA CON ÉL”. Aproximadamente a las doce horas con cuarenta minutos, llegaron al “Deportivo Eduardo Molina”, lugar donde se introdujeron, cruzaron el campo de fútbol hasta llegar al área de las gradas, donde le manifestó: “QUÉDATE AQUÍ”, lugar donde el activo aprovechó para sujetar a la pasivo con sus dos manos, la flexionó con fuerza hacia el frente, se colocó atrás de ella y le introdujo el pene en su ano, realizando movimientos de adentro hacia fuera por poco tiempo, enseguida, le ordenó: “HÍNCATE”, se puso de pie frente a ella y le introdujo el pene erecto en su boca, momento en el cual, llegaron agentes policiales quienes detuvieron al activo tras la denuncia efectuada en su contra por la sujeto pasivo.

## II. INTRODUCCIÓN

Los antiguos criminalistas distinguieron una serie particular de delitos cometidos por la pasión impelente con el nombre de “Delitos de Carne”, y que procedían del apetito sexual. Entre estos, destaca por su relevancia el denominado delito de VIOLACIÓN, el cual, es uno de los más antiguos delitos sexuales que registra la historia, cuya sanción en épocas arcaicas era muy severa, ya que traía regularmente aparejada la muerte del inculpado o bien su mutilación, lo cual dependía del *status* social tanto del delincuente como de la víctima.

Desde un punto de vista doctrinario, dice el maestro Francisco González de la Vega, que para poder denominar con propiedad, como sexual a un delito, se requiere que el mismo reúna dos condiciones:

- a). La acción típica del delito, realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo de la víctima, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual; y,
- b). Los bienes jurídicos dañados o afectados sean relativos a la vida sexual del ofendido.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. González de la Vega, Francisco; “Derecho Penal Mexicano”; editorial Porrúa, México, 1996, página 312.

De esta forma, en este análisis dogmático, pretendo analizar a la luz de un caso práctico concreto, si un delito de VIOLACIÓN cometido respecto de un mismo sujeto activo y una misma sujeto pasivo, en tres lugares y momentos diferentes, además, en tres vías diferentes, es susceptible de conformar: a). Un solo delito de VIOLACIÓN continuo; b). Un solo delito de VIOLACIÓN continuado; o bien, c). Un concurso real de delitos homogéneos.

### III. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN

El tipo penal de VIOLACIÓN se encuentra previsto en el artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal, al tenor siguiente:

*“...Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años”.*

El propio ordenamiento legal conceptualiza al elemento normativo cópula en los siguientes términos: “la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal”.

Luego, como elementos típicos descriptivos e integradores del delito en estudio, se tiene que acreditar:

- *La realización de una conducta positiva (acción), desplegada por el sujeto activo, consistente en introducir el miembro viril en el cuerpo de la víctima, por cualquiera de las siguientes vías: vaginal, anal o bucal.*
- *La conducta se realice sobre una persona sin distinción de su sexo; y,*
- *La cópula se efectúe por medio de la violencia física o moral<sup>2</sup> (medio comisivo).*

Atento a lo anterior, como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se debe acreditar la realización por parte del activo, de una conducta en forma de acción, consistente en la introducción por cualquier vía, del miembro viril en el cuerpo de la víctima (*cópula*), para lo cual, deberá emplearse el medio comisivo violencia, física o moral; suce-

<sup>2</sup> Cfr. Reynoso Dávila, Roberto; “*Delitos Sexuales*”; editorial Porrúa, segunda edición, México, 2001, página 115.

so con el cual, se lesione el bien jurídico tutelado por la norma penal previsor, consistente en la libertad psico-sexual de las personas. El tipo penal en estudio, no requiere de calidad específica de tipo cuantitativo tanto en el sujeto activo como en el pasivo. No obstante, conforme a la redacción del propio artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal (“...*Se entiende por cópula, la introducción del pene...*”), se desprende que el tipo especial en comento, requiere de una calidad específica de tipo cualitativo sólo para el sujeto activo, quien necesariamente deberá ser del sexo masculino, como único ser que anatómicamente cuenta con miembro viril. El objeto material, entendido como la persona o cosa sobre la que recae propiamente la acción delictiva, lo constituye cualquier persona sin distinción de sexo. El resultado es de naturaleza formal, toda vez que no se exige una mutación en el mundo fáctico a fin de tenerlo por actualizado; máxime que el referido bien jurídico tutelado (*libertad psico-sexual*), no es susceptible de destruirse o consumirse por la acción delictiva desplegada por el activo. Entre la acción del activo y el resultado producido, no debe existir un nexo de atribuibilidad al constituir el delito un resultado formal y no material. El tipo penal requiere que la conducta sea realizada mediante la violencia, ya sea física o moral, como medio específico para su consumación. La descripción típica no requiere de circunstancias temporales, espaciales, de modo u ocasión. Como elementos normativos, la descripción típica contiene las expresiones semánticas “persona”, “cópula” y “violencia”, el primero es de valoración cultural, en tanto que los dos últimos son de valoración jurídica; en cuanto al primero de ellos, debe decirse que se entiende como un individuo de la especie humana, como un ente o unidad emotiva-pensante con voluntad y capacidad de decisión. Respecto del segundo, se tiene que además constituye el verbo rector de la conducta, conceptualizado conforme la interpretación auténtica que el legislador plasma en el propio artículo 174 del código penal capitalino como: “*la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal*”. Tocante al último concepto, debe decirse que en este, se engloban dos especies diferentes, tanto la violencia física como la



moral. La primera, es aquella fuerza material aplicada sobre el cuerpo del pasivo, utilizada por el agente para superar la resistencia de la víctima para obligarla contra su voluntad a someterse a la comisión de la cópula la que es de tal naturaleza que domina la voluntad opositora del sujeto pasivo, cuya negativa se exterioriza de tal manera que no existe duda de la ausencia de voluntad para realizar la cópula. Por violencia moral, se entiende el amago, amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla; la amenaza en sí carece de relevancia si no produce intimidación en la víctima, la cual consiste en la inhibición de la voluntad para resistirla, así la amenaza como medio empleado para provocar intimidación debe ser idónea para ese fin, la que radica en la circunstancia de que el mal con el que se amenaza sea real, grave e inminente, no es necesario que dicho mal recaiga sobre la persona a quien se obliga a obrar, pues el daño puede estar dirigido a un tercero. Luego, la amenaza debe tener la fuerza intimidatoria suficiente para vencer la voluntad del sujeto pasivo. Por otra parte, la norma penal analizada no requiere de un elemento subjetivo específico, empero, se exige del acreditamiento de un elemento subjetivo genérico, el cual, es de tipo eminentemente doloso directo, ya que es exigencia legal que el activo conozca los elementos del tipo penal y quiera su realización.

#### IV. CLASIFICACIONES DOCTRINALES

Conforme el estudio dogmático realizado en el apartado anterior, se tiene que en el delito de VIOLACIÓN, al requerirse necesariamente de una actividad positiva (*hacer*) excluyente de la omisión o negativa (*no hacer*), por tanto, debe ser considerada como un delito eminentemente de acción.

La VIOLACIÓN además, es un delito formal o de mera conducta, que se consuma y agota con la realización de la cópula, obtenida mediante la violencia física o moral.

Es un delito monosubjetivo, al no exigirse calidad específica de tipo cuantitativa para su integración.

Por regla general, es un delito plurisubsistente, a virtud de la pluralidad de actos materiales que el sujeto activo necesariamente debe realizar tendentes a realizar la cópula sobre el sujeto pasivo. En otras palabras, el delito de VIOLACIÓN es susceptible de consumarse en el momento mismo en el que el sujeto activo mediante la violencia, impone la cópula sobre la víctima, ya sea mediante uno o varios actos entrelazados.

Es un tipo penal básico o fundamental, en atención a su conformación típica, ya que su descripción constituye la base de formación de otros tipos penales que de él derivan (*v.gr. violación equiparada*) y que tienen en la ley un tratamiento diferente e incluso más grave en cuanto a su penalidad. No depende de ningún otro tipo penal para su conformación, por ello se afirma que es un tipo independiente.

No obstante lo anterior, debe puntualizarse también que es un tipo penal alternativamente formado por cuanto se refiere a su medio comisivo, ya que la violencia puede ser tanto física como moral.

En atención a su consumación, por regla general dicho delito es de realización instantánea, porque en el mismo momento de ejecución se consuma o agota el delito, aunque se cometa mediante la realización de una sola acción o bien, de una compuesta por diversos actos que producen el resultado.

Se ha reconocido que el tipo penal *in examine*, de igual manera, eventualmente puede ser de tipo continuo, cuando la consumación del delito se prolonga en el tiempo, siempre y cuando el sujeto activo con unidad de propósito delictivo, persista en el resultado del delito bajo una mismo lapso, no cese el medio comisivo empleado (*violencia*) en un mismo espacio y por tanto, se siga vulnerando el mismo bien jurídico protegido por la norma, no obstante, sea diversa la vía empleada para la introducción del miembro viril.

## V. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Se constituye como la libertad psico-sexual de las personas, entendida como ese derecho del individuo para disponer de su cuerpo en materia erótica y conforme a su propia y libre voluntad. Esto es, la

inviolabilidad del sujeto sexualmente libre, como una facultad más de autodeterminación del individuo, respecto del uso de su propio cuerpo en la esfera sexual.

## VI. LA CONDUCTA TÍPICA (VERBO NÚCLEO RECTOR DEL TIPO PENAL)

El núcleo típico de la figura, que es la cópula, lo constituye la introducción del órgano sexual masculino en orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona, a modo de hacer posible el coito o acto equivalente, sin que sea necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, es decir, con independencia de que se produzca o no la eyaculación (*inmissio penis*)<sup>3</sup>.

## VII. MOMENTO DE CONSUMACIÓN DE LA CÓPULA

Según Giuseppe Maggiore, debe entenderse por consumada la cópula, en el momento mismo de la introducción completa o parcial del miembro viril en la vulva, cavidad bucal u orificio anal de la víctima, por lo que no se requiere ni de la desfloración, ni de la *seminatio intra vas* (*derrame seminal dentro de otro órgano*), y mucho menos de eyaculación para tener por actualizado dicho delito<sup>4</sup>.

*“...Este criterio es compartido de manera unánime, a extremo tal que la propia legislación de Inglaterra, ha convalidado tal concepto al admitir sin ambages, ni recurrencia a otros elementos probatorios, que la mera introducción del pene sin valorar el modo o grado de penetración, es presupuesto decisorio y excluyente para tener por consumada la VIOLACIÓN”<sup>5</sup>.*

## VIII. EL BINOMIO VIOLENCIA-RESISTENCIA

Para que pueda estimarse que existe delito de VIOLACIÓN, se requiere necesariamente del elemento violencia, al cual,

<sup>3</sup> Figari, Rubén; *“Delitos de índole sexual (doctrina nacional actual)”*; ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2003, página 129.

<sup>4</sup> Cfr. Maggiore, Giuseppe; *“Derecho Penal, (parte especial)”*; volumen IV, editorial Temis, Bogotá Colombia, 1995, página 60.

<sup>5</sup> Sproviero, Juan; *“Delito de Violación”*; editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires Argentina, 1996, página 88.

ineludiblemente debe ir aparejado al elemento “resistencia” por parte del sujeto pasivo, porque de lo contrario, estaríamos en presencia del consentimiento. Esta violencia efectiva, debe ser suficiente y continua para vencer la resistencia natural de la víctima, y debe implicar necesariamente un sometimiento avasallador, de esta a la ajena libidine del activo<sup>6</sup>.

La violencia distingue entre moral y física, pero en ambos casos debe ser continua y suficiente a fin de vencer una seria y real resistencia del sujeto pasivo, a modo de que se evidencie como la causa inmediata y directa de la propia VIOLACIÓN. Sobre este particular, debe decirse que la violencia física (*vis absoluta*), se hace consistir en una fuerza del orden material que se aplica directamente sobre el cuerpo de la persona ofendida para superar o anular su resistencia u oposición a realizar la cópula.

*“...Se ha dicho por ello, que la oposición o resistencia de la víctima debe ser expresión manifiesta y opositora, a la pretensión del autor de lograr la conjunción carnal, y de ahí que dicha oposición deba ser constante y continuada, manteniéndose hasta el último momento en que la fuerza impuesta resulte suficiente para vencerla”<sup>7</sup>.*

## IX. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y SU INTERPRETACIÓN RESPECTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN

El Quinto y Séptimo Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito, dictaron resoluciones contradictorias ante hechos similares en los cuales circunscritos a un lapso y espacio, la pasivo del delito de violación, fue penetrada en diversas vías, ante lo cual el primero resolvió que se actualizaba un concurso de delitos, y el segundo, que se trataba de un delito continuo.

Tema resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a./J. 58/2005, dictada en el mes de

<sup>6</sup> Cfr. Dávila Reynoso, Roberto; Op. Cit., página 117.

<sup>7</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, et. al. “*Derecho Penal Mexicano (parte especial)*”; volumen II, editorial Porrúa, México, 2000, página 242.

agosto de 2005, al resolver la Contradicción de Tesis 46/2003-PS, en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, consultable en el tomo XXII, página: 268, que textualmente dispone:

“VIOLACIÓN. NO SE ACTUALIZA EL CONCURSO REAL DE DELITOS CUANDO SE IMPONE LA CÓPULA POR DIVERSAS VÍAS DURANTE EL MISMO LAPSO Y SIN HABER CESADO LOS MEDIOS COMISIVOS RESPECTO DEL MISMO SUJETO PASIVO. El concurso real de delitos no se actualiza cuando el sujeto activo en el tipo penal de violación previsto en el artículo 265 del abrogado Código Penal para el Distrito Federal, lleva a cabo la imposición de la cópula por diversas vías en un solo hecho circunscrito en el mismo lapso, con unidad de resolución, sin que hubieran cesado los medios comisivos y respecto del mismo sujeto pasivo. Lo anterior es así, porque aunque se trate de diversos actos, producen un resultado final que es el menoscabo o afectación a la libertad sexual del individuo, resultado de la unificación de varios hechos naturalmente separados bajo una sola figura -que es lo que la doctrina jurídica comúnmente denomina ‘delito plurisubsistente’-. En efecto, para que exista concurso real de delitos, además de pluralidad de acciones, deben darse varios designios o propósitos delictivos, lo que en el caso no ocurre porque existe unidad de propósito delictivo y de lesión jurídica; de ahí que se trate de un solo hecho delictivo que, en su caso, podrá sancionarse con una pena mayor, de conformidad con los artículos 51 y 52 del citado código”.

Con sustento en el anterior criterio jurisprudencial, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal estableció que, para el caso de que el agente delictivo mediante la violencia, imponga la cópula a la víctima en dos o más de las vías establecidas en el artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal, en un mismo lapso de tiempo y espacio y sin que haya cesado sobre ésta el medio comisivo, estaremos en presencia de un delito continuo y no así, ante un concurso real y homogéneo de delitos. Esto, en razón de que se trata de un solo hecho circunscrito a la misma temporalidad, una sola unidad de acción final y voluntad del activo, por lo que actua-

liza un solo hecho relevante para el derecho penal en la misma temporalidad, al estimarse que las acciones no estuvieron desvinculadas, ni cesaron los medios comisivos, ya que se reitera, se trata de un delito plurisubsistente –*entendido como la unificación de varios hechos delictivos bajo una sola figura*–.

## X. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. ¿EL DELITO DE VIOLACIÓN COMO DELITO CONTINUO?

No obstante la validez del anterior criterio jurisprudencial, debemos señalar que las anteriores argumentaciones jurídico-dogmáticas, de forma alguna pueden llevar a considerar que en el caso práctico planteado –*imposición de la cópula a una misma persona del sexo femenino en tres lugares y tres momentos diferentes, incluso en la primera, conforme las constancias hubo eyaculación del activo y respecto la última cópula, ésta fue realizada por dos vías*– resulte constitutivo de un solo delito continuo, bajo el argumento en discusión de que el hecho delictivo aconteció en un mismo lapso, con unidad de acción final, identidad de sujeto pasivo y sin que hubiere cesado la violencia ejercida sobre ella.

Lo anterior es así ya que, contrario a cualquier aseveración en contrario, debe puntualizarse primeramente que estamos en presencia de un *concurso real y homogéneo de delitos*, puesto que conforme la propia mecánica de hechos planteada, se advierte que la imposición de las tres cópulas a la sujeto pasivo, provienen de conductas o acciones delictivas autónomas entre sí que fueron desplegadas por el sujeto activo, las cuales, de forma alguna puede considerarse que acontecieron “...en un mismo lapso de tiempo...” (*temporalidad*).

Para dilucidar correctamente si en el caso concreto, las conductas desplegadas por el sujeto activo son constitutivas o no, ya sea de un delito continuo o bien de un concurso de delitos, debemos acudir a la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la cual, emanó el criterio jurisprudencial citado con antelación, la cual, en la parte relativa, es del tenor literal siguiente:

“...En efecto, en los casos que dieron origen a la contradicción de

*tesis existió unidad de resolución y una lesión al bien jurídico tutelado, una conexión temporal en la cual no cesaron los medios comisivos (ya sea violencia moral o física) e identidad del sujeto pasivo. Por tal motivo no se da el concurso real homogéneo de delitos de violación. - - - Esto es, siendo el bien jurídico tutelado la libertad sexual del individuo éste sufre menoscabo una vez impuesta la cópula por cualquiera de las vías previstas en el primer párrafo del artículo 265 del Código Penal en estudio; sin embargo, si como en el caso ésta es impuesta por diversas vías en un mismo lapso de tiempo y sin haber cesado los medios comisivos, es inconcuso que existe unidad de resolución y de lesión jurídica, si se trata del mismo sujeto pasivo, ya que los hechos en los casos concretos, aunque distintos entre sí, constituyeron un solo delito continuo. - - - Así, en este caso el delito de violación, como se precisó con anterioridad, es instantáneo por lo que al momento de que se da la conducta que viola la norma penal se destruye o es menoscabado el bien jurídico que tutela la misma; sin embargo, en la eventualidad en comento se tornó continuo o permanente, ya que por las circunstancias en las que ocurrieron los hechos criminosos, se prolongó en el tiempo, en el que existió unidad de acción al tratarse del mismo sujeto pasivo, sin que cesaran los medios comisivos por lo que no se trató de acciones desvinculadas, sino por el contrario de acciones vinculadas entre sí que tienen unidad de resolución al existir un solo propósito delictivo que consiste en la imposición de la cópula. - - - De esta manera, en los casos en estudio existió unidad de resolución y el hecho de que la cópula se haya impuesto al sujeto pasivo por diversas vías, no conlleva a considerar la existencia de un concurso real de delitos si existe continuidad en los medios comisivos, si fue durante un mismo lapso de tiempo y espacio, además que existe identidad en el sujeto pasivo, porque siendo diversos actos producen un resultado final que es el menoscabo o afectación a la libertad sexual del individuo, resultado de la unificación de varios hechos naturalmente separados bajo una sola figura que es lo que en la doctrina jurídica comúnmente se le llama delito plurisubsistente...”<sup>8</sup>.*

De lo anterior, válidamente podemos deducir conforme una

<sup>8</sup> Información obtenida de la Red Jurídica Nacional (Intranet) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

interpretación teleológica y sistemática del criterio de nuestro Máximo Tribunal de la Federación que, a fin de distinguir cuando estamos en presencia de un delito CONTINUO de VIOLACIÓN (y *por exclusión, cuando estaríamos en presencia de un concurso real de delitos*), deben acreditarse los siguientes requisitos:

- A. Exista identidad entre los sujetos activo y pasivo;
- B. El activo, evidencie una unidad de resolución en su actuar, así como también, que se actualice una unidad en la lesión al bien jurídico tutelado;
- C. La existencia de una conexión o identidad tempo-espacial en la realización de la conducta delictiva; y,
- D. No haya cesado durante todo ese intervalo el medio comisivo (*ya sea violencia moral o física*).
- E. Con independencia de los medios empleados para la cópula.

Luego, es inconcuso que conforme la propia mecánica del evento delictivo sujeto a estudio, no quedaron debidamente actualizados los requisitos contenidos en los incisos B, C y D.

En efecto, en el caso concreto, resulta evidente que no se acreditó una unidad de resolución en su actuar; puesto que el sujeto activo, al haber impuesto y culminado la primer cópula a la sujeto pasivo del delito, evidentemente que en palabras del Maestro Francisco Pavón Vasconcelos<sup>9</sup>, éste se separó de la “línea original del delito”, puesto que en ese instante, en su ilícito proceder concurren diversas finalidades, exteriorizadas a través de diversas conductas autónomas entre sí. Puesto que aún en los llamados “*delitos continuos*” o de “*consumación indefinida*”, también es factible determinar tanto: a). El momento en que la conducta delictiva inicia: b). El tiempo en el que éste tuvo continuidad o realización; así como también, c). La causa o motivo que lo hizo cesar.

Por ende, con base en dicho marco teórico –y *sin desdeñar la complejidad dogmática del presente asunto*– válidamente puede concluirse que no se acredita esa “*unidad de propósito delictivo*” en el

<sup>9</sup> Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco, “*Concurso Aparente de Normas*”, sexta edición, Porrúa, México, 2003.



autor, sino una “*pluralidad de propósitos delictivos*”, puesto que conforme la propia mecánica delictiva, resulta factible determinar en cada momento específico, tanto el inicio, duración y culminación de los tres ayuntamientos carnales que, mediante la violencia, le fueron impuestos a la sujeto pasivo.

Aunado a lo anterior, debe decirse sobre este mismo tópico (*inacreditación del elemento B*), que tampoco quedó actualizado en el caso concreto, una unidad en la lesión al bien jurídico, ya que el valor axiológico tutelado por la norma penal en estudio, NO fue objeto de una sola lesión por parte del sujeto activo, sino de varias lesiones producto de varias conductas autónomas desplegadas por el inculpado acaecidas en tiempo y espacios diferentes. Lo anterior, en razón de que al ser el delito de VIOLACIÓN un ilícito de resultado formal, que atenta contra la libertad psico-sexual de las personas, dicho bien jurídico protegido es susceptible de ser vulnerado en diversas ocasiones a consecuencia de diversos comportamientos delictivos, ya que el mismo, al no ser tangible o corpóreo, no es susceptible de consumarse o destruirse una vez actualizado el actuar delictivo del sujeto activo, sino por el contrario, es dable sostener que durante todo el lapso en que la pasivo permaneció al lado del sujeto activo, y en el cual tuvieron verificativo diversas conductas antisociales por parte del inculpado, dicho bien jurídico resintió diversos daños o alteraciones -sostener lo contrario, conllevaría a suponer que durante todo ese lapso en que víctima y victimario permanecieron juntos, necesariamente el sujeto activo debió estar “copulando” con la víctima del delito, a fin de estar en aptitud de establecer una sola lesión a dicho bien jurídico, lo que en la especie no aconteció-. Máxime que, conforme las particularidades del propio hecho, debe considerarse que al haber cesado cada una de las “cópulas” impuestas mediante la violencia a la sujeto pasivo, evidentemente que ésta en cada caso, recuperó dicha “libertad psico-sexual”; argumento que refuerza la postura de que el bien jurídico tutelado, fue lesionado en diversas ocasiones mediante conductas autónomas entre sí.

Consecuentemente, en el supuesto fáctico no se acredita este

primer elemento del delito CONTINUO.

Por lo que se refiere al diverso componente marcado con el inciso C, relativo a la existencia de una “conexión o identidad tempore espacial en la realización de la conducta delictiva”; debe puntualizarse que el mismo, tampoco se actualiza.

Concretamente, porque cada una de las conductas en análisis, tuvieron verificativo en circunstancias de tiempo diferentes –ya que la primera cópula se actualizó aproximadamente a las ocho de la mañana, y la última de éstas, aproximadamente a las doce de la mañana del mismo día de los hechos- así como también, en tres lugares diferentes (en una vecindad, en un parque y en un deportivo). Lo que de suyo, es revelador de la autonomía de tales ilícitos, por ende, la no actualización de este requisito en estudio.

Es necesario precisar sobre el particular, basados en una interpretación teleológica y sistemática de la precitada ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que el término “LAPSO” empleado por nuestro máximo Tribunal, no sólo se refiere a un abstracto e indeterminado transcurrir del tiempo, esto es, a un impreciso intervalo histórico; sino que el mismo, debe entenderse acotado o circunscrito siempre al inicio, duración y conclusión de una cópula que, mediante la violencia le hubiere sido impuesta a un sujeto pasivo. Esto es, conforme la propia mecánica del hecho, “LAPSO” se refiere a la duración concreta y precisa de cada “cópula” que ilegalmente le fue impuesta a la pasivo, y no así, a la completa duración o período cronológico total en el que la sujeto pasivo se mantuvo en compañía de su agresor sexual, toda vez que dicha interpretación, a la vez que descontextualiza la interpretación hecha por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de igual forma, es contraria al espíritu mismo de la Tesis jurisprudencial invocada, ya que “LAPSO”, se entiende también referido a una continuidad de acciones en un mismo tiempo y espacio; lo que en la especie no aconteció. Suponer lo contrario, esto es, que por el hecho de que la sujeto pasivo permaneció a lado de su agresor por un espacio cronológico temporal superior a cuatro horas, dicha temporalidad

es conformadora de un solo “Lapso” y por ende, constitutiva de un solo delito continuo de violación; equivaldría a suponer que todas las restantes conductas delictivas que eventualmente pudiera desplegar el activo cuando no copulaba con la sujeto pasivo –*esto es, cuando la trasladaba de un lugar a otro*– necesariamente deben quedar subsumidas dentro del único y continuo delito de VIOLACIÓN. Esto es, que si el sujeto activo hubiera lesionado a la pasivo a fin de obligar a esta a que lo acompañe de la vecindad al parque, y nuevamente golpearla a fin de que se traslade del parque al deportivo, por sí mismas no podrían estimarse constitutivas de dos delitos autónomos de lesiones, ya que al haberse cometido bajo los efectos de la comisión de un solo delito continuo de VIOLACIÓN que se prolongó en el tiempo (*prolongado sin existir cópula, esto es, existió violación aunque únicamente se caminó por la ciudad*), necesariamente tales lesiones deberán quedar subsumidas en el tipo de VIOLACIÓN, al ser un medio comisivo para dicha conducta principal; lo cual, resulta jurídicamente inaceptable.

Se estima ilustrativa la tesis aislada VI.2o.4 P, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo I, Junio de mil novecientos noventa y cinco, página 473, que textualmente establece:

*“LESIONES, CUANDO SE PRODUCEN COMO CONSECUENCIA DE LA VIOLACIÓN, NO CONSTITUYEN UN DELITO AUTÓNOMO. Si la alteración de la salud es producida como consecuencia de los medios comisivos del ilícito de violación, las lesiones no constituyen un delito autónomo sino que quedan inmersas en aquel tipo penal por haber sido los actos estrictamente indispensables para vencer la resistencia de la víctima”.*

Por ello, se insiste que debe concluirse que tales conductas, al haber sido realizadas en tres momentos perfectamente identificables y autónomos entre sí, no son constitutivos de un mismo “Lapso”, sino de tres temporalidades delictivas diferentes, por ende, integradoras de un concurso real y homogéneo de delitos.

Finalmente, tocante al elemento marcado con el inciso D, debe

decirse que conforme la propia mecánica de los hechos, se desprende que el medio comisivo violencia de igual manera cesó tras la realización de cada una de tales conductas, ya que se hace la precisión de que dicho medio comisivo tampoco fue empleado de manera permanente o continua sobre la víctima del delito a fin de imponerle ininterrumpidamente una “cópula”, sino que el mismo se interrumpió al haber cesado cada uno de tales “ayuntamientos carnales”, ya que, la serie de amenazas y/o agresiones de que fue víctima la pasivo al recorrer diversos puntos de la ciudad con su agresor, no tenían la inherente finalidad de intimidar a la víctima a fin de imponerle una cópula, sino, la de evitar que ésta se diera a la fuga o solicitara el auxilio policial. Por lo que tampoco se estima que en el caso concreto, el medio comisivo “VIOLENCIA” no hubiera cesado. Ya que se reitera, objetivamente es dable establecer la existencia y desarrollo autónomo de tres momentos delictivos.

## XI. ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE EL DELITO CONTINUADO

El Código Penal para el Distrito Federal regula al delito continuado en el artículo 17, fracción III, al tenor siguiente: “...*cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal*”.

La figura del “*Delito continuado*” de manera genérica, se hace consistir en una serie de hechos similares, cada uno de los cuales, tomado aisladamente, cae bajo la sanción de la ley penal, pero que no dejan de constituir una infracción única, derivado de la conjugación de determinados elementos.

“*El delito continuado está constituido por dos o más acciones u omisiones separadas por un cierto tiempo que, no obstante integrar cada una de ellas por separado la misma figura fundamental del delito, se valoran como uno solo en razón de la homogeneidad de sus elementos*”<sup>10</sup>.

Por su parte, Soler define a esta figura delictiva de la siguiente forma.

---

<sup>10</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco. “*Diccionario de Derecho Penal*”, editorial Porrúa, México, 1997, página 299.

*“el que se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley”<sup>11</sup>.*

Para Cuello Calón, existirá delito continuado cuando:

*“...el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales, aunque integra la figura delictiva, no constituye más que la ejecución de un solo y único delito”<sup>12</sup>.*

### ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS

Los antecedentes históricos de esta figura, los encontramos en la época de los post-glosadores, específicamente de Farinaccio, para evitar que como consecuencia de la dura penalidad existente en la época, se impusiera la pena de muerte al autor de un tercer hurto.

*“...Bettioli lo confirma al expresar que sus orígenes ‘políticos’ (favor rei) llevaron a los juristas de la Edad Media a considerar como un hurto singular o único a una pluralidad de hurtos, para eludir la grave pena al autor de tres hurtos (pena de muerte) a cuyo fin se insistió la vinculación cronológica”<sup>13</sup>.*

Al respecto, el ilustre Carrara (citado por José Moisés Vergara Tejeda en su obra), establece lo siguiente:

*“...dada esta pluralidad de acciones, el rigor de los principios habría requerido que al autor de las mismas se imputasen todos como otros tantos y distintos títulos de delitos. Conduciendo esto, por necesidad lógica, a una aglomeración de penas que podían ser exorbitantes, los prácticos introdujeron la doctrina de la continuación, la cual tiene la benigna finalidad de considerar los diversos delitos como un solo delito continuado, a fin de aplicarle una imputación conjunta mas grave que la atribuible al delito único, pero nunca equivalente a la suma resultante de la acumulación de las imputaciones debidas a cada infracción”<sup>14</sup>.*

<sup>11</sup> Soler, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires Argentina, 1951, página 341.

<sup>12</sup> Cuello Calón, Eugenio. “Derecho Penal”, Tomo I, decimocuarta edición, editorial Barcelona, España, 1964, página 641.

<sup>13</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., página 299.

Por otra parte, su primer antecedente legislativo lo encontramos en el código italiano de 1930, en el cual, quedó plasmada dicha figura delictiva de la siguiente manera:

*“Las disposiciones de los artículos precedentes, no se aplicarán a quienes, con varias acciones u omisiones que realizan un mismo designio criminoso, cometieren, inclusive en momentos distintos, varias violaciones de una misma disposición legal aunque sea de distinta gravedad. En este caso, las diversas violaciones se considerarán como una sola infracción y se aplicará la pena que debería inflingirse por la más grave de las violaciones cometidas, aumentada hasta el triple”<sup>15</sup>.*

Por lo que respecta a nuestra legislación nacional, dicha institución *ius punitiva* fue incluida en nuestro Código Penal Federal, en virtud de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, en cuya primigenia redacción, no se contemplaba el elemento: “*identidad del sujeto pasivo*”.

“Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El delito es:

[...]

III.- *Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal”.*

### **DIFERENCIA CON LA FIGURA DEL “CONCURSO DE DELITOS”**

Como su nombre lo indica, el denominado “concurso” exige para su integración, de la actualización de dos o más delitos autónomamente concebidos, a diferencia del delito continuado, el cual, será siempre considerado como un solo delito, con independencia de la pluralidad de conductas ilícitas que lo constituyen. De manera más específica, podemos advertir que se diferencia del “Concurso Real”, porque los distintos hechos no se presentan como in-

<sup>14</sup> Vergara Tejeda, José Moisés. “Manual de Derecho Penal, Parte General”. Ángel Editor, México 2002, página 405.

<sup>15</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., página 299.

dependientes, y del “Concurso ideal” porque en él, todos los hechos responden a una homogeneidad típica.

#### EL DELITO CONTINUADO EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL MEXICANA

Existen diversas teorías que han intentado explicar dicha figura, entre las cuales, podemos destacar a las *Teorías Objetivas* desarrolladas principalmente por los autores alemanes, que tratan de explicar la unidad de las diversas conductas delictivas en el interés protegido o en la norma infringida. Así como a las *Teorías Subjetivas*, de corte eminentemente italiano, las cuales, acuden a la intención, propósito o designio para perfilar el fundamento de la unidad que de fisonomía a dicha figura; no obstante, la propuesta teórica de mayor aceptación entre los doctrinarios —e incluso, sobre la cual descansa nuestra vigente normatividad— la constituye la denominada *Teoría mixta u objetiva-subjetiva*, en la cual, se afirma la existencia del delito continuado, cuando se acepta la existencia de un elemento de vinculación de todas ellas que lo es la unidad de resolución, a la que se suman la unidad del bien jurídico lesionado y la identidad del tipo.

Dicha corriente ideológica es la que adopta nuestro actual Código Penal Federal al definir a la figura del delito continuado de la siguiente forma:

“Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

[...]

El delito es:

[...]

III.- Continuo, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal”.

Elementos integrantes:

Conforme la lectura de la propia ley, podemos desprender como elementos integrantes de esta figura delictiva los siguientes:

a). La existencia de una pluralidad de conductas. Este es un

elemento de naturaleza estrictamente objetiva que reviste singular importancia porque el *delito continuado* en esencia se traduce en una reiterada violación a la ley. Esta aludida pluralidad, significa que en la concurrencia de acciones se dé entre una y otra una separación espacio temporal bien definida, por lo que este elemento presupone conductas perfectas y autónomas entre sí. El tiempo transcurrido entre una y otra conducta puede ser cualquiera, siempre que dicho lapso no sea capaz de interrumpir el nexo de continuidad y no pueda interpretarse como autónoma una nueva resolución delictiva del agente. Lo decisivo, será entonces que cada una de tales acciones, constituya una previsión típica hipotéticamente atribuible al autor de manera aislada, pero vinculadas entre sí en virtud de una misma resolución delictiva.

Esta es la característica principal del delito continuado, que éste se caracteriza por que cada una de las acciones que lo constituyen, representan ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito.

b). Unidad de propósito delictivo. Tal como se precisó con antelación, esta identidad en el plan, designio o pensamiento delictivo del autor, es el punto de conexión entre las diversas acciones u omisiones delictivas desplegadas por el autor. Esta *unidad de propósito delictivo* también denominada *unidad de resolución*, demanda que se abarquen todas las cuestiones relativas al hecho; dicho nexo subjetivo vincula los diferentes hechos constitutivos de delito, a grado tal de hacerlos dependientes e interconectados entre sí<sup>16</sup>.

Esta parte integrante del delito continuado, es la más polémica, la cual, incluso ha dado lugar a la creación de diversas figuras tendientes a explicarlo, entre ellas, destaca la idea de un “dolo unitario” o bien de un “dolo conjunto”, que no es sino el designio común en el actuar del sujeto activo, lo que significa que todas las conductas desplegadas por el autor, quedan vinculadas unas a otras de acuerdo al plan concebido por el autor, quien reitera en cada una de ellas, su

<sup>16</sup> Cfr. Moreno Rodríguez, Rogelio. “Diccionario de Ciencias Penales”; editorial Ad Hoc, Villela Editor, Buenos Aires, Argentina, 2001, sin número de página.



actuación dolosa preconcebida. Esto es, no puede hablarse de la existencia de un dolo autónomo en cada conducta, sino de uno genérico que las engloba.

Se hace necesaria la presencia de una resolución común en las diversas acciones. Esto es lo que doctrina también denomina como “dolo conjunto” o “dolo total”, que comprende la unidad de la finalidad en diversas acciones que se realizan. La unidad de la resolución criminal debe abarcar todas las fases de la continuación del delito. Las distintas acciones deben ser unificadas por una sola voluntad; la unidad subjetiva es aquí rectora, pero apoyándose en hechos objetivamente homogéneos.

La anterior aseveración encuentra sustento al analizar la diversa figura del “*Iter criminis*”, cuya fase interna (*tratándose de un delito doloso*) inicia con aquella etapa donde el sujeto activa *concibe* la idea delictiva, luego, *delibera* respecto de esa idea antisocial, para finalmente *resolver o decidir* en torno a su realización. Conforme lo anterior, esta idea de “intención” es la que debe dominar toda la concepción del delito continuado, entendida como la resolución del sujeto de llevar a cabo el daño o resultado lesivo que se ha propuesto.

Luego, podemos afirmar que este dolo es el elemento más delicado y esencial del delito continuado, por ende, se excluye la posibilidad técnica jurídica de integrar “delitos continuados culposos”.

Para determinar con nitidez qué debemos entender por esta “*unidad de propósito delictivo*”, hemos de partir del hecho de que se trata de un elemento de naturaleza subjetiva, razón por la cual, se debe acudir a la psique del autor, a su ámbito cognoscitivo a fin de dilucidarlo a la luz de cada caso concreto. Los autores estiman importantes elementos distintivos de dicho elemento, entre los cuales se destacan: *La unidad de tiempo*; *La unidad de lugar* y; *La unidad de sujeto pasivo*; todos estos, a fin de establecer la existencia o no de esta figura delictiva en cada caso concreto.

En suma, podemos definir a este elemento como la sola intención o unidad anímica del sujeto para obtener un resultado típico.

La fórmula del Código Penal Federal pone énfasis en la intención (*resolución criminal*) del autor como criterio determinante para establecer la presencia de un delito continuado. Sin embargo, no es suficiente el análisis de esta resolución unificadora independiente de las acciones. Lo fundamental, hay que verlo en la estructura y modalidad de ejecución de los hechos, de ahí debe inferirse la unidad subjetiva de todas acciones consecutivas. En definitiva, lo objetivo es el marco de donde emerge lo subjetivo; la unidad en palabras de Merkel, no depende totalmente de la mente del autor.

*“El punto de vista del derecho no es el punto de vista del delincuente. Lo que para éste último se presenta como una unidad, no es preciso que se presente del mismo modo también aquél. La circunstancia de los delitos de un ratero o los de una banda de ellos o de una cuadrilla de ladrones tenga su raíz en una sola resolución puede, sin duda, ser tomada en cuenta para la punición de los delincuentes; pero a los delitos cometidos no les quita nada de su significación independiente, ni los toma en elementos constitutivo de un delito único”.*

De esta forma, no obstante las violaciones a la ley se hubieran cometido en momentos diversos, lo importante será apreciar una unidad típica de acción cuando la obtención del resultado suponga varios parciales basados en la misma intención, como dice Maurach:

*“objetivamente la acción continuada presupone que los actos particulares realizados por el autor sean homogéneos, que lesionen el mismo bien jurídico, que guarden una relación de tiempo y lugar entre sí, que se hayan cometido aprovechando ocasiones esencialmente iguales. Deben concurrir estas condiciones para poder apreciar un hecho continuado”.*

Esta resolución criminal, entendida como una finalidad determinada, es calificada por algunos doctrinarios como dolo continuado (*homogeneidad subjetiva*) lo que presupone una unidad de acción, de tal modo que el agente renueve la misma o similar resolución de actuar bajo la eficacia modificadora de las circunstancias iguales o semejantes.

Se habla entonces de la necesidad de ese aludido “dolo global, totalizador o unitario”, que abarque el resultado total del hecho en sus rasgos esenciales en cuanto al lugar, al tiempo, a la persona, a la

víctima y a la forma de comisión, de tal modo que los actos parciales no representen mas que la realización sucesiva de la totalidad querida unitariamente. Es preciso admitir esta concepción relativamente estricta del delito continuado porque en la ley no existe ningún punto de diferencia que permita al juez hacer varios hechos uno solo, al menos en la medida en que los casos sociales se encuentren ligados por un vínculo subjetivo.

c). Identidad en el sujeto pasivo. Se parte del principio lógico jurídico de que se necesita de la existencia de un derecho o de un bien jurídico reconocido y protegido por la ley, que necesariamente deberá de tener un titular, el cual, siempre resultará agraviado por la comisión de un específico tipo de delito.

Así, las diversas acciones con la misma resolución criminal, deben lesionar el mismo bien jurídico. No hay delito continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares. Un criterio más amplio y acertado al admitir que es suficiente que la violación sea de normas semejantes, pues lo importante es la unidad del bien jurídico. Luego, en caso de no actualizarse este elemento, resultaría configurativo de un concurso de delitos.

d). Identidad de lesión jurídica o violación a un mismo precepto legal. Se considera que es la violación del sujeto a una disposición legal típica-penal, la cual, como se ha dicho, lleva implícita la antijuridicidad. Se entiende lisa y llanamente como la violación a la misma norma jurídica.

### **DELITO CONTINUADO. MOMENTO DE CONSUMACIÓN**

Por regla general, se habla de que un delito se ha consumado en el momento mismo en que se integran todos sus elementos constitutivos. En el caso de los delitos continuados, dicha consumación se inicia (*período consumativo*), en cuanto se inicia dicha pluralidad de conductas. Dicho período es discontinuo (*a diferencia del delito permanente en el cual es continuo*), y se consume hasta que se ha producido la última conducta delictiva.

*“...existiendo unidad de propósito e identidad de lesión jurídica,*

*comenzará el período consumativo del delito continuado desde el momento en que exista pluralidad de conductas. En otros términos, dada la especial estructura del delito continuado, el período consumativo será más o menos largo o discontinuo, a diferencia del delito permanente en el que existe un período de consumación continuo”<sup>17</sup>.*

La legislación federal mexicana, recoge este principio, en el que la consumación de un delito continuado tiene lugar cuando se comete el último delito de los que conforman la continuación delictiva, al establecerse lo siguiente:

*“Artículo 102.- Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades, y se contarán:*

*III.- Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado”.*

## **XII. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. ¿VIOLACIÓN COMO DELITO CONTINUADO?**

Finalmente, debe decirse que atenta la mecánica de los hechos delictivos planteados, tampoco se estima que en el caso concreto se hubiera actualizado un DELITO CONTINUADO de violación, sino que se insiste, un concurso real de delitos homogéneos.

Para lo cual, es necesario citar el contenido del artículo 17 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual, es del tenor literal siguiente:

*“Artículo 17 (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:*

*[...]*

*[...]*

*III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal”.*

Luego, de la lectura del citado numeral, confrontado a la luz de

<sup>17</sup> Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. “Programa de la Parte General del Derecho Penal”. editorial Trillas, tercera edición, México, 1990, página 807.

las constancias integradoras del ilícito en estudio, es de concluirse que si bien es cierto en el caso concreto, sería dable establecer la existencia de una “*pluralidad de conductas*” desplegadas por el sujeto activo, respecto de un “*idéntico sujeto pasivo*”, con lo cual, se concretó “*un mismo tipo penal*”; no menos cierto es también que en el caso concreto, no se actualiza el primer elemento del delito continuado, referido a la existencia de una “*unidad de propósito delictivo*”.

Lo anterior es así, ya que en tratándose de la ejecución de diversos delitos de violación en contra de una misma persona, ya sea en una misma vía o en diferentes, no puede estimarse a las subsecuentes cópulas como una continuación del primero de los ilícitos cometidos, al tratarse de un delito instantáneo, en el que al consumarse, quedan agotados todos sus elementos constitutivos. Conductas que además, de forma autónoma lesionan bienes jurídicos de personalísima naturaleza, como lo es la libertad psico-sexual de las personas; por tanto, tales conductas, no pueden considerarse como integradoras de una “*unidad de propósito delictivo*”, exigida en los delitos continuados, ya que dicha figura, únicamente es susceptible de recaer sobre bienes jurídicos corporeizables en cosas u objetos de naturaleza real que admitan la continuación. Esto es, dada la naturaleza propia del delito de VIOLACIÓN, el propósito del sujeto activo se agota en cada momento de ejecución de la conducta núcleo rectora del tipo penal, por lo que, la pluralidad de estas conductas (*cópula*), es constitutiva de un concurso real y homogéneo de delitos y no así un delito continuado. Máxime que, de igual manera, resulta inadmisibles el fraccionar en cada momento el bien jurídico “libertad psico-sexual del pasivo”. Afirmar lo contrario, sería tanto como sostener que el sujeto activo desde un primer momento, se propuso afectar un específico y concreto bien jurídico, y que en las subsecuentes acciones delictivas desplegadas, su finalidad era agotar o consumir ese mismo bien jurídico.

Al respecto, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, sostiene:

“...Por nuestra parte, negamos definitivamente la posibilidad real de un delito continuado de violación, considerando que la gravedad del

*atentado configura como delito autónomo todo ayuntamiento violento sobre la misma víctima, dando base a un concurso real de delitos de VIOLACIÓN...”*<sup>18</sup>.

Por su parte, Justo Laje Anaya, afirma que:

*“...El delito de VIOLACIÓN, no puede cometerse en forma continuada, pues se trata de un hecho o de varios hechos independientes, si siendo, múltiples los accesos, éstos representan a la vez más de un atentado contra la honestidad, la reserva a la libertad sexual. Si es sólo uno el atentado, el doble acceso no implica reiteración”*<sup>19</sup>.

Se estima aplicable la tesis aislada en materia penal emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Octava Época del Semanario Judicial de la Federación, tomo IX, enero de 1992, página 278, que ad litteram establece:

*“VIOLACIÓN, INADMISIBLE LA INTEGRACIÓN CONTINUADA DEL DELITO DE. De acuerdo con lo preceptuado en la fracción III del artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal, para que se configure un delito de naturaleza continuada, se requiere: a) Que exista pluralidad de conductas; b) Las que violen el mismo precepto legal; y, c) Que en todas ellas coexista la unidad de propósito delictivo. Ahora bien, tratándose del delito de violación a que se refiere el numeral 265 del ordenamiento punitivo en cita, ante la múltiple concreción de conductas típicas sobre la misma pasivo, no cabe afirmar que se actualice también la unitaria finalidad delictual que se requiere para tenerlo como continuado; porque, dada la naturaleza del delito, el propósito del activo se agota en cada momento de comisión, gestándose por tanto en tal circunstancia un concurso real homogéneo de delitos de violación y no un ilícito complejo con carácter continuado, ya que, por otra parte, es inadmisibles el fraccionar el bien jurídico de la libertad y seguridad sexual del pasivo en cada caso, para sostener que el activo se propuso, en un primer momento, afectar tanto una como otra y que en sus restantes actos no volvería a conculcar esa libertad (unidad de propósito); por*

<sup>18</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco; Op. Cit., página 289.

<sup>19</sup> Laje Anaya, Justo; “Comentarios al Código Penal. Parte Especial” Volumen I; editorial Desalma, Buenos Aires, 1978, página 349.

ello, es que en la violación no cabe la continuidad del delito”.

De igual forma, la diversa tesis aislada emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Octava Época del Semanario Judicial de la Federación, tomo IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, página 577, que textualmente establece:

“VIOLACIÓN, ES DELITO INSTANTÁNEO Y NO CONTINUADO. La ejecución de diversos delitos de violación en contra de la misma menor, no puede estimarse como continuación del primero de los cometidos, porque se trata de un delito instantáneo en el que al consumarse se realizan todos sus elementos constitutivos, que lesionan bienes jurídicos de personalísima naturaleza, como es la tutela de la libertad sexual en los púberes y la seguridad sexual en los impúberes; por tanto, tales conductas delictivas no forman la unidad de un sólo delito, porque no recaen sobre intereses jurídicos corporeizados en cosas u objetos de naturaleza real que admitan la continuación, aun en el caso de ataques sucesivos al mismo bien jurídico, materializados en objetos pertenecientes a diversas personas”.

En este orden de ideas, y bajo un razonamiento de tipo analógico, se estima necesario citar el contenido de la tesis jurisprudencial 1a./J. 201/2005, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 125/2005-PS, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, febrero de dos mil seis, página 33, que textualmente establece:

“ABUSO SEXUAL. SE ACTUALIZA EL CONCURSO HOMOGÉNEO DE DELITOS CUANDO EXISTA PLURALIDAD DE CONDUCTAS EJECUTADAS POR EL MISMO SUJETO ACTIVO EN CONTRA DEL MISMO PASIVO, REALIZADAS EN DISTINTO TIEMPO. Cuando en el delito de abuso sexual se está en presencia de pluralidad de tocamientos efectuados por el activo en el cuerpo de la víctima, realizados en distinto tiempo y encaminados en cada ocasión a consumir dicho ilícito, en cada una de ellas se actualizará un delito independiente, pues el abuso sexual es un delito instantá-

*neo, porque en el mismo momento en el que se actualiza la conducta punible se produce el resultado, esto es, se destruye o sufre un menoscabo el bien jurídico tutelado, por lo que debe estimarse que se actualiza el concurso real homogéneo de delitos. En estos casos, no puede hablarse de un delito continuado, porque las conductas que se producen bajo ese esquema no son susceptibles de actualizar la unidad de propósito delictivo que requiere este tipo de delitos, entendiendo como tal el elemento de carácter subjetivo que exige del sujeto activo un conocimiento estructurado, un trazo a modo de plan o proyecto o un designio único, mediante el cual las diversas acciones delictivas aparecen significando etapas de realización hacia un objetivo común y por esa razón integran un delito único”.*

En dicha tesis, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar los criterios sustentados en las ejecutorias contendientes, analizaron diversas hipótesis fácticas que guardan cierta analogía con el caso concreto materia de este estudio, relativas a cuando si un sujeto activo de manera reiterada, incurre en una conducta de realizar tocamientos con fines lascivos sobre el cuerpo de la víctima (s), sin la finalidad de llegar a la cópula (*Abuso Sexual*), los cuales fueron realizados en diversos momentos y en fechas diferentes, podría ser considerado como un “delito continuado” o bien, como un “concurso real homogéneo de delitos”.

De esta forma, al analizar la ejecutoria de donde emana la tesis supracitada, se advierte que los Ministros de nuestro más Alto Tribunal de la Federación, formularon las siguientes consideraciones:

*“...Así, si cada uno de los tocamientos efectuados por el activo en el cuerpo de la víctima se realiza sin su consentimiento y con la ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, podrá sostenerse que en cada ocasión en que se actualicen tales elementos típicos, entonces se estará en presencia de un abuso sexual, lo que se confirma si se considera que este delito es instantáneo porque en el mismo momento en el que se actualiza la conducta se produce el resultado, esto es, se destruye o sufre un menoscabo el bien jurídico tutelado; lo que trae consigo el que si estos tocamientos se verificaron en fechas diversas, entonces en*



*cada fecha se actualizó el delito de abuso sexual y habrá tantos delitos como ocasiones se presenten... en el delito de abuso sexual difícilmente se advierte que con la comisión de cada conducta ilícita, acontecida cada una en diversa fecha, se pueda alcanzar un objetivo adicional o final que justifique que cada abuso sexual tenga que cometerse de manera estructurada, por episodios o como parte de un plan o proyecto para alcanzar un fin diverso y, de esta manera, estimarse que se está en presencia de un solo delito; pues una vez satisfecha la pretensión del autor del ilícito, consistente en lacerar el bien jurídico tutelado, éste podrá repetir o no su actuar delictuoso, sin que por su abstención comprometa de algún modo la obtención de un designio único, ni tampoco puede sostenerse que por el hecho de que realice las conductas en momentos diferentes se le facilite perpetrar el delito en su unidad*".

De lo antes expuesto, es evidente que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estimó que en tratándose del delito de "Abuso sexual" cometido en diversas ocasiones, espaciadas entre sí, sobre una misma persona y por un mismo sujeto activo, NO puede integrar un delito continuado, básicamente porque no es factible que se actualice el elemento subjetivo o "hilo conductor" de cada una de las conductas, consistente en la unidad de propósito delictivo para alcanzar un fin diverso y que justifique considerar a tal pluralidad de conductas como constitutivas de un solo delito. Criterio que comparto, razón por la cual, a manera de conclusión, se afirma que en el caso concreto, el hecho fáctico analizado resultó constitutivo de un concurso real y homogéneo de delitos.

No se soslaya que sobre el particular, el distinguido académico Doctor Enrique Díaz Aranda, estima que el caso fáctico en estudio, es susceptible de configurar un singular delito continuado de VIOLACIÓN, ya que desde su particular punto de vista, la sujeto pasivo del delito nunca recuperó la titularidad del bien jurídico protegido, el cual, resintió un solo menoscabo durante todo el tiempo en que se prolongó el ilícito proceder desplegado por el activo.

Propuesta de solución teórico-dogmática, la cual, respetuosamente no se comparte, ya que tal como se precisó con antelación,

partiendo de la base de que el valor axiológico tutelado por la norma penal en estudio, lo constituye la “libertad psico-sexual de las personas”, es evidente que dicho bien jurídico tutelado es susceptible de ser vulnerado en diversas ocasiones a consecuencia de diversos comportamientos delictivos desplegados por una persona, ya que el mismo, al no ser tangible o corpóreo no es susceptible de consumarse o destruirse una vez actualizado el actuar delictivo del sujeto activo. Luego, es dable sostener que en el caso concreto, durante todo el lapso de tiempo en el que la pasivo permaneció al lado del sujeto activo, y en el cual, tuvieron verificativo diversas conductas antisociales por parte de éste último, dicho bien jurídico resintió diversos daños o alteraciones producto de varias conductas autónomas desplegadas por el inculpado se insiste, acaecidas en tiempo y espacios diferentes.

Máxime que, el delito de VIOLACIÓN en atención a su consumación, por regla general es de realización “instantánea” *-porque en el mismo momento de ejecución se consume o agota el delito, aunque se cometa mediante la realización de una sola acción o bien, de una compuesta por diversos actos que producen el resultado-* por ende, es inconcuso que conforme las particularidades del propio hecho, debe considerarse que al haber cesado cada una de las “cópulas” ilegalmente impuestas mediante la violencia a la sujeto pasivo, en espacios de tiempo y lugar perfectamente definidos y autónomos entre sí, es evidente que la pasivo en cada caso, recuperó dicha “libertad psico-sexual” una vez consumada cada una de las tres conductas delictivas. Afirmar lo contrario, conllevaría a suponer que durante todo ese lapso en que víctima y victimario permanecieron juntos, necesariamente el sujeto activo debió estar “copulando” con la víctima del delito, a fin de estar en aptitud de establecer una sola lesión a dicho bien jurídico; o en todo caso, que la sujeto pasivo nunca recuperó esa libertad psico-sexual de la cual, es titular.

Por otra parte, tampoco pasa desapercibida la diversa propuesta teórico-dogmática, a través de la cual, se pretende afirmar la actualización en el caso concreto de un sólo delito continuado, bajo el

argumento de que el medio comisivo VIOLENCIA, no cesó durante todo el tiempo en que los sujetos activo y pasivo permanecieron juntos. Postura que, de manera respetuosa, tampoco se comparte, ya que dicho medio comisivo conforme la propia dinámica delictiva expuesta, no fue empleado de manera permanente o continua sobre la víctima del delito a fin de imponerle ininterrumpidamente una “cópula”, sino que dicha VIOLENCIA de igual manera cesó al momento mismo de haberse consumado cada uno de los “ayuntamientos carnales” ilícitamente impuestos a la pasivo; ya que, la serie de amenazas y/o agresiones de que fue víctima la ofendida al recorrer diversos puntos de la ciudad con su agresor, con independencia de que autónomamente pudieran resultar o no constitutivos de un diverso ilícito, NO tenían la inherente finalidad de intimidar a la víctima a fin de imponerle una cópula, sino la de evitar que ésta se diera a la fuga o solicitara el auxilio policial. En otras palabras, partiendo de un orden o preeminencia lógico, lo principal es susceptible de subsistir sin lo accesorio, empero, lo accesorio es nulo sin lo principal; de esta forma, no puede hablarse de la subsistencia o permanencia del medio comisivo VIOLENCIA durante el desarrollo de todo el evento delictivo (*aspecto accesorio o secundario del delito*), cuando lo principal, esto es, la conducta núcleo rector del tipo penal (*copular*), a través de los diversos argumentos y razonamientos expuestos en este sucinto estudio, ha quedado demostrado que no se actualizó de manera permanente o indeterminada, sino perfectamente definida en sus aspectos tempo-espaciales.

Consecuentemente, estimo que con base en la totalidad de las anteriores argumentaciones, en el caso concreto el hecho fáctico que fue analizado es constitutivo de un concurso real y homogéneo de delitos, y no así, de un solo delito ya sea de tipo CONTINUO o CONTINUADO.

## Reflexiones sobre fuero de guerra y seguridad nacional de cara al siglo XXI

Genaro González Licea\*

Sobre el tema fuero de guerra y seguridad nacional existen más interrogantes que respuestas. Dentro de las interrogantes que surgen se encuentran, por ejemplo: ¿Qué es el fuero de guerra contenido en el artículo 13 constitucional? ¿Cuál es este procedimiento tan especializado que comprende tanto los delitos como las faltas contra la disciplina militar?<sup>1</sup> ¿Qué debe entenderse por seguridad nacional? ¿Sigue vigente el concepto amurallado de seguridad nacional, producto de la Segunda Guerra Mundial, que engloba la participación de fuerzas políticas, militares, económicas y sociales para defender y garantizar la tranquilidad nacional?

Con respecto al fuero de guerra se tiene que éste prevaleció, no pasó lo mismo con el fuero eclesiástico, en el artículo 13 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, que dice: “En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes priva-

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

<sup>1</sup> Es de señalar que los Tribunales Militares como los conocemos actualmente, tienen su referencia en la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares de la Administración de Justicia Criminal Militar expedida en 1913, cuestión que se confirma el 31 de julio de 1914, fecha en la cual el primer jefe del Ejército constitucionalista Venustiano Carranza, emite un decreto sobre justicia en el fuero de guerra, en donde dice que: “por decreto No. 13 de 27 de noviembre de 1913, esta primera jefatura tuvo a bien crear tribunales del fuero de guerra, debiendo ser ahora los mismos que en razón de las circunstancias, conozcan de los expresados delitos federales, para que impartan justicia dentro de las exigencias revolucionarias”. Véase: Antonio Saucedo López, *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 119, México, 2002. páginas 50 y 51.

tivas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción”.

Por su parte, el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, dice: “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.

En materia de fuero de guerra se tiene como definición irrefutable la que dice que: “es una jurisdicción especializada que comprende el conocimiento tanto de los delitos como de las faltas contra la disciplina militar y, por ende, a todas las autoridades legalmente facultadas para intervenir en tales asuntos e imponer las sanciones que correspondan (penas o correctivos disciplinarios), y no sólo a las que señala el artículo 28 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, a saber, el Supremo Tribunal Militar, la Procuraduría General de Justicia Militar y el Cuerpo de Defensores de Oficio. En ese sentido, aun cuando la Secretaría de la Defensa Nacional puede ser considerada como una autoridad administrativa, en virtud de que pertenece a la Administración Pública Federal Centralizada, es indudable que al ejercer la facultad que le fue conferida para organizar, equipar, educar, capacitar y desarrollar a las Fuerzas Armadas de tierra y aire, así como para conocer y sancionar, por conducto de las autoridades castrenses competentes, los delitos y faltas contra la disciplina militar, se constituye como un órgano

del fuero de guerra, por lo que tratándose de arrestos por faltas contra la disciplina militar, no resulta aplicable el límite temporal de treinta y seis horas que el artículo 21 de la Constitución Federal prevé para los arrestos por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, en tanto que dicho fuero constituye una excepción a los principios consagrados en el primer párrafo del citado precepto constitucional”.<sup>2</sup>

Sin embargo, también existen cuestionamientos doctrinales al respecto, uno de los más agudos es el que argumenta José Luis Soberanes Fernández al decirnos que: “El artículo 13 constitucional habla del fuero de guerra por razones de tipo histórico, ya que ha sido término tradicional de nuestro derecho patrio desde la época colonial; sin embargo, no se trata de un fuero en estricto sentido, sino más bien de un régimen jurídico especializado en delitos y faltas contra la disciplina militar”.

¿Significa que más que un fuero de guerra lo que existe es un régimen jurídico especializado en delitos y faltas contra la disciplina militar? Fuero es un privilegio de que gozan algunos servidores públicos. Fuero implica competencia jurisdiccional, y la competencia, en sentido estricto, nos dice Eduardo J. Couture, es una “medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, consistente en la determinación genérica de los asuntos en los cuales es llamado a conocer, en razón de la materia, cantidad y lugar”. Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer un determinado asunto. La competencia es una medida de la jurisdicción.

El fuero de guerra constituye, entonces, una garantía de los militares, es decir, de aquellos servidores públicos que tienen grado en las Fuerzas Armadas mexicanas, así como un régimen jurídico especializado en delitos y faltas contra la disciplina militar. Recuer-

---

<sup>2</sup> Criterio jurisprudencial 2a./J. 153/2004, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, octubre de 2004, página 373, de rubro: Arrestos por faltas contra la disciplina militar. No es aplicable el límite temporal de treinta y seis horas que para los arrestos por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía prevé el artículo 21 de la constitución federal.

dese que es por medio de la disciplina militar como se mantiene “incólume el régimen que prevalece en el seno de las organizaciones militares, ya que si no hubiere disciplina estaríamos frente a un grupo de bárbaros armados que pondrían innegablemente en peligro no sólo la seguridad de la nación, sino toda la existencia estatal”.<sup>3</sup>

Efectivamente, la seguridad interior y la defensa exterior de la nación requieren de la existencia de un poder armado. El Ejército es un órgano concreto del Estado que exterioriza del poder del mismo Estado, en él recae y se ejerce su fuerza. Es por ello precisamente que en las infracciones disciplinarias, el sujeto activo tiene que ser militar y, por lo mismo, que en el derecho disciplinario militar el bien jurídico protegido sea garantizar la observancia de la leyes, “el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jurídico, con independencia de la protección penal que todo ello corresponda y del ejercicio de las facultades disciplinarias judiciales”.<sup>4</sup>

Tenemos así, grosso modo, que para juzgar en materia de delitos existen: El Supremo Tribunal Militar, el Consejo de Guerra Ordinario, el Consejo de Guerra Extraordinario y los Jueces Militares.

El Juez Militar instruye los procesos de su propio conocimiento o de la jurisdicción del Consejo de Guerra; es quien conoce y dicta el auto constitucional, auto que es apelable. Para conocer de la segunda instancia está el Supremo Tribunal Militar, el cual se integra de un Presidente, cuatro Magistrados y un Secretario de Acuerdos que autoriza y da fe. El Supremo Tribunal Militar confirma, modifica o revoca la sentencia recurrida o el auto apelado.

Es de mencionar que los jueces están facultados sólo para conocer de delitos cuya pena no exceda de un año, de ser mayor la penalidad, el órgano competente es el Consejo de Guerra, mismo que puede ser Ordinario y Extraordinario. El Consejo de Guerra Extraordinario es un proceso sumarísimo, en el cual se valoran las prue-

<sup>3</sup> Véase: Antonio Saucedo López, *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 119, México, 2002, página 58.

<sup>4</sup> Higuera Guimerá, Juan Felipe, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1990, página 54.

bas de incriminación penal. Este Consejo se integra cuando la disciplina ha sufrido lesiones muy importantes en su vida institucional, o bien, cuando en los procesos de la actividad castrense en que las garantías individuales se suspendan por causas, por ejemplo, de guerra.

Por su parte, el Consejo de Guerra Ordinario es la instancia que actúa para la administración de justicia en todo acontecimiento de la vida militar de los ejércitos, el proceso que aquí se lleva concluye con la suspensión de la sesión pública por parte del Presidente del Consejo para dictar sentencia que da fin a la audiencia. Dicho proceso está señalado en el Libro Tercero, Capítulo II, del Código de Justicia Militar y responde a que se ha agotado el procedimiento que nació desde el auto de formal prisión.

Con lo expuesto sobre el fuero de guerra o régimen especializado en delitos y faltas contra la disciplina militar, concluyo que en estos momentos de reestructuración del Estado mexicano, de sus instituciones, de las Fuerzas Armadas, es conveniente plantear, además de la adecuación de la legislación militar, el asegurar, por todos los medios, la imparcialidad en la impartición de justicia militar, la cual, se pone en la mesa de discusión, puede lograrse si, por una parte, la cúspide de la jurisdicción militar se instala en la Suprema Corte de Justicia de la Nación una Sala Militar, compuesta incluso por militares y con competencia para resolver determinados recursos y, por otra, si se mantiene y fortalece la jurisdicción militar relacionada con los valores y el cumplimiento de la disciplina militar.

Guardada la proporción, es de mencionar que en el caso de las Fuerzas Armadas españolas, “en la cúspide de la jurisdicción militar se encuentra la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Esta Sala está integrada por un Presidente y siete Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial, cuatro conforme a las reglas propias de la jurisdicción ordinaria y otros cuatro entre miembros del cuerpo jurídico militar, quienes también forman parte de la carrera judicial. Conoce de los recursos de casación y revisión que establezca la ley contra las resoluciones del Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales; de la instrucción y en-



juiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas, que sean competencia de la jurisdicción militar, cometidos por los altos dignatarios militares; de los recursos que procedan contra las decisiones en materia disciplinaria por las sanciones impuestas por el Ministerio de Defensa, así como por las impuestas por los órganos jurisdiccionales a los que ejerzan funciones judiciales, fiscales o secretarios que no pertenezcan a la Sala Quinta; de los recursos de apelación en materia de conflictos jurisdiccionales que admita la ley reguladora contra las resoluciones en primera instancia del Tribunal Militar Central; así como de las pretensiones de declaración de error de los órganos militares a los efectos de responsabilidad patrimonial del Estado”.<sup>5</sup>

Por lo que se refiere al concepto de seguridad nacional, es oportuno mencionar que éste carece de homogeneidad, así, por ejemplo, Antonio Cavalla Rojas en su texto *Fuerzas Armadas y defensa nacional*, editado por la Universidad Autónoma de Sinaloa, afirma que en Brasil, “seguridad nacional es el grado relativo de garantía, que a través de acciones políticas, económicas, psicosociales y militares, un Estado pueda proporcionar, en una determinada época, a la nación que jurisdicciona, para la consecución y salvaguarda de los objetivos nacionales, a pesar de los antagonismos internos o externos, existentes o previsibles”.

En la República de Chile se entiende por seguridad nacional al “conjunto de principios y normas esenciales que deben seguirse en todas las actividades nacionales, para alcanzar con unidad de pensamiento y coordinación de esfuerzos, los objetivos de la seguridad nacional misma”. En tanto que en la República del Salvador define a la seguridad nacional como “el equilibrio entre los factores de seguridad, desarrollo económico y estabilidad social, apoyados en estímulos domésticos o de origen exterior, que influyen directamente sobre la política, economía, tranquilidad social y preponderancia militar del sistema establecido”. Finalmente, Gerardo Clemente Ri-

<sup>5</sup> Varios Autores, Director Víctor Moreno Cetena, *Manual de Organización Judicial*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2003, páginas 168 y 169.

cardo Vega García, en su libro *Seguridad nacional: concepto, organización, método*, menciona que “la seguridad nacional, en mi opinión, aunque compleja y difícil no es un concepto abstracto definitivo; por el contrario, es una realidad donde se han conjuntado sistemas para operar, desarrollar políticas y estrategias, totalmente objetivas y perfectamente valuadas, permitiendo a unos estados desarrollos enormes y hegemónicos, debido al articulamiento diseño de estructuras de prevención, con los cuales han trabajado los liderazgos institucionales, a partir de la década de los años 50, por tomar una fecha de origen, en que las evidencias sobre la seguridad nacional fueron totalmente sentidas y percibidas en el manejo de intereses y objetivos nacionales por diferentes países”.<sup>6</sup>

Ahora bien, las cosas se complican todavía más, cuando, como en esta ocasión, ambos conceptos se interrelacionan, primero jurídica y doctrinalmente y, posteriormente, en la dinámica de un contexto determinado: El Estado mexicano en su comportamiento, social, político y económico, con marcada tendencia globalizante, por una parte y, por otra, ante una sociedad hundida en la economía informal, en el desempleo, en el deseo de reencontrarse con ella misma y con sus instituciones; una sociedad condicionada por el comportamiento mediático y secuestrada de su verdad histórica por los aparatos ideológicos de Estado; esa verdad histórica secuestrada en la historia misma, en cuyo centro radica, precisamente, su reconstrucción y renovación.

En el caso de las que las Fuerzas Armadas mexicanas, el centro de esta verdad histórica, como comunión entre institución y sociedad, es la imperiosa necesidad de contar no solamente con unas Fuerzas Armadas de instituciones, sino también de Estado. Ello significa tener una lealtad tanto a las instituciones como al poder civil al cual se deben, ambas cuestiones, por supuesto, dentro de un Estado de Derecho. Esta conjugación constituye un punto de vital importancia para abordar, en serio, la relación de las Fuerzas Armadas y la seguridad nacional.

<sup>6</sup> Véase: Antonio Saucedo López, *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

Con respecto a la marcada tendencia globalizante de México, permítaseme abrir el siguiente paréntesis. Considero que globalizar, no significa, de ninguna manera, el transportar conceptos jurídicos de un lugar a otro, de un escritorio a otro; tampoco significa transportar capitales, culturas e ideologías de un continente a otro, como si fuera fiesta, un carnaval anárquico, fuera de control. Globalizar procesos económicos, comportamientos sociales, así como conceptos o doctrinas, sean estas jurídicas, políticas, económicas o militares, significa reproducir tendencias, comportamientos, de determinados patrones de conducta, marcos ideológicos y culturales de dominación y reproducción tanto social como económicamente, ello de acuerdo a la especificidad de cada país y formación económico social. En México, este marco de reproducción excluye la participación directa de la población. Es cruel reconocer la verdad, pero en este país la gran mayoría de la sociedad está para consumir, no para producir.

Bajo esta precisión, debo dejar aquí asentado lo siguiente: la globalización constituye un proceso histórico complejo al cual ha llegado el sistema de reproducción económico, social e ideológico en el marco mundial. Por lo mismo, la globalización es un medio, un instrumento de reproducción y, de ninguna manera, un fin; es, además, un acto de poder de las grandes potencias en el nuevo reparto del mundo, un acto unilateral y sin consensos de los países cuya dependencia económica de ellos depende. Esa es su fortaleza y, al mismo tiempo, su debilidad.

Así las cosas, es de agregar que solamente aquellos intelectuales que estudien la realidad desde los libros y el escritorio, son aquellos que piensan en una teoría general del derecho, de la economía, de la doctrina militar, entre otras. Lo que realmente existe es una teoría de la globalización del derecho, de la económica, de la doctrina militar y su enlace, unión y acondicionamiento de acuerdo con la formación económico social de cada país. Las teorías generales quedan para aquellas sociedades idílicas, sin roces sociales y con democracia de seda. Cierro aquí el paréntesis.

Por el marco globalizante anteriormente expuesto, considero que es necesario abordar el fuero de guerra y la seguridad nacional en un contexto de transformación y cambio, tan concreto como es, por ejemplo, la modernización operativa y administrativa de las Fuerzas Armadas y, como correlato lógico, la adecuación de un marco jurídico de cara al Siglo XXI, además, sin olvidar, por cierto, la afinidad cada vez mayor con el Comando Norte.

Surgen aquí nuevas interrogantes: ¿Es posible hablar de fuero de guerra justo, equitativo, imparcial con la composición que actualmente tiene el aparato de impartición de justicia militar? ¿La jurisdicción de los tribunales militares,<sup>7</sup> que no podrá extenderse, por cierto, sobre personas que no pertenezcan al Ejército, cuenta con plena vigencia a pesar de que es el mismo presidente de la República el que designa, entre otros, a los magistrados del Supremo Tribunal Militar, así como a los jueces militares<sup>8</sup> y, por otro lado, es en el mismo ámbito del Poder Ejecutivo donde se desarrolla dicha jurisdicción? ¿Es viable que, insisto en dejar la propuesta en la mesa de discusión, en México, como en muchos países de Europa, en espacial España, un Máximo Tribunal Constitucional de cabida a una Sala Militar y que sea dicha Sala la cúspide de la de la jurisdicción militar? ¿Es posible, además, que los magistrados y jueces militares sean designados de la misma manera que nuestros jueces y magistrados federales, teniendo en cuenta los principios que rigen la carrera judicial?

Preguntas como estas surgen también con respecto al tema de seguridad nacional. Como marco normativo, se tiene, en primer lugar, que la seguridad nacional constituye una de las misiones generales

---

<sup>7</sup> Entendiéndose por militares, de acuerdo al artículo 132 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, “los individuos que legalmente pertenecen a las Fuerzas Armadas Mexicanas, con un grado de la escala jerárquica. Estarán sujetos a las obligaciones y derechos que para ellos establecen la Constitución, la presente Ley y demás ordenamientos castrenses”.

<sup>8</sup> El artículo 10 de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares, que dice: “Los Magistrados y los Secretarios serán designados por el C. Presidente de la República; los últimos a propuesta de la Secretaría de Guerra y Marina”, por su parte, el artículo 37 del mismo ordenamiento señala: “Los Jueces Militares, Secretarios, Oficiales Mayores y demás personal, serán designados por el C. Presidente de la República, a propuesta de la Secretaría de Guerra”.

del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, así lo señala el artículo 1o., fracciones I y II de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.<sup>9</sup>

Sin embargo, en este ámbito de relación entre seguridad nacional y Fuerzas Armadas, es necesario, solamente lo señalo, distinguir muy bien, lo que es seguridad nacional como seguridad de Estado; lo que es defensa nacional o acciones operativas del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México y, finalmente, lo que es seguridad pública o seguridad ciudadana.

En el entendido de que en el concepto de seguridad nacional se subsumen los conceptos de defensa nacional y seguridad pública, ello en virtud de que la seguridad nacional “tiene como meta garantizar un sistema de vida a una sociedad, en los términos político, económico, social y militar, para proporcionar un desarrollo nacional justo y equilibrado”.<sup>10</sup>

Por otra parte, se tiene también que de acuerdo a los artículos 73, fracción XXIX-M y 89, fracción VI, ambos de la Constitución Federal, es facultad, en el primer caso, del Congreso de la Unión “expedir leyes en materia de seguridad nacional, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes” y, en el segundo, es facultad y obligación del Presidente de la República, “preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”.

Es de comentar que esta disposición de las Fuerzas Armadas por parte del Presidente de la República, es lo que ha permitido que

---

<sup>9</sup> El artículo 1o. de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, señala: “El Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, son instituciones armadas permanentes que tienen las misiones generales siguientes: I. Defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación; II. Garantizar la seguridad interior; III. Auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas; IV. Realizar acciones cívicas y obras sociales que tiendan al progreso del país; y V. En caso de desastre prestar ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas”.

<sup>10</sup> Saucedo López, Antonio, *Teoría jurídica del Ejército y sus lineamientos constitucionales* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, página 139.

éste reciba el nombre de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, nombre que en realidad encierra un significado simbólico, una connotación política, pero de ninguna manera técnica, ello en virtud de que el hecho de que esté investido de dicho nivel superior de mando no significa que efectivamente lo ejerza en un sentido estrictamente militar, técnico. Considero, en este sentido, que el nombramiento dado al Presidente de la República con respecto al mando que ocupa sobre las Fuerzas Armadas, se debe más que a un elemento real de condiciones para el ejercicio del poder militar, se debe a una deformación propia de los sistemas presidencialistas, donde es precisamente el Presidente de la República el que nombra a sus colaboradores, más que estrictamente a su gabinete, incluyendo al secretario de la Defensa Nacional y el secretario de Marina, y mantiene su jerarquía y mando sobre los mismos.

Ahora bien, a pesar de la importancia que encierra la seguridad nacional en nuestro país, es de mencionar que por mucho tiempo dicho concepto se manejó en términos doctrinales más que jurídicos y, estuvo ausente un ordenamiento que definiera lo que debería entenderse por seguridad nacional, realmente es hasta junio de 2002 y enero de 2005 cuando se cubre esta ausencia, al expedirse, respectivamente, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la Ley de Seguridad Nacional.

En la primera de ellas el concepto de seguridad nacional está definido en el artículo 3o, fracción XII, que dice: “Para los efectos de esta Ley se entenderá por: ... Seguridad nacional: Acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional”.

Por su parte, el artículo 3o. de la Ley de Seguridad Nacional señala que:

Artículo 3. Para efectos de esta Ley, por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a

mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven a:

I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;

II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;

III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y

VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes.

Como vemos, ahora en materia de seguridad nacional es indispensable llevar a cabo acciones conjuntas, de ahí la creación en la misma Ley de Seguridad Nacional, del Consejo de Seguridad Nacional y del Centro de Investigación y Seguridad Nacional.

Dentro del Consejo de Seguridad Nacional se encuentran, entre otras secretarías de Estado, la Secretaría de la Defensa Nacional y de Marina, escúchese, las áreas administrativas del Ejército y Armada de México.

En este contexto, en la relación Ejército Mexicano, Secretaría de la Defensa Nacional, Seguridad Nacional, surgen para mí por lo menos dos interrogantes:

Primera. ¿Para proporcionar un mejor cumplimiento a las disposiciones anteriores sobre seguridad nacional, las Fuerzas Armadas deben mantenerse en los cuarteles como lo señala el artículo 129 constitucional?<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> El artículo 129 constitucional, señala: “En tiempos de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas”.

Segunda. A los servidores públicos que intervengan en los operativos orientados a preservar la seguridad nacional, así como los que intervengan en los programas de cooperación internacional por parte del Consejo de Seguridad Nacional, en cuanto régimen disciplinario, se les aplicará la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.<sup>12</sup> ¿Entiendo que esto no es del todo exacto con respecto al personal que intervenga por parte de las secretarías de la Defensa Nacional y Marina, toda vez que ellos siguen sujetos, además, al fuero de guerra?

Así las cosas, considero impostergable que las Fuerzas Armadas se reencuentren con sus fuentes de derecho, que se redefina la situación jurídica del soldado, el papel de la mujer en las Fuerzas Armadas, el sistema retributivo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, sus instrumentos jurídicos, en especial el Código de Justicia Militar, expedido el 28 de diciembre de 1932 y, sobre todo, se redefina el estatus constitucional de las Fuerzas Armadas mexicanas, lo cual significa instalar su misión general a nivel de rango constitucional, y en este ámbito, establecer sus principios, sus misiones como garante del poder coactivo del Estado, sus limitaciones a sus derechos, sus controles constitucionales y, en fin, su marco normativo para y sobre sí mismo.

En resumidas cuentas, me refiero al necesario mandato constitucional de las Fuerzas Armadas mexicanas en cuanto su misión. Misión que no puede ser otra sino la de garantizar la soberanía e independencia del Estado mexicano, así como la defensa de la integración territorial del mismo, de la Constitución y de las leyes que de ella emanen, cuestión esta última que como servidores públicos ya les obliga, como lo demuestra el artículo 128 constitucional: “Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen”.

---

<sup>12</sup> El artículo 8, fracción II, de la Ley de Seguridad Nacional, dice: “En lo relativo al régimen disciplinario de los servidores públicos de las dependencias federales que integran el Consejo, se aplicará la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos”.





# L a pobreza y el derecho

*José Ramón Narváez\**

“Hay que prestar mucha mayor atención a  
la amistad, que a la justicia”  
Tomás de Aquino

A una persona que ha sabido combinar la  
caridad y la justicia, don Juan Díaz Romero

## I. LAS RAZONES CARITATIVAS DEL DERECHO

Se nos ha insistido en que el derecho pertenece a una dimensión técnica, dimensión en la que las consideraciones más allá de la ley son baladíes. Qué decir entonces de la relación caridad-derecho, cuando aun la relación justicia-derecho parece poética. Sucede que en la historia del derecho es más extenso aquel periodo en el que la caridad era un principio rector de las políticas jurídicas y de administración de justicia, que aquel en el cual, el derecho sólo se circunscribe a permitir que unos exijan de otros ciertos comportamientos.

La caridad y la justicia (y por tanto el derecho como forma de alcanzar la justicia) comparten el ser virtudes que ordenan al individuo en sus relaciones con los demás y con el grupo, Villoro Toranzo lo explica del siguiente modo:

“...el amor implica un deber respecto de los semejantes. Este deber lo vive cada personalidad en el grado y en la forma en que lo

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial.

permite su adelanto en la integración de su propio yo... una responsabilidad personal que obliga al yo en cuestión. Pero cuando varios Yos se comunican y perciben que existe entre ellos un mínimo de exigencias, entonces tratan que esas exigencias se transformen en el criterio de las soluciones del grupo. Cuando la tónica del grupo acepta esas exigencias, entonces las transforma en Derecho. Si el grupo ve al Derecho como una mera imposición de la fuerza de la autoridad, tratará de esquivar su cumplimiento y, en los casos extremos, hasta se rebelará contra un superyó del que no se ve el sentido. Al tratar de divorciar la responsabilidad jurídica de la responsabilidad moral, atentan contra el alma misma del Derecho. Porque un Derecho sin Justicia no es un Derecho, como una justicia sin amor no es Justicia”.<sup>1</sup>

De acuerdo al párrafo anterior, la justicia y la caridad tienen relaciones “de vecindad y lejanía al mismo tiempo. Así, lo que aproxima a la justicia y a la amistad (como forma de la caridad) es el hecho de que ambas se refieran a otro” es decir, el hecho de que ambas tomen en serio las relaciones entre los hombres imponiéndoles ciertos deberes mutuos”<sup>2</sup> en el contexto del *ancien regime*, la justicia y la caridad como virtudes, tienen además un componente social, pues suponen la alteridad, la interacción de personas, y generan deberes éticos y jurídicos, que sirven para perfeccionar al hombre y a la sociedad; en este contexto el ayudar a otro, sirve para que mejore el sujeto y mejore la comunidad en la que vive.

La modernidad ha dado al traste con la necesidad de imprimir principios de caridad al derecho y a la justicia y lo sustituyó por el concepto de asistencia, pretendiendo el Estado relevar a los particulares de esta tarea y arrogándose funciones caritativas que eran propias de la sociedad. Sin embargo, este cambio, que en nuestro país se originó en la segunda mitad del siglo XIX, llevó a publicistas,

---

<sup>1</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004, página 35.

<sup>2</sup> Hespanha, Antonio Manuel, “La Senda amorosa del Derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno” en: *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1997, página 51.

estadistas y juristas, a plantear estructuras de asistencia a través de medios institucionales y legales, temas como “El amor como objeto de precepto jurídico o Los deberes de asistencia y su juridización”<sup>3</sup> son temas que nos llevan al fundamento histórico-filosófico de instituciones como el defensor de oficio. Para entender cómo la caridad no es sólo una postura religiosa, sino un principio rector del derecho y la justicia, debe recordarse que, la idea del justo proceso indujo desde la Alta Edad Media, a introducir elementos de equidad en los juicios; el justo proceso es el medio de defensa jurídico más eficaz, aun contra el poder político:

“el desarrollo de procedimientos judiciales racionalmente orientados a garantizar equidad en la administración de la justicia fue uno de los elementos más importantes de la revolución de los siglos XI y XII que dio forma a esta tradición... es lícito afirmar que el acceso a la justicia se dirime en el proceso judicial y no solamente en el foro por sí mismo, y que sin el proceso se desvanece la posibilidad de obtener ‘lo que por derecho nos corresponde’. Gracias a esta garantía, o conjuntos de garantías como queramos verle, los juicios deben estar sujetos a procedimientos claros, constantes y conocidos, por los cuales el agraviado tiene la posibilidad de encontrar justicia y el inculpado de defenderse y ser juzgado ‘conforme a derecho’. A su vez, posibilita que el juez norme su criterio sobre la inocencia o culpabilidad del acusado al considerar evidencia documental y testimonial. Sería difícil exagerar la importancia del proceso en el orden judicial, como tampoco sus implicaciones para la protección de la persona humana”.<sup>4</sup>

Presentamos pues, un sucinto ensayo sobre la relación entre el derecho y la pobreza.

---

<sup>3</sup> Cfr. Legaz y Lacambra, Luís, *El derecho y el amor*, Barcelona, Bosch, 1976.

<sup>4</sup> Traslosheros Jorge E. “El proceso judicial y la protección de la persona del indio en la Inquisición y en el tribunal eclesiástico ordinario del arzobispado de México. Siglo XVII” texto discutido en la reunión de 9 de marzo de 2007, del *Seminario Mexicano de Historia del Derecho y la Justicia*, Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM, página 2.

## II. EL BENEFICIO DE POBREZA

El *beneficium pauperis* se entiende en el derecho europeo continental, como las prerrogativas procesales que se otorgaban a quien había demostrado su pobreza. La comunidad percibe la desigualdad y por eso aplica medidas procesales desiguales para no obrar injustamente; el pobre es en principio el más susceptible de sufrir vejaciones, y de que una causa, le sea más gravosa, por eso se prevén algunas exenciones y reducción de tiempos.

En el derecho indiano, vigente en estas tierras americanas, la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680, recoge esta prebenda del siguiente modo:

“En quanto a los demás pleytos, se vean y determinen primero los que antes estuvieren conclusos, habiendo quien lo pida, y póngase el día de la conclusión al fin del proceso de letra del escribano ante quien pasare. Y esta forma se guarde en las causas criminales, salvo si al presidente y oidores pareciere que alguno se vea primero, y todos tengan especial cuidado por preferir los pleytos de los pobres a los demás”.

Ya Gregorio López en su Glosa a las *Partidas* aclaraba, que si bien éstas permiten como dispensa, que las causas de pobres pudieran quedar exentas de la formalidad de la escritura, la mayoría se asentaban por escrito al contar también los pobres con un abogado. Menciona además, que esto no acarreaba al pobre ningún perjuicio (en tanto que el papel oficial costaba) porque el pobre estaba exento también, de pago de tasas y escribanos.

El beneficio de pobreza es también aplicable a otros momentos procesales, por ejemplo, los alguaciles no pueden cobrar derechos a los presos pobres, cuestión que se asienta en la Ordenanzas de las respectivas Audiencias que extienden esta prohibición a repartidores y como dijimos, a escribanos, “Que no lleven derechos algunos de carcelaje a los pobres que se soltaren sin derechos, so pena de pagarlo con el quatro tanto para la cámara”.<sup>5</sup>

Respecto del sistema carcelario, una *Real Provisión* de 4 de sep-

---

<sup>5</sup> Ordenanzas de la Audiencia de Nueva España de 1548, ord. VIII.

tiembre de 1551 indicaba: “Que no se detenga a los presos pobres en la cárcel por costas, ni les tomen sus vestidos en prenda, jurando que son pobres y no tienen medios económicos con los que pagar”.

Para solventar el egreso que significaba exentar a un pobre, la Audiencia de la Nueva España ordenó al alcayde:

“haga hazer una caxa tan grande como una quarta de vara en largo e de ancho que quepa por la rexa que está en la ventana sobre la rexa, sobre la plaza sobre la calle que va a la puerta de Sant Pedro con su cerradura e llave, e abierta por el cobertor como la dicha caxeta que trae el demandador, e que ésta se cuelgue a la dicha ventana donde los dichos presos pobres han tenido una cestilla hasta aquí para que en la dicha caxa se eche limosna que dieron los que por allí pasare (y) que el dicho alcayde tenga un libro en que se escriba lo que trae cada día en la caxeta por el demandador que pide para los dichos pobres presos por la villa e lo que se le diere mandare dar por los dichos señores presidente e oidores e por los alcaldes desta corte e otros jueces de ella en limosna para los dichos pobres e por otras cualesquier personas, y el día e mes e año en que los recibe por manera que aya cuenta e razón dello, so pena de seys reales por cada vez que lo dexare de assentar con el quatro tanto para los dichos pobres (además) que los maravedís e limosnas que a los dichos pobres de la dicha cárcel se dieren al dicho alcalde, no compre cera para las misas que se dicen en la dicha cárcel ni aceite para la dicha lámpara, e que solamente los gaste en el mantenimiento de las cosas necesarias para los dichos presos... otrosi que el dicho alcalde tenga mucho cuidado de entender en dar de comer a los dichos pobres e de se lo respetar e les dar enteros los panes e molletes que se dieren e truxeren en limosna como vieren. E miren mucho que los dichos panes no se gasten en otra cosa, ni los coman salvo los dichos presos para quien se da e le guarde lo que les sobrare e se los dé, e les dé los pedazos que oviere, repartiéndolos según la necesidad que tuviere”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Ordenanzas de la Audiencia de Nueva España de 1548.

Las mismas Ordenanzas además mandaban al alcayde: “compre viandas para que cenén, teniendo respecto a los presos que oviere” y “que haga inventario de la ropa que ay de las camas de los pobres, e se lave e limpie a sus tiempos, e que los procuradores de pobres lo vean e visiten cada mes una vez. E que el sábado último de cada mes muestre a los señores e oidores que visitaren, el dicho inventario de la ropa de los pobres e les diga que más se ha dado de la ropa o lo que de ella se ha rompido (*sic*)”.

En la *Nueva Recopilación Castellana* se recoge una disposición de Carlos V de 1542 en la que se indica cuál era el modo de probar ante una instancia judicial el estado de pobreza para recibir los diferentes beneficios procesales “cuando se dice pobre para se escusar de pagar derecho a los oficiales de las Audiencias, que baste la información que de su pobreza truxiere de fuera parte dando un testigo, en la Audiencia que concluya con tanto que le tome el escribano de la causa” por tanto se procedía a ‘jurar la pobreza’ y en algunos casos es posible que además hubiera alguna solicitud de información, apreciación judicial o estudio económico. La *Recopilación* de 1680 eximía a los pobres de la fianza con ‘caución juratoria’ siempre y cuando “preceda información de pobreza”.

Especial interés tiene la persona del indio que en nuestro derecho indiano, fue homologado al pobre, por lo que el beneficio de pobreza en estas tierras, aplicó sobre todo a este personaje:

Existe, claro es, una tipología, una doctrina sobre la condición de indio que está presente, por ejemplo, en la *Recopilación de las leyes de los reinos de las indias* y en la obra doctrinaria de don Juan de Solórzano y Pereyra. Para el último tercio del siglo XVI estaba bien asentado que el indio debía ser considerado, jurídica y antropológicamente, como un vasallo libre, ser humano de plena racionalidad, cristiano nuevo, inocente, de condición miserable, con derecho a su jurisdicción, su gobierno y sus formas de propiedad, pero en situación de desventaja ante los demás pobladores de las Indias Occidentales y Filipinas, por lo que debía otorgársele un trato ‘benevolente’. Minoría de edad, trato preferencial y condición

‘miserable’ van de la mano y se traducen en un privilegio, es decir en una consideración jurídica especial que tuvo su traducción procesal. Esta doctrina estuvo en la mente de las autoridades y juzgadores de los distintos foros de justicia de la Nueva España.<sup>7</sup>

Dentro de los beneficios procesales a los que el pobre, y en su caso el indio, tienen derecho, el más relevante es el de tener un abogado *ad hoc*, en su caso abogado de pobres o abogado de indios, veamos.

### III. EL ABOGADO DE POBRES

El abogado de pobres, es un letrado pagado por la Corona que tiene por finalidad asistir a los menesterosos que se presentan en el tribunal, después de que se ha demostrado su calidad como pobres, a través de testimonio o muchas veces por declaración jurada del propio sujeto que solicita tal beneficio.

Existe un antecedente documentado en el Consejo de Castilla en la Cancillería de Valladolid, Pedro Gian Giménez, presidente del Consejo, solicitó la elaboración de una lista de los abogados de pobres, misma que fue consignada en el primer tomo de la crónica *Nova de Granada*.

Respecto del abogado de pobres castellano, se sabe que el rey era el encargado de su designación así como de fijarle el sueldo, y autorizar los casos en lo que se tenía que transigir. Sin embargo se tiene noticia también, que los Concejos municipales, se encargaban de solventar el salario de estos abogados desde el siglo XIV, aunque algunos autores sitúan la institución en documentos más antiguos como el *Fuero Juzgo*. Por ejemplo, las *Leyes del Estilo*, también alfonsíes, apelaban al altruismo de los abogados, o las *Siete Partidas* que recomiendan al abogado asumir la causa de los clientes en extrema pobreza, sin cobrarles nada. Ciertamente el tribunal real contaba con un abogado que defendía a pobres, viudas y huérfanos.

Con los Reyes Católicos la figura del abogado de pobres se popularizó y llegó a América. La *Nueva Recopilación Castellana* recoge

---

<sup>7</sup> Traslosheros, Jorge E. “El proceso judicial y la protección de la persona”, Op. Cit., páginas 17-18.



en una disposición, que el sábado sería el día en que se escucharía a los pobres. La Real Audiencia de Nueva España en sus *Ordenanzas* de 1528, recogió aquella disposición y la conservó para la Recopilación de 1680.

Otra de las instituciones claves de la administración pública indiana con residencia en la península, era el Consejo de Indias, con facultades muy amplias, dentro de las cuales había también algunas jurisdiccionales. Dentro de los funcionarios adscritos a este Consejo, encontramos la figura del abogado de pobres, algunas veces como parte de la nómina del mismo Consejo y otras, solamente adscrito a aquél.

Pero nos parece que es más preciso situar a este abogado en la jurisdicción territorial de la Nueva España, pues el Consejo de Indias además de estar situado en la Península Ibérica, y por tanto en Europa, tenía muchas más funciones de gobierno que jurisdiccionales, por lo que las cuestiones de mínima cuantía eran un poco desdenadas, tal vez esta sea la razón por la que, la figura del Procurador de pobres fuera más requerida en su momento; por ejemplo, destaca que la primera designación en de un procurador de pobres recayera en Juan de Zumárraga, quien posteriormente fungiría como el primer obispo de la Ciudad de México. Sin embargo la figura del procurador con el paso del tiempo perdió su eficacia en Nueva España, y quedó circunscrito a una esfera representativa, el Procurador de pobres era Previsto por las *Ordenanzas de Nueva España* de 1528 y 1530, con un salario de 20, 000 maravedíes con cargo a la Cámara de Penas.

La diferencia más considerable entre la figura del abogado y procurador de pobres, señala Schaeffer, radica en que el primero debe contar, según la legislación de la época, con título profesional para acreditar el curso pertinente. Por su parte el procurador es un cargo político a designación, un burócrata que no requiere demostrar sus estudios.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. Schaeffer, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, reimpr., Sevilla, 1975.

En 1736 se presentó un problema por el cual los abogados del Consejo de Castilla demandaban la regulación de las funciones del procurador, el cual con gran facilidad se entremetía en cosas que no le incumbían.

En cuanto a la Real Audiencia, ésta era el máximo órgano en las jurisdicciones americanas que fungía como última instancia judicial local. Para nuestro caso la Real Audiencia de México, que contaba con dos salas una Civil y la Sala del crimen. Por cédula del 30 de junio de 1547 se crea la de México y por igual cédula, el 21 de septiembre del mismo año, la de Nueva Galicia (Guadalajara). Los abogados debían asistir a la Real Audiencia con traje negro, calzón corto y chinela de plata u oro según su posición social; en el foro debía usarse toga. En la sala del crimen se vestía de color carmesí y damasco ocupaban el estrado bajo, el abogado de pobres no necesariamente debía vestir así pero debido a que el cargo se ocupaba por gusto eran más los que vestían de acuerdo al protocolo que los que no, no obstante siempre ocupaban el mismo lugar que los demás abogados los cuales junto con los de pobres debían ser letrados y los primeros siempre colegiados, aunque a falta de abogado de pobres letrados podían autorizarse algunos legos, es decir, si estudios universitarios.

La *Recopilación* de 1680 dice respecto de la Audiencia novohispana que: “En cuanto a los demás pleytos, se vean y determinen primero los que antes estuvieren conclusos, habiendo quien lo pida, y póngase el día de la conclusión al fin del proceso la letra del escribano ante quien pasare. Y de esta forma se guarde en las causas criminales, salvo si al presidente y oidores pareciere que alguno se vea primero, y todos tengan especial cuidado de preferir los pleytos de los pobres a los demás”

Ventura Beleña, autor que recogiera las sentencias de la Real Audiencia de México, menciona por ejemplo, los siguientes autos acerca de la figura en estudio: “30/X1642 *ministros y oficiales de la Real Audiencia*) *Deben asistir a las audiencias y los sábados de indios que sin estipendios ayude a estos en sus procesos.*”; confirmado por el

auto 10/XI/1783. En otro auto “7/Y/1744 *ministro y subalterno de la Real Audiencia, deben asistir a las audiencias y los sábados a la cárcel a las diligencias sino se les multa con cuatro pesos*”.<sup>9</sup>

En 1548 el Virrey Antonio de Mendoza expidió unas *Ordenanzas* para la Audiencia de Nueva España en la que amplían la reglamentación sobre la defensa judicial del pobre, en principio para demostrar dicha calidad bastaba el juramento, aunque para generar certeza era siempre mejor aunarlo a algún otro hecho o testimonio. El abogado de pobres de la Real Audiencia era nombrado por el presidente de la misma con aprobación de los oidores; tenían obligación de despachar el sábado y la pena contra quien no cumpliera esta disposición era de 1 ducado. El abogado de pobres era remunerado por la partida denominada “gastos de justicia” o como se dijo por “penas de cámara”, lo que quedó asentado de manera definitiva en la *Recopilación* de 1680. Cualquier asunto relativo a su sueldo, facultades, obligaciones y permisos debía ser autorizado por los oidores, quienes ejercían un control sobre los abogados de pobres.

En relación con los pobres una tradición castellana, presente después en el nuevo continente, consideraba que el principio de la brevedad procesal era fundamental en la salvaguarda de las causas de pobres, así las *Siete Partidas* y el respectivo comentario hecho por Gregorio López detallan hasta dónde debía ser oral el proceso, pero sobre todo destacan cuáles eran las prerrogativas procesales (por ejemplo exención en el pago de algunas cargas procesales) en aras de la celeridad del juicio y del beneficio de pobreza. Esta situación se encuentra plasmada en las *Leyes Nuevas* de 1542 en referencia a los procesos en los que intervenían indios.

Una derivación del abogado de pobres, como hemos dicho, es el abogado de indios, que se considera por antonomasia, un pobre; Solórzano menciona en su *Política indiana* esta situación, puesto “Que los indios son y deben ser contados entre las personas que el Dere-

---

<sup>9</sup> Ventura Beleña, Eusebio, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, (edición facsimilar de la de 1787) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, segunda edición, 1992, 2 tomos.

cho llama miserables y de qué privilegios temporales gocen por esta causa” (Vol. I, cap. XXIII), de este modo la *Real Cédula* de 1563 determinaba que tal protección en la Nueva España, la debía ejercer el fiscal.

La proliferación de la idea de que todo abogado debía dar preferencia a los pobres, fue originando la disminución del abogado de pobres durante el periodo virreinal.

#### **IV. LA DESAPARICIÓN FORMAL DE LA POBREZA: A MODO DE CONCLUSIÓN**

En el siglo XIX la desaparición formal de la pobreza a través de la instauración aparente de la igualdad ante la ley, llevó a hacer a un lado los planteamientos altruistas, el abogado de pobres será en los mil ochocientos, el tinterillo que para Andrés Lira representa un catalizador ante la falta de aquél, pero estos abogados legos, instruidos en la práctica más que en el estudio, no todas la veces buscan un fin social y de ayuda, muchas veces aprovechan la situación de necesidad.

En el siglo XIX surgirán otras figuras como el procurador de pobres que tiene otras funciones incluida la de la defensa judicial de los miserables, y el defensor de oficio que nació fruto de la *Ley de Defensoría de Oficio Común para el Distrito y Territorios Federales* publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 12 de septiembre de 1903, por el presidente Porfirio Díaz, la cual preveía la creación de 15 plazas de defensores de oficio para la ciudad de México y los partidos judiciales de Tacubaya, Xochimilco y Tlalpan, así como también tres para cada uno de los territorios federales de Baja California, Tepic y Quintana Roo. La defensoría pública dependía de la Secretaría de Justicia, la cual podía nombrar y remover libremente a los litigantes. Así como encargarse de los juicios de responsabilidad contra éstos. La legislación en este sentido siguió avanzando hasta nuestros días pero queda aún mucho por andar respecto de dos importantes temas, la hipoteca social que pesa sobre la profesión y que éticamente debería mover a cualquier abogado a prestar

en algunas ocasiones ayuda al pobre; y la posibilidad de un cuerpo de profesionales dedicados a este oficio de manera bien remunerada a partir de un presupuesto asignado al mismo tribunal.

## BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bermúdez Aznar, Agustín, “La abogacía de pobres en Indias”, en: *Anuario de Historia del derecho Español*, tomo L, 1980, páginas 1039-1054.  
De Puga, Vasco, *Cedulario de Nueva España*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1945.

Encinas, Diego, *Cedulario Indiano*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1945.

Hespanha, Antonio Manuel, “La Senda amorosa del Derecho. Amor y *iustitia* en el discurso jurídico moderno” en: *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Legaz y Lacambra, Luis, *El derecho y el amor*, Barcelona, Bosch, 1976.  
Lira, Andrés, “Abogados, tinterillos y huizacheros en el México del Siglo XIX” en: *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1984, páginas 375-392.

Schaeffer, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, reimpr., Sevilla, 1975.

Traslosheros Jorge E. “El proceso judicial y la protección de la persona del indio en la Inquisición y en el tribunal eclesiástico ordinario del arzobispado de México. Siglo XVII” texto discutido en la reunión de 9 de marzo de 2007, del *Seminario Mexicano de Historia del Derecho y la Justicia*, Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM.

Treviño Benítez, V. Humberto, *Ponciano Arriaga: Defensor paradigmático de los pobres*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2005.

Ventura Beleña, Eusebio, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, (edición facsimilar de la de 1787) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, segunda edición, 1992, 2 tomos.

Villoro Toranzo, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004.

## Sección Segunda

### PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA



# Audiencia de vista ante el tribunal de alzada. Designación ilegal de defensor público por inasistencia del defensor particular a su celebración

Ángel Alonso Trujillo\*

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes en el nombramiento de defensor. 3. Naturaleza jurídica del defensor. 4. Marco constitucional o niveles de defensa. 5. Aspectos procesales en la designación de defensor. 6. La incompatibilidad de la defensa pública con la defensa privada. 7. Conclusiones. 8. Fuentes de investigación.

## 1. INTRODUCCIÓN

La incompatibilidad entre la defensa pública con la defensa privada es una constante que se presenta ante los tribunales unitarios de nuestro país cuando éstos designan de oficio a un defensor público para los actos procesales inherentes al desahogo de la audiencia de vista, en razón de la inasistencia del defensor particular a dicha audiencia, y quien previamente había sido nombrado por el inculpa-do para que lo representara en esa instancia; convirtiéndose en un problema mayúsculo, cuando el defensor particular ya aceptó y protestó el cargo ante el tribunal de alzada, y como consecuencia ha sido revocado en su nombramiento el defensor público federal, quien además ha cesado en sus funciones en la defensa del inculpa-do.

---

\* Defensor Público Federal.



## 2. ANTECEDENTES EN EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

La defensa del imputado se le ha conocido desde las más antiguas legislaciones; así al expedirse la Constitución de Carolina de 1532, se reconoció al inculpado el derecho de encomendar su defensa a los terceros; en el sistema inquisitorio se ha sostenido que no existió la institución de la defensa, fundándose en que los jueces resumían las tres funciones que caracterizan el sistema acusatorio moderno, sin embargo, quienes sostienen lo contrario refieren que cuando existía defensor, su función era inútil, si “la Inquisición consideraba que el reo estaba confeso, era inútil nombrarlo; en caso contrario la propia Inquisición lo designaba, sin dejar al procesado ese derecho; su función principal era convencer a su defensor de que confesara; una vez lograda la confesión se revocaba al defensor, puesto que su función era ya inútil”.<sup>1</sup>

Las leyes españolas se ocuparon, preferentemente, de proveer que el inculpado tuviera defensor para que estuviese presente en todos los actos del proceso, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, se dispone que “los procesados deberán ser representados por Procurador y defendidos por Letrado, que puedan nombrar desde que se les notifique el auto de formal procesamiento, y si no los nombrasen por sí mismo o no tuviesen aptitud legal para verificarlo, se les designará de oficio cuando lo solicitaren”.<sup>2</sup>

No se soslaya que la defensa es obligatoria y la consagración de que el acusado debe disfrutar de toda clase de libertades para prepararla, tuvieron su origen al decir de González Bustamante<sup>3</sup>, en la Asamblea Constituyente de Francia, al expedirse las leyes que regulan el procedimiento penal, el 29 de septiembre de 1791, éstas ideas se vieron reflejadas abiertamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al establecerse la obligación impuesta a los jueces, para proveer al acusado de un defensor en caso de

<sup>1</sup> Zamora Pierce, Jesús, “Garantías y Proceso Penal”, décima edición, Porrúa, México, 2000, página 257.

<sup>2</sup> González Bustamante, Juan José, “Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano”, tercera edición, Porrúa, S. A., México, 1959, página 88.

<sup>3</sup> Cfr. Op. Cit., páginas 89-90.

rehusarse a designarlo, así como el derecho reconocido al inculpa-do para designar defensor desde el momento en que es detenido.

En México, sostiene Colín Sánchez, que “durante la época co-lonial, se adoptaron las prescripciones, que en este orden, señala-ron las leyes españolas, y aunque en los múltiples ordenamientos vigentes, después de consumada la Independencia se dictaron algu-nas disposiciones, no fue sino hasta la Constitución del 17 cuando se dio verdadera importancia a esta cuestión”.<sup>4</sup>

Como se puede observar, es incuestionable que el Estado en las diferentes etapas históricas que se acaban de revisar, ha requerido de la presencia de un defensor para legitimar sus actos procesales, a tal grado, que la tendencia más reciente es indicativa de que el Es-tado ha dejado en las propias manos del imputado la designación de la persona que se encargará de su defensa, ésta es a nuestro juicio la verdadera esencia en el nombramiento de defensor.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEFENSOR

Dentro de este tópico se han planteado las siguientes interrogantes: ¿El defensor desempeña el papel de un simple mandatario del incul-pado? ¿Es un órgano auxiliar de la administración de justicia? ¿Es únicamente un asesor técnico del imputado? ¿Es un órgano impar-cial de la justicia? Si se considerara al defensor como un simple man-datario tendría que regirse por la reglas del mandato y ajustarse sus actos a la voluntad expresa del mandante, si recordamos que el mandato es un contrato por virtud del cual una persona llamada mandante da a otra, llamada mandatario, el poder de ejecutar en su nombre uno o muchos actos jurídicos, es inconcuso que el defensor para poder estar en aptitud de ofrecer pruebas, interponer recursos, incidentes o cualquier medio extraordinario de defensa para impug-nar las diversas resoluciones judiciales, necesitaría contar con el expreso consentimiento del mandante (imputado) y que en cual-quier momento podría contradecir las peticiones del mandatario

<sup>4</sup> Colín Sánchez, Guillermo, “*Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*”, novena edición, Porrúa, México, 1985, página 189.

(defensor), lo cual resultaría por demás ilógico si tomamos en cuenta que el encausado no es perito en derecho, y para el caso de que lo sea, es indiscutible que se encuentra agobiado por su situación jurídica, máxime si esta privado de su libertad. Por ello, se puede afirmar como bien lo sostiene Vázquez Rossi siguiendo a Guarneri que: “en las relaciones entre el imputado y su defensor, éste tiene respecto de aquél una doble autonomía: en las modalidades y técnicas de la defensa y en el ejercicio de los derechos de impugnación. En tal sentido, los derechos y deberes del defensor, de ninguna manera pueden identificarse con los del imputado. El defensor no es un simple mandatario del acusado, sino que integra la tutela del mismo desde el punto de vista técnico, tanto en la cuestión de hecho como desde el punto de vista jurídico, respecto del cual el defensor es el *dominus litis*, por ser él quien establece el sistema de defensa, quien promueve y trata las excepciones procesales y quien presenta los medios de prueba. Además la defensa es autónoma, porque el defensor está autorizado a desenvolverse libremente”.<sup>5</sup>

Si se considerará al defensor como mero auxiliar en la administración de justicia<sup>6</sup>, estaría obligado a romper con el secreto profesional y a comunicar tanto a Jueces como a Magistrados toda la información que en carácter de confidencial le hubiera proporcionado su defensor, lo cual lo convertiría en un empleado o subordinado más de los titulares de los órganos jurisdiccionales.

Tampoco puede considerarse al defensor como un simple asesor técnico del procesado, pues el defensor tiene deberes y derechos que hacer cumplir dentro de la secuela procesal, de tal manera que, otorgarle el mero carácter de asesor evidentemente que desvirtuaría su verdadera esencia, dado que el defensor dentro del proceso también tiene estrecha relación en diferentes actos procesales con otros

---

<sup>5</sup> Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, “La Defensa Penal”, tercera edición, Rubinzal-Culzoni Editoriales, Argentina, 1996, página 163.

<sup>6</sup> Zamora Pierce sostiene que éste es el concepto de defensor que consagraban las legislaciones de la Italia fascista y de la Alemania nazi, las cuales como Estados totalitarios, deseaban obligar al abogado a entregar su lealtad a los intereses del Estado, antes que a los intereses individuales de su cliente. Véase Op. Cit., página 266.

sujetos, a saber el Ministerio Público, Jueces y Magistrados.

No puede ser considerado un órgano imparcial de la justicia, evidentemente que el defensor sí que tiene una función específica, que lo es precisamente la defensa de su patrocinado, por ello ha de obrar, no imparcialmente, sino tendiendo siempre a favorecer en todo momento a su defendido, ya propugnando su inocencia, o al menos una responsabilidad más atenuada. Su actividad debe ser parcial y estar presidida para lograr el mayor beneficio posible para su defensor; obviamente sin caer en actos fraudulentos, pues como bien lo refiere Manzini, “el defensor penal no es patrocinador de la delincuencia, sino custodio del derecho y de la justicia en cuanto estos valores puedan encontrarse lesionados o amenazados en la persona del imputado”.<sup>7</sup> Consideramos también, que el abandono injustificado que haga el defensor de la defensa de su representado, se constituye de igual manera como un acto fraudulento en contra de su defendido, por incumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales.

#### **4. MARCO CONSTITUCIONAL Y NIVELES DE DEFENSA**

El artículo 20 apartado “A” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se constituye como la piedra angular en que se sostienen las garantías del inculpado en todo proceso del orden penal, y por supuesto el derecho a tener defensor, el cual se encuentra comprendido en la fracción IX, de donde se obtiene lo siguiente:

Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. 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...

---

<sup>7</sup> Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, Op. Cit., p. 163.

Por virtud del último párrafo del dispositivo legal de mérito, se aprecia que esta garantía también debe ser observada durante la averiguación previa.

Del contenido de la fracción IX del artículo 20, se puede interpretar con toda claridad que el inculcado tiene el derecho de contar con defensor en todos los actos procesales; el defensor se constituye como una figura indispensable del proceso penal; el inculcado goza de toda libertad para designar a su defensor; únicamente cuando no quiera o no pueda nombrar defensor, después de haber sido requerido para ello, la autoridad (Ministerio Público, Juez o Magistrado) le designará un defensor de oficio<sup>8</sup>. El único supuesto en que la autoridad debe designar defensor de oficio, será cuando el inculcado se niegue a defenderse por sí, por persona de su confianza o por abogado, entendiéndose por éste último, el patrocinio que recae en una defensa privada; también se le nombrará defensor de oficio, cuando no designe defensor para que lo patrocine ante autoridad competente, como sucede al interponer el recurso de apelación ante el Tribunal de Alzada.

Luego, consideramos que son básicamente dos los niveles de defensa:

- a) Que sea el mismo inculcado quien asuma su propia defensa (defensa por sí), o,
- b) Que sea otra persona quien se encargue de la defensa del inculcado (defensa por otro).

Dentro del segundo nivel de defensa se encuentran:

- 1. La persona de confianza,
- 2. El abogado (defensor particular),
- 3. El defensor de oficio o defensor público federal.

Es importante destacar que estos niveles y subniveles de defensa a que nos referimos, guardan un orden de prelación, no es dable alterar estos niveles, es decir, en un primer nivel de defensa la auto-

---

<sup>8</sup> En asuntos del fuero federal se utiliza la denominación, Defensor Público Federal, según la Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998.

ridad tiene la obligación de hacerle saber al inculpado que tiene derecho a defenderse por sí, en el segundo nivel, debe informarle que tiene derecho a designar persona de su confianza para que se encargue de su defensa, en un tercer nivel debe indicarle que si no es su deseo defenderse por sí, ni por persona de su confianza, lo puede hacer por conducto de un abogado (defensor particular), y en un cuarto nivel de defensa, y únicamente para el caso de que el inculpado no se acoja a alguno de los tres niveles antes citados, se le designará de oficio a un defensor que recibe remuneración por parte del Estado, y si no quisiera tampoco al defensor de oficio o defensor público federal, según sea el caso, la autoridad obrará inclusive en contra de la propia voluntad del imputado designándole a éste para que lo asista en los diferentes actos procesales, pues es obvio que no puede existir proceso penal sin defensor. Estos dos últimos supuestos son a nuestro juicio de manera muy general los únicos en donde la autoridad puede contradecir la voluntad del inculpado, designándole un defensor pagado por el Estado. Otros casos se presentan en la segunda instancia, como se verá más adelante.

Bajo este contexto, se puede afirmar que la fracción IX del artículo 20 establece una garantía en el sentido de que el inculpado siempre contará con un defensor, ya sea designado por él o en su abstinencia por el Estado (Ministerio Público, Juez o Magistrado) según se trate de averiguación previa, preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia. La fracción en comento consagra una garantía que es tan amplia, que deja en absoluta libertad al inculpado para señalar a una persona en la que tenga plena confianza para que lo defienda, inclusive aunque ésta carezca de título profesional de licenciado en Derecho.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Sobre ésta temática se sugiere consultar la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación L/2000 publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XI-abril de 2000, primera parte, páginas 69 y 70, identificada bajo el siguiente rubro: DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL INDICIADO TIENE LIBERTAD PARA DESIGNARLO AUNQUE CAREZCA DE TÍTULO PROFESIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

## 5. ASPECTOS PROCESALES EN LA DESIGNACIÓN DE DEFENSOR

Para comprender mejor el problema total que se plantea, es necesario recurrir ahora a las diversas normas secundarias contenidas en el Código Federal de Procedimientos Penales, que de alguna manera regulan la presencia del defensor durante los diferentes actos procesales. Así el artículo 86 previene que las audiencias serán públicas y en ellas el inculcado podrá defenderse por sí mismo o por su defensor.

Por su parte, del diverso numeral 87 se pone de relevancia en lo que interesa, que en la diligencia de declaración preparatoria comparecerá el inculcado asistido de su defensor y en su caso, la persona de su confianza que el inculcado puede designar, sin que esto último implique exigencia procesal, en la audiencia final del juicio también será obligatoria la presencia del defensor quien podrá hacer la defensa oral del acusado, sin perjuicio del alegato escrito que quiera presentar.

El artículo 88 establece que en las audiencias a que se refieren los artículos 305, 307 y 311, si el defensor no concurre, el funcionario que las presida, las diferirá, requiriendo al inculcado para que nombre nuevo defensor, si no lo hiciere se le designará uno de oficio. Cuando el nuevo defensor no esté en condiciones, de acuerdo con la naturaleza del negocio, para cumplir desde luego con su cometido, se diferirá o suspenderá la audiencia a juicio del tribunal. Si el faltista fuere el defensor de oficio, se comunicará la falta a su superior inmediato, se ordenará su presentación o se le substituirá por otro, sin perjuicio de su consignación al Ministerio Público, si procediere.

Por su parte, el diverso numeral 128, refiere que cuando el inculcado fuese detenido o se presentase voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se le harán saber los derechos que le otorga nuestra Carta Magna, y particularmente en la averiguación previa a no declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor, además tendrá derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no

quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio.

A su vez, los artículos 154 y 155 señalan en cuanto a la temática que nos importa, que al rendir su declaración preparatoria el inculcado se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hace, el juez le nombrará un defensor de oficio. La declaración preparatoria se rendirá en forma oral o escrita por el inculcado, quien podrá ser asesorado por su defensor.

El artículo 160 estatuye que en el proceso penal federal el inculcado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa. Si el inculcado designare a varios defensores, éstos deberán nombrar en el mismo acto a un representante común, y si no lo hicieren, en su lugar lo determinará el juez.

Ya en tratándose del recurso de apelación, por virtud del artículo 371 se prevé que si el apelante fuere el acusado, al admitirse el recurso se le prevendrá que nombre defensor que lo patrocine en la segunda instancia. Pero algo que resulta de capital importancia es lo dispuesto por el diverso 373 que hace referencia ya a la audiencia de vista, pues prevé que para la celebración de la audiencia de vista serán citados el Ministerio Público, el inculcado si estuviere en el lugar y el defensor nombrado. Sólo para el caso de que no se hubiere nombrado a éste para la instancia, el tribunal lo nombrará de oficio. En este orden de consideraciones, el numeral 382 puntualiza que el día señalado para la audiencia comenzará esta haciendo el secretario del tribunal una relación del asunto; a continuación hará uso de la palabra el apelante y luego las otras partes, en el orden que indique quien presida la audiencia.



Sin lugar a dudas, que cuando los jueces o magistrados no cumplan de manera exacta con las formalidades esenciales del procedimiento, habrá lugar a su reposición en términos del artículo 388, por no habersele permitido nombrar defensor o no nombrársele el de oficio, en los términos que señala la ley; por no habersele facilitado la manera de hacer saber al defensor su nombramiento, y por habersele impedido comunicarse con él o que dicho defensor lo asistiera en alguna de las diligencias del proceso. Más adelante se establece que también habrá lugar a la reposición del procedimiento, por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado, a saber, por no haber asistido a las diligencias que se practicaren con intervención del inculcado durante la averiguación previa y durante el proceso.

No se soslaya que el artículo 391, dispone diversas consecuencias jurídicas para el defensor que incumple con sus deberes una vez que ha aceptado y protestado el cargo, a saber, cuando el tribunal de apelación notare que el defensor faltó a sus deberes; por no haber interpuesto los recursos que procedían; por haber abandonado los interpuestos, cuando de las constancias de autos apareciere que debían prosperar; por no haber alegado circunstancias probadas en el proceso y que habrían favorecido notablemente al inculcado, o por haber alegado hechos no probados en autos, podrá imponerle una corrección disciplinaria o consignarlo al Ministerio Público, si procediere. Si el defensor fuere de oficio, el tribunal deberá, además, dar cuenta al superior de aquél, llamándole la atención sobre la negligencia o ineptitud de dicho defensor.

## **6. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA DEFENSA PÚBLICA CON LA DEFENSA PRIVADA**

Es lamentable observar, que una práctica cotidiana de los tribunales unitarios, es la de compeler la garantía que le asiste al inculcado para que lo patrocine en la segunda instancia la persona (abogado particular) que había designado para esa noble y delicada misión, preocupándose más por disminuir o aumentar, según sea el caso, sus

índices estadísticos en la emisión de sus resoluciones judiciales, que preservar las garantías individuales de que goza todo inculpado, proveyendo esta costumbre judicial mayor rango axiológico a la prontitud de los procesos penales, que a la garantía de defensa adecuada, favoreciendo en consecuencia, lo cuantitativo y no lo cualitativo, situación que repercute inevitablemente en sobrecargas de trabajo para los defensores públicos federales.<sup>10</sup>

Por ello, si algo resulta revelador, es que de la interpretación concatenada que se haga del artículo 20 Apartado “A”, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con las normas de carácter procesal a que ya se hizo referencia, los postulados históricos que fundamentan la verdadera esencia del nombramiento de defensor, y los criterios que definen la naturaleza jurídica de éste, se puede llegar a la conclusión, que resulta violatorio de garantías el actuar del tribunal de alzada cuando designa de manera oficiosa al inculpado un defensor público federal para que se encargue de su defensa en los actos procesales inherentes al desahogo de la audiencia de vista que prevé el artículo 373 del Código Federal de Procedimientos Penales, a virtud de la inasistencia de su defensor particular a la celebración de dicha audiencia, máxime como sucede en el caso que nos interesa, cuando el abogado particular que ya había sido designado por el encausado, ha comparecido ante el tribunal a aceptar y protestar el cargo, previo al desahogo de la audiencia de vista, y quedo legalmente enterado de sus derechos y obligaciones constitucionales y legales.

En efecto, por virtud de los artículos 16 y 18, de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de

---

<sup>10</sup> Sobre esta problemática el Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, Magistrado César Esquinca Muñoa, ha señalado que las defensas en materia penal se han incrementado, a tal grado que en la actualidad los defensores públicos atienden, entre el 70 y 90 por ciento de éstas en las diversas fases del proceso penal federal; existiendo mayor preocupación ante juzgados de distrito y tribunales unitarios, derivado de las cuestionables interpretaciones que hacen para designar al defensor público de su adscripción en la defensa de algún inculpado. Véase Esquinca Muñoa, César, Designación de defensor público por los órganos jurisdiccionales federales, ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales, INACIPE, No. 2, Tercera Época, octubre-diciembre, 2005, páginas 116-117.

Defensoría Pública, se pone de relevancia que la defensa pública en materia penal es incompatible con el patrocinio particular, sin soslayar, que cuando el inculcado designe a un defensor particular que tenga cédula profesional, sin revocar al defensor público, éste debe excusarse de seguir interviniendo en el asunto. También deberá excusarse de intervenir cuando, existiendo designación del inculcado a favor de defensor particular, el titular de la agencia investigadora o el órgano jurisdiccional le nombre al defensor público.

En este orden de ideas, resulta claro que la esencia teleológica de éstos artículos es salvaguardar la voluntad del inculcado, en la designación, de quien es su deseo se encargue de su defensa. Consecuentemente, la expresa designación de abogado particular implica que esa ha sido la elección y decisión del inculcado, y por ello bien se puede afirmar que es el verdadero defensor en sentido estricto. Es decir, cuando una persona (inculpado) necesita el asesoramiento o la defensa de un letrado y elige al que más le agrada entre los abogados que ejercen la profesión, no hay la menor duda de que le otorga una confianza personal, por ende, bien puede afirmarse que lo que la ley prefiere es que esta defensa sea ejercida por quien goce de la confianza del imputado.

Luego, no obstante que el defensor particular comparece a aceptar y protestar el cargo ante el tribunal de alzada y queda legalmente enterado de sus derechos y obligaciones, y a virtud de ello, cesa el nombramiento del defensor público, el tribunal, ante la inasistencia del primero a la celebración de la audiencia de vista, emite un auto del tenor literal siguiente:

“ACUERDO. En la ciudad de México, Distrito Federal, el veintiocho de febrero de dos mil siete, el Magistrado acordó: Vista la anterior certificación y cuenta secretarial; de la que se desprende que el defensor particular de los procesados..., no asistió a la celebración de la audiencia de vista señalada para las diez horas del día de la fecha, aún cuando estaba debidamente enterado del auto en el cual se fijó fecha y hora para su celebración, en consecuencia, con fundamento en los artículos 14, 20, apartado A, fracción IX

Constitucionales y 87, párrafo primero y segundo y 388, fracciones V y VII Bis, inciso b) del Código Federal de Procedimientos Penales, se difiere la presente audiencia, y se señalan las..., para que tenga verificativo. Consecuentemente, dense los avisos correspondientes.- Al respecto, resulta aplicable la tesis jurisprudencial 131/2005, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la contradicción de tesis 26/2005-PS, cuyo rubro es del tenor literal siguiente: "AUDIENCIA DE VISTA EN LA APELACIÓN. SU CELEBRACIÓN SIN LA ASISTENCIA DEL DEFENSOR CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL".- Por otra parte, apercíbase al licenciado... que en caso de no comparecer a la hora y fecha señaladas para la celebración de la audiencia de vista, ésta se efectuará con el defensor público federal adscrito, en consecuencia, notifíquese personalmente al profesionista mencionado en último término..."

Como se puede observar, estimamos que este tipo de acuerdos<sup>11</sup> es violatorio del artículo 20, apartado "A", fracción IX de nuestra

---

<sup>11</sup> Es importante destacar que cuando se impugna este tipo de acuerdos mediante el recurso de revocación, y contra el cual ya no procede recurso alguno, los tribunales de alzada emiten una resolución en la que, como argumento total señalan, que en términos de lo dispuesto por el artículo 20 apartado "A", fracción IX de nuestra Carta Magna, los procesados deben tener garantizado el derecho de ser defendidos, por sí mismos, ya por abogado, o bien por persona de confianza y si es el caso de que el órgano jurisdiccional deba nombrar al público, éste tendrá la obligación de comparecer a todos los actos del proceso y cuantas veces se le requiera. Es decir, según el criterio de los tribunales de alzada, éstos tienen la obligación de designar defensor público cuando el particular no concurra a la audiencia de vista; sin soslayar, refieren los tribunales, que el público federal está para cumplir todos los requerimientos que le haga el tribunal. En este orden de consideraciones, estimamos que la interpretación que hacen los tribunales resulta errónea, pues cuando la Constitución prevé que el inculcado tendrá derecho a que su defensor comparezca a todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, no se refiere a que el defensor público esté para cumplir los caprichos del tribunal y acelerar el trámite de sus resoluciones judiciales, subir o bajar las estadísticas, sino que se refiere, a que el defensor que ha sido designado (en el caso concreto el defensor particular) tiene la obligación constitucional y legal de comparecer a todos los actos del proceso y además, hacerlo cuantas veces se le requiera por el tribunal; consecuentemente, esto es precisamente lo que no hace cumplir el tribunal de apelación, convirtiéndose en un cómplice que fomenta los actos fraudulentos cometidos por el defensor particular al abandonar la defensa del inculcado por incomparecencia a la audiencia de vista, omitiendo con gran frecuencia la formulación de agravios; acto fraudulento del defensor particular que se traduce en el cobro de honorarios con el trabajo ajeno, a saber, el de los defensores públicos federales.

Carta Magna, pues si bien es cierto que el tribunal de alzada esta en lo correcto en diferir la audiencia de vista por la inasistencia del defensor particular, lo cierto es que, es violatorio de garantías cuando de oficio designa al inculcado un defensor público, para el caso de que su defensor particular no acuda nuevamente el día y hora que se señala para la celebración de la audiencia de vista, desconociendo el *ad quem* la voluntad y derecho del inculcado en designar a su defensor particular, sin soslayar la inconcusa incompatibilidad que se presenta entre la defensa pública con la defensa privada en esta clase de supuestos.

Sostenemos que lo correcto, es que el tribunal de alzada al notificar al defensor particular del acuerdo que difiere la audiencia, en un primer lugar, debe hacerle saber, de las posibles medidas de apremio a que puede hacerse merecedor para el caso de que falte nuevamente a sus deberes, pues ciertamente el tribunal cuenta con imperio para hacer cumplir sus determinaciones según lo previsto por el artículo 44 del Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>12</sup>

Por otra parte, creemos que de la correcta interpretación que se haga de los artículos 373 y 88, del Código Federal de Procedimientos Penales, se puede llegar a la afirmación, que a la celebración de la audiencia de vista tiene el deber de acudir únicamente el defensor particular que haya sido nombrado por el encausado; sólo para el caso de que el procesado o sentenciado no hubiere nombrado defensor para la segunda instancia, el tribunal unitario lo nombrará de oficio. Es decir, por ningún motivo el tribunal de alzada puede

---

<sup>12</sup> Este artículo prevé: El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio: I. Multa por el equivalente a entre uno y treinta días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivó el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingreso. II. Auxilio de la fuerza pública; y III. Arresto hasta de treinta y seis horas. Es importante destacar que al defensor particular faltista debe requerírsele con medidas de apremio, dado que su función es de orden público, en su caso hacerle efectivas dicha medidas, sin soslayar que el tribunal también puede dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 391 del Código Federal de Procedimientos Penales, es decir, imponerle una medida disciplinaria o hasta consignarlo al Ministerio Público, si procediere, por abandono de los recursos si se notare que éstos podían haber prosperado.

nombrarle de oficio un defensor público al encausado por incomparecencia del particular a la audiencia de vista, pues basta que el inculcado haya señalado la persona que desea lo asista, para que el órgano jurisdiccional quede relevado de designar defensor público, máxime como ya se señaló, cuando el particular ha aceptado y protestado el cargo, pues el Código Federal de Procedimientos Penales no establece en ninguna parte el trabajo conjunto entre la defensa pública y la privada, por el contrario, éstas se excluyen.

Defendemos el criterio de que en términos del artículo 88, el tribunal de alzada una vez que difiera la audiencia por inasistencia del particular, tiene amplias facultades para requerir al inculcado que nombre nuevo defensor<sup>13</sup> y manifieste lo que a su derecho convenga, y sólo para el último de los extremos, de que no pueda o no quiera hacerlo, o ante la incomparecencia del defensor particular a pesar de los requerimientos con medidas de apremio que se le formulen, se advierta que existen datos inequívocos de que ha abandonado la defensa de encausado, o bien, que haya renunciando expresamente a la defensa de su representado; éstos consideramos que son los casos en que el tribunal puede nombrar defensor público, actualizándose hasta entonces lo que argumentan los tribunales unitarios cuando refieren que los encausados no pueden carecer de defensor y por ello debe designárseles al público federal de la adscripción.

Para ilustrar que el tribunal de alzada tiene el deber de respetar el derecho del procesado a designar defensor en la segunda instancia, se citan los siguientes criterios establecidos por tribunales colegiados:

**DEFENSOR DE OFICIO. SU DESIGNACIÓN POR EL JUEZ SÓLO PUEDE REALIZARSE CUANDO EL INCULPADO NO QUIERA O NO PUEDA NOMBRARLO DESPUÉS DE HABER SIDO REQUERIDO PARA HACERLO.** La fracción IX del artículo 20 constitucional consagra como derecho del inculcado en

---

<sup>13</sup> Esto es precisamente lo que omiten hacer los tribunales unitarios, a saber, tomar en cuenta al sujeto principal del drama penal, pues este sí que tiene derecho a expresar su voluntad para manifestar lo que a su derecho convenga, designar nuevo defensor, reiterar el nombramiento del que había designado, y fundamentalmente, si es o no su deseo, que se le nombre un defensor público.

todo proceso penal, el de una defensa adecuada, por sí, por abogado o persona de su confianza, señalando que si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le nombrará un defensor de oficio; lo que significa que sólo será cuando el inculcado no quiera o no pueda nombrar defensor, después de que se le haya requerido para hacerlo, ya sea porque haya omitido designarlo o porque los nombrados no hayan aceptado el cargo, cuando el juzgador estará en posibilidad de designarle como defensor, en definitiva, al de oficio. (Novena Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Agosto de 2001. Tesis: XI.2o.37 P. Página: 1316).

DEFENSOR DESIGNADO POR EL ACUSADO EN SEGUNDA INSTANCIA. VIOLACIÓN DE LA FRACCIÓN IX, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. Si consta en los autos que el apelante nombró defensor para la segunda instancia, señalando el domicilio donde se le debía notificar el cargo conferido y en la razón del notificador se dice que no se encontró el número señalado para el efecto, debe requerirse al acusado para que señale el domicilio correcto o presente a su defensor ante el tribunal, o bien para que nombre un nuevo defensor, pero si en su lugar se nombra al de oficio, la autoridad responsable deja de respetar al quejoso una de las garantías que debe tener todo acusado en los juicios del orden criminal, es decir, el que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, de acuerdo con la fracción IX, del artículo 20, constitucional. Actualizándose en estas circunstancias la violación procesal prevista por la fracción II, del artículo 160, de la Ley de Amparo, en perjuicio del acusado, quejoso en el juicio de amparo. (Octava Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VII, Mayo de 1991. Página: 183).

DEFENSOR. DESIGNACIÓN DEL DE OFICIO EN SEGUNDA INSTANCIA. CUANDO EL PROCESADO NOMBRÓ UNO PARTICULAR. ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS Y DE LAS

LEYES DEL PROCEDIMIENTO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De acuerdo a lo que establece el artículo 278 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, el tribunal debe nombrar defensor de oficio al apelante, únicamente cuando éste no hubiere designado persona que lo patrocine en la segunda instancia; por lo que es obvio que la Sala responsable infringe dicho precepto al ordenar que la defensa del hoy quejoso corra a cargo del defensor de oficio, adscrito al Tribunal Superior de Justicia del Estado, sin acordar la designación de los defensores particulares hecha por el sentenciado, pues con ello viola el procedimiento, afectando las defensas del peticionario de garantías, de conformidad con el artículo 160, fracción II, de la Ley de Amparo, al privarlo del derecho que le concede el citado precepto de la ley adjetiva penal y la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Federal, de ser oído en defensa por persona de su confianza. (Octava Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VI, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1990. Página: 505).

## 7. CONCLUSIONES

Mientras el tribunal de alzada siga designando al encausado un defensor público ante la incomparecencia de su defensor particular a la audiencia de vista, y se siga omitiendo requerirlo para que designe nuevo defensor y manifieste lo que a su derecho convenga, se seguirá violando la garantía de defensa adecuada, prevista por el artículo 20, Apartado "A", fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualizándose además la causal de reposición del procedimiento establecida por el artículo 388, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual prevé que habrá lugar a la reposición del procedimiento, por no habersele permitido nombrar defensor al inculcado o no nombrársele el de oficio, en los términos que señala la ley; por no habersele facilitado la manera de hacer saber al defensor su nombramiento, y por habersele impedido comunicarse con él o que dicho defensor lo asis-



tiera en alguna de las diligencias del proceso. En el mismo sentido, no se soslaya lo dispuesto por el artículo 160, fracción II, de la Ley de Amparo, que dispone la concesión del amparo por violaciones a las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a la defensa del quejoso, en donde precisamente se encuentra la relativa a cuando el tribunal impide al encausado que su defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, como sucede precisamente en la audiencia de vista ante el tribunal de alzada.

Por lo anterior, es necesario que sea considerada como otra causal de reposición del procedimiento, la incompatibilidad entre la defensa pública con la defensa privada que se derive de los procesos del orden penal, con la finalidad de salvaguardar la garantía de defensa adecuada.

## 8. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

### BIBLIOGRAFÍA

Colín Sánchez, Guillermo, *“Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”*, novena edición, Porrúa, México, 1985.

Esquinca Muñoa, César, Designación de defensor público por los órganos jurisdiccionales federales, ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales, INACIPE, No. 2, Tercera Época, octubre-diciembre, 2005.

González Bustamante, Juan José, *“Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano”*, tercera edición, Porrúa, S. A., México, 1959.

Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, *“La Defensa Penal”* tercera edición, Rubinzal – Culzoni Editoriales, Argentina, 1996.

Zamora Pierce, Jesús, *“Garantías y Proceso Penal”*, décima edición, Porrúa, México, 2000.

### LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal de Defensoría Pública

Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Código Federal de Procedimientos Penales

**OTROS**

IUS 2006 actualizado a diciembre de 2006, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.



## Reflexiones en torno a la constitucionalidad del delito de posesión de narcóticos “con fines”

Jorge Humberto Álvarez Moreno\*

La política criminal actual se decanta en una disyuntiva que crea una tensión indiscutible (para algunos insostenible) entre garantismo penal y seguridad en la sociedad de riesgo. Este último término “*sociedad de riesgo*”, acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck,<sup>1</sup> ha permeado profundamente en el pensamiento penal, particularmente en las formas e instrumentos en que el Estado democrático y (social) de derecho, aborda el fenómeno criminal y lo combate o pretende combatir *ex ante*, en sus principales y más álgidas manifestaciones, mismas que, en no pocas ocasiones, se desvían del rector que ha venido orientando los caminos del derecho penal (efectiva protección de bienes jurídicos) para aterrizar las justificaciones sobre la expansión del derecho penal, en la alarma social a la que los medios masivos de comunicación contribuyen de manera desmedida, en el simbolismo, en el populismo penal<sup>2</sup> y en fin, en la ausencia de una justificación material en la actividad legislativa penal, traducida en puro decisionismo penal.<sup>3</sup>

---

\* Defensor Público Federal.

<sup>1</sup> Véase, Silva Sánchez, Jesús-María, “*La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, páginas. 26-27

<sup>2</sup> Sobre ello, véase Albrecht, Peter Alexis, “*El Derecho Penal en la intervención de la Política Populista, en La Insostenible situación del Derecho Penal*”, Comares, Granada, 2000.

<sup>3</sup> Véase al respecto, la crítica de Schünemann a la teoría monista-normativista de Jakobs, que se traduce en la “apertura de todas las compuertas a las meras decisiones”, “*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*”, primera reimpresión de la

En este contexto de complejidades respecto a qué se debe hacer con el Derecho Penal y qué límites le franquea la dogmática jurídico penal a la Política Criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho,<sup>4</sup> se observa el aumento del recurso legislativo a instrumentos dogmáticos cuya expansión, no siempre es recibida con beneplácito, tales como el incremento de tipos penales de *peril abstracto* y de *resultado cortado o consumación anticipada*; la creación de delitos con bienes jurídicos supraindividuales y de contenido difuso y, en fin, las criminalizaciones en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico.<sup>5</sup>

De este último tipo de recursos sobre los que echa mano el derecho penal preventivo actual, es paradigmático el delito de posesión de narcóticos “con fines” previsto en el célebre párrafo primero del artículo 195 del Código Penal Federal, que en la sistemática actual, es un delito considerado grave por el legislador, lo que impide al imputado acceder al beneficio de la libertad provisional bajo caución, cuando encontrándose la droga en su radio de acción, se conjugan un ámbito de circunstancias de diversa naturaleza y en la mayoría de los casos, de escasa significación unívoca, puntual e inmutable, que orillan a considerar la existencia de una finalidad de realizar con el narcótico, alguna de las conductas previstas en el diverso numeral 194. Sin ahondar en el estudio dogmático del tipo

---

primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, páginas. 41 y siguientes. En cambio, sobre las posiciones que justifican la “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal” véase a Müssig, Bernd, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, para quien, “el problema de la legitimación del derecho penal –cuál es el sentido social, cuál el objeto de cada tipo penal individual- aparece como cuestión directamente relacionada con la configuración de la sociedad, y no como una cuestión relativa a determinados bienes jurídicos: el derecho penal es garantía del derecho en cuanto estructura de la sociedad”, páginas 14-15.

<sup>4</sup> Sobre ello véase, Roxin, Claus, “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, y Mir Puig, Santiago, “Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.

<sup>5</sup> Sobre ello véase, Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en *Estudios de Derecho Penal*”, páginas 293 y siguientes, primera edición, Civitas, Madrid, 1997.

penal que ocupa estas reflexiones, es propósito central destacar algunas ideas estrictamente orientadas al análisis de la constitucionalidad de la figura, exponiendo puntos concretos que a nuestro juicio, ponen en duda seriamente la armonía del precepto con el garantismo penal que inspira nuestra Constitución vigente y con expresiones depuradas de un derecho penal liberal.

## 1. EL INFORTUNADO Y SUPERFICIAL PROCESO LEGISLATIVO

Es evidente que los documentos que avalan el proceso legislativo que dio origen a la introducción en la legislación penal del delito cuya modalidad nos ocupa, acusa un defecto común y no pocas veces visto en el trabajo legislativo, consistente en la pretensión mediática de apagar problemas que representan alarmas sociales y requieren de una rápida y publicitada (aunque no siempre efectiva y eficaz) acción de los poderes públicos, que obedecen más a una actitud simbólica de crear la idea colectiva de que se “esta haciendo algo” y no vislumbran tras de sí una *ratio legis* meditada y verdaderamente atendida en un trabajo parlamentario auténtico e informado.

Así, en los papeles legislativos del decreto de Reformas al Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el día diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, que introdujo la *sui generis* modalidad del delito contra la salud, no se observa debate parlamentario en torno al estado de la cuestión y de la problemática social y estadística que pudiera servir de apoyatura de la medida legislativa que se instrumenta para tales fines. Mucho menos se encontrará respuesta a la interrogante sobre la necesidad de introducir una figura típica que enfatiza la carga del injusto, no en la conducta activa que despliega el agente activo, sino en un elemento subjetivo diverso del dolo o ultraintención, que ya podría ser cubierto por la tentativa de otras formas comisivas del delito contra la salud. Lo anterior sin perjuicio de que era altamente deseable que se efectuara un planteamiento político criminal y dogmático, sobre la necesidad, justificación y congruencia

constitucional, de establecer un tipo penal que sanciona situaciones que sólo pueden ser encontradas (si es que acaso así ocurre) en el fuero interno del infractor y su diferenciación dentro del *iter criminis* con la innegable posibilidad de que aparezca la forma imperfecta de ejecución respecto a, prácticamente, cualquier conducta alternativa prevista por el artículo 194 del Código Penal Federal, relacionada con los narcóticos.

Es preocupante que el legislador no se detuviera a explicar a la ciudadanía, la justificación para crear una modalidad típica en el delito contra la salud, que pondere la “necesidad” de extender la punibilidad más allá de la tentativa, que es precisamente la piedra angular del problema constitucional de este tipo de incriminaciones, pues en la exposición de motivos del día 23 de noviembre de 1993, tan sólo se indica:

“II.5. En general, es necesario mejorar algunos tipos penales, crear otros, e introducir respecto de ciertos delitos otras agravantes que no habrán sido consideradas. En los delitos graves contra la salud se hace necesario extender la punibilidad más allá de la tentativa, que implica actos de ejecución del ilícito no consumado, para comprender también algunos actos preparatorios unívocos, es decir, cuando revelen claramente la intención de perpetrar el ilícito penal, pero que por alguna razón ajena a su voluntad no continuaron el desarrollo de su realización, quedando por ello impunes sus autores o partícipes”.

Tristemente, el legislador da por hecho lo que debió justificar, esto es, cuáles son “algunos actos preparatorios unívocos”, cuando por la formulación legal, lo menos que se advierte es la presencia siquiera de “actos”. Esta vaguedad es morbosa y peligrosa a la vez, pues si habrán de sancionarse “actos preparatorios unívocos”, tendría el tipo que expresarlos de manera puntual en cumplimiento al mandato de certeza derivado del principio de legalidad.<sup>6</sup> En materia

<sup>6</sup> Véase al respecto con referencias de la jurisprudencia mexicana, Díaz Aranda, E. “Derecho Penal”, páginas 61-65, segunda edición, Porrúa, México, 2004. Haciendo referencia al principio de legalidad con la denominación de “principio de intervención legalizada”, Muñoz Conde, Francisco, “Derecho penal. Parte General”, página 155, segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

penal, no puede dejarse a un desarrollo jurisprudencial desordenado, disímulo y caprichoso como el que se ha venido produciendo a raíz de la introducción de la figura típica en análisis, la noción sobre qué actos preparatorios revelan con claridad la intención de perpetrar el ilícito penal como lacónicamente refiere la exposición de motivos, si no se quiere crear un panorama de inseguridad que compromete la libertad personal entendida como uno de los más altos valores de un estado democrático y de derecho.

Mejores halagos no podrán hacerse al Dictamen de la Cámara de Origen (Diputados) de fecha 14 de diciembre de 1993, donde tan sólo se condensa un catalogo de buenas intenciones expresado en el planteamiento de un necesario proceso de criminalización, precisando los contenidos de los de presupuestos de la pena y de sus elementos típicos, sin dedicar una sola línea a las razones que justifican la introducción de la modalidad delictiva autónoma en estudio, en el catálogo de conductas contra la salud.

En fin, similares comentarios merecen las discusiones en ambas Cámaras, donde priva el irreflexivo y ausente panorama dogmático en la nula discusión, pero sí se observa en cambio, un desbordado entusiasmo político social apoyado en el rentable discurso político del combate al narcotráfico, que evade en no pocas ocasiones los hilos conductores del respeto a las garantías constitucionales y los derechos del ciudadano, así como a los presupuestos de un derecho penal en un estado social y democrático de derecho. Bajo este panorama, podemos decir, utilizando un término acuñado por el maestro argentino Marcelo A. Sancinetti, que ante la ausencia de discusión se abrió pasó a la “autodignificación” del precepto.<sup>7</sup>

En conclusión, se observan una pléyade de argumentos políticos, económicos, sociales, financieros y hasta criminológicos, ignorando la justificación dogmática jurídico penal del precepto, y su conveniencia y efectividad político criminal para la protección del bien jurídico que lo justifica (o debe justificarlo), así como el respe-

<sup>7</sup> “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público”, páginas 17 y siguientes. editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.



to de elementales principios rectores que ocupan la ciencia penal. Todo ello, se resumió sin abordarlo en la inaudita y exclusiva intervención de dos Senadores que hicieron uso de la tribuna, tan sólo para reproducir el texto del dictamen exaltando sus bondades y su sobrestimación apriorística, como medio para el combate de la delincuencia organizada en los aspectos de conductas delictivas que afectan la salud colectiva, sin abordar como debiera ser, en materia tan delicada y mecanismo de control social de última mano, los aspectos de justificación dogmática y política criminal de la figura, que invade seriamente la dignidad del sujeto, al irrumpir la amenaza de pena en el umbral del fuero interno del justiciable, de su pensamiento, mediante el recurso a la práctica “adivinanza” que disfrazada de “inferencia lógica”, se deriva a partir de datos objetivos sin significado incontestable, que no brindan certeza jurídica en la comprobación de presencia en el ánimo del sujeto activo, del fin avieso.

## **2. DISYUNTIVA POLÍTICO CRIMINAL: DERECHO PENAL DEL HECHO Y DERECHO PENAL DE AUTOR**

Expresa la doctrina que la Política Criminal se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho Penal para poder cumplir de la mejor forma su misión de proteger a la sociedad.<sup>8</sup>

La Política Criminal conecta con las causas el delito, discute cómo deben ser redactadas correctamente las características de los tipos penales para corresponderse con la realidad del delito, intenta determinar el modo en que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en derecho penal, toma en consideración hasta qué límite el legislador puede extender el Derecho penal para no restringir más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano, y prueba si el Derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas: “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, Traducción de Miguel Olmedo Cardenote de la quinta edición renovada y ampliada, Comares, Granada, 2002, página 24.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pag. 24

En consecuencia, no todo lo que parece adecuado al fin es también justo. Como criterios de Justicia en la Política Criminal se entienden sobre todo, el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho y el principio de humanidad.<sup>10</sup>

En el sistema del Derecho penal del hecho la pena se anuda al hecho antijurídico; pero lo decisivo para la punibilidad es, ante todo, el reproche que se realiza al autor a causa de la comisión de un hecho determinado en sus caracteres esenciales (culpabilidad por el hecho).

En el sistema del Derecho penal de autor, por el contrario, la pena se asocia de modo inmediato a la peligrosidad del autor, por lo que para la justificación de la sanción aquélla debe ser atribuible a la “culpabilidad por el modo de vida”,<sup>11</sup> es decir, atendiendo a cuestiones que trascienden exclusivamente en el fuero interno del sujeto y que no constituyen aún, actos ejecutivos de ninguna especie orientados a la puesta en peligro o daño efectivo de un bien jurídico penalmente tutelado.

Del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el resultado).<sup>12</sup> El principio de culpabilidad sirve también, para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva del Estado,<sup>13</sup> constituyendo además, baluarte del derecho penal del hecho, donde ante la inexistencia al menos, de una resolución manifestada traducida en actos de carácter ejecutivo y perceptibles a través de los sentidos por tener comprobación empírica en el mundo fáctico, no es posible solicitar aún la intervención del instrumento punitivo de que echa mano el Estado de Derecho para prevenir y castigar los ataques más intensos e intolerables a los bienes jurídicos, que además resulta imposible controlar por otros me-

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, pag. 24.

<sup>11</sup> *Ibidem*, página 58

<sup>12</sup> *Ibidem*, página. 24. Similarmente, Bacigalupo, Enrique: “*Principios de Derecho Penal. Parte General*”, cuarta edición, Editorial Akal, Madrid, 1997, página 109.

<sup>13</sup> *Ibidem*, página 25.

dios menos invasivos del espacio de libertad asegurado al ciudadano (principios de fragmentariedad, subsidiaridad, mínima intervención y *ultima ratio* que informan el moderno derecho penal).<sup>14</sup>

En este orden de ideas, por derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan de él.

Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción.<sup>15</sup>

Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino sólo el que el autor sea “tal” se convierte en objeto de la censura legal; allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal.<sup>16</sup>

En ese mismo orden de ideas, no es posible bajo los postulados del moderno derecho penal y aún más, de un Estado que se precie de ser democrático y de derecho (*donde tenga vigencia el pleno respeto a la igualdad y la dignidad de la persona humana, de cuyos rasgos esenciales de protección, forma parte indiscutible el fuero interior y la intimidad ideológica, que por no exteriorizarse aún, pertenecen en exclusivo a su espiritualidad y esencia*), proceder a la criminalización y consecuente sanción mediante instrumentos penales, de las eventuales disposiciones anímicas en relación con un objeto cualquiera, o inclusive con un objeto de delito, al no poder conocerse con un

<sup>14</sup> Sobre estos principios limitadores del *ius puniendi* véase: González-Salas, Raúl: “La teoría del bien jurídico en el derecho penal”, primera edición, Pérez-Nieto editores, México, 1995, páginas 103 y siguientes

<sup>15</sup> Roxin, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, traducción de la segunda edición alemana, Editorial Civitas, Madrid, 1997, página 176.

<sup>16</sup> *Ibidem*, página 177.

grado de certeza tal que fundamente una condena y no atropelle las mínimas garantías y el más elemental garantismo penal, la disposición (si es que existe) criminal del autor hacia determinado resultado penalmente desvalorado, que transcurre en su insondable fuero interno, ya que dentro del *iter criminis* es consabido que resulta regla sin excepciones, que todo lo que transcurre en la esfera interna (ideación, deliberación y resolución), a través de las cuales se formaliza la voluntad criminal y que preceden a su manifestación, es penalmente irrelevante y no punible.

Derivado de las anteriores reflexiones, concluimos que el principio de culpabilidad parte de un sistema penal de garantías para el ciudadano, que no reacciona al delito de manera efectista y simbólica, o mediante su instrumentalización para entronizar un derecho penal de la seguridad o de la prevención criminal, ante la sensación de inseguridad social, construido a costa de la eliminación de los más elementales derechos públicos fundamentales, entre los que se encuentra, por derivación de la dignidad y el respeto a la calidad de persona humana, la infranqueable barrera del respeto a la intimidad y a las ideas, que aunque puedan ser *a posteriori* constitutivas de algún delito en caso de traducirse en acciones materiales y hechos sancionables, mientras transcurran en el fuero interno del autor, resultan inocuas y de nula ofensividad social en tanto no se evidencie un principio de ejecución.

En términos generales, siguiendo las ideas doctrinales sobre la relevancia de los principios constitucionales que informan el moderno derecho penal, puede decirse que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (imputabilidad), y de una situación normal para la motivación del acto (exigibilidad).<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Jaén Vallejo, Manuel: “Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional”, primera edición; Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, página 39.

Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido. Pero además, en un Derecho penal basado en la culpabilidad pierde apoyatura legal, la vieja presunción de dolo del acusado<sup>18</sup> o el dolo *ex re*.

El principio de culpabilidad no se encuentra formulado expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni en los tratados y declaraciones internacionales que México ha suscrito, pero puede derivarse de dos principios firmemente anclados en nuestro orden legal, como son el principio del Estado de democrático y de derecho (artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)<sup>19</sup> y del principio de legalidad, pues para el respeto de aquél, es dable efectuar una aplicación de los principios no explícitos en la ley, y no en contrario, esto es, que a través de una interpretación literal de esta, los contradigan. De igual manera juegan en el reconocimiento del principio de culpabilidad, el principio superior de justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico,<sup>20</sup> así como el de dignidad de la persona (artículos 3º fracción II inciso c) y 25 de la Constitución)<sup>21</sup> y los derechos que le son inherentes, como lo es la igualdad (artículo 1º Constitucional),<sup>22</sup> que entraña también en una de sus subvertientes de naturaleza penal, no sancionar con penas equivalentes actos similares, y tampoco sancionar penalmente actos o hechos inexistentes y sin materialidad objetiva perceptible alguna, así como el castigo de posiciones de “autor” que entrañan la penalización de su forma de vida o de ser, y del mundo personal de las ideas que le pertenece.

En resumen, tenemos que el principio de culpabilidad es un

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, página 39.

<sup>19</sup> Sobre las dificultades para utilizar la expresión “Estado social y democrático de derecho” en la perspectiva constitucional nacional, véase: Díaz Aranda, E., Op.Cit., pags. 53 y ss; concluye este autor diciendo que: “Con los anteriores argumentos hemos podido sostener la existencia de un Estado social y democrático de derecho en México”, página 55.

<sup>20</sup> Véase, Jaén Vallejo, Manuel, Op. Cit., página 40.

<sup>21</sup> Así, Bacigalupo, Op. Cit., página 108.

<sup>22</sup> Así lo reconoce Luzón Peña, Diego-Manuel, “Curso de Derecho Penal. Parte General I”, primera reimpresión, editorial Universitas, Madrid, 1999, página 86.

principio estructural básico,<sup>23</sup> el cual se decanta en dos vertientes históricas que son: el del derecho penal del hecho o culpabilidad por la comisión de un hecho, o bien el derecho de autor, o culpabilidad por la personalidad del autor, siendo el primero de ellos el que rige en todos los sistemas que se precian de tener un derecho penal democrático y liberal, donde lo que interesa no es el juicio sobre la vida o forma de conducción de esta, por parte del autor, así como sus pensamientos y emociones que sólo transcurren en su fuero interno, sino un juicio sobre un hecho ilícito concreto decidido y exteriormente manifestado por el autor, mediante actos que entrañen un principio de ejecución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, sin hacer grandes precisiones sobre el contenido y contexto en que se desenvuelve el principio de culpabilidad, nunca han desconocido su presencia rectora, “*que rige el sistema penal mexicano para la individualización de las penas*”<sup>24</sup>, o bien, “*relacionado con la necesidad de acreditar el vínculo de pertenencia entre el autor y su hecho, como justificación del juicio de reproche personal e intransferible*”.<sup>25</sup> Es in-

<sup>23</sup> Jaén Vallejo, Manuel, Op. Cit., página 40.

<sup>24</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Febrero de 2005, Novena Época, Primera Sala, página 143, tesis 1a./J. 123/2004, con el rubro “INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITOS QUE LA LEY PREVÉ COMO GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA, CUANDO EN SU COMISIÓN SE ACTUALIZA UNA AGRAVANTE”.

<sup>25</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Octubre de 2003, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, página: 899, Tesis: II.2o.P.112 P, con el rubro “ARMA DE FUEGO, PORTACIÓN DE. CONCEPTO DE AUTOR BAJO EL CRITERIO DEL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO”. Otras ejecutorias delinean superficialmente aspectos básicos del principio de culpabilidad, refiriendo que éste se encuentra “*cimentado en el hecho punible perpetrado, conforme al cual el autor es sancionado en razón de su acción típica y no por actos posteriores al delito, si son ajenos al riesgo o daño inferidos*” (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Julio de 2002, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, página: 1354, Tesis: I.2o.P.59 P); o bien señalando que “*de conformidad con el principio de culpabilidad que impera en un sistema de derecho penal propio de un Estado de derecho, como el nuestro, sólo puede condenarse por un delito a aquel cuya responsabilidad o culpabilidad obre plenamente demostrada*” (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, Septiembre de 1996, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, página: 649, Tesis: II.2o.P.A.38 P); reconociendo en todo caso que el “*principio de culpabilidad*”, (es) *característico de un derecho penal liberal, propio de un Estado democrático de derecho*” (Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Enero de 1991, Octava Época, Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, página: 286).

negable que al desarrollo jurisprudencial, no le es ajena la comprensión y reconocimiento del principio de culpabilidad.

Sin embargo, las propias previsiones del Código Penal Federal, son también fuente interpretativa del principio de culpabilidad por el hecho (acto) y evidencia de la existencia de límites para el legislador en la criminalización de conductas y elaboración de tipos penales, pues derivado de un derecho penal propio de un Estado democrático y de derecho, es claro que el *ius poenale* estatal, tiene ciertos límites frente al ciudadano, de los que el más palpable y significativo para el respeto irrestricto a los anteriores principios, es aquel que se condensa en la vieja máxima de Ulpiano que reza: “*cogitationes poenam nemo patitur*”,<sup>26</sup> esto es, que nadie puede ser castigado por sus pensamientos, y así expresado, puede violarse mediante la incriminación directa de actitudes internas y también mediante el castigo de hechos exteriores carentes de lesividad, utilizados, por lo tanto, como meros síntomas del ánimo.<sup>27</sup>

En consecuencia, la dogmática jurídico penal informa que el principio del hecho o de la objetividad material del delito exige que el sustrato del delito se halle constituido por un acontecimiento del mundo exterior<sup>28</sup> como base de la tipicidad y la antijuridicidad, esta última que no debe servir de base o apoyatura por sí sola, a factores de determinación de la dirección del actuar externo hacia sus consecuencias jurídicamente desaprobadas. Prueba marcada de lo anterior es la rudimentaria *-pero ilustrativa al caso-*, definición que contiene nuestro Código Penal Federal de lo que considera delito en su artículo 7º, al establecer: *ARTICULO 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.*

<sup>26</sup> Véase al respecto, Antolisei, Francesco, “*Manual de Derecho Penal*”, octava edición, Temis, Bogotá, 1988, página 335; Cobo Del Rosal, Manuel / Vives Antón, T.S. “*Derecho penal. Parte General*”, quinta edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, páginas 343 y 712; Pavón Vasconcelos, Francisco, “*Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general*”, Porrúa, México, 1967, páginas 409-410; Castellanos Tena, Fernando, “*Lineamientos Elementales de Derecho Penal*”, vigésima octava edición, Porrúa, México, 1990, página 284; Welzel, Hans: “*Derecho Penal Alemán*”, décimo primera edición, traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, página 259.

<sup>27</sup> Cobo Del Rosal, Manuel / Vives Antón, T.S.: Op. Cit., página 343.

<sup>28</sup> *Ibidem*, página 343.

Iguals razones sobre la necesidad de un acto exteriorizado por el sujeto activo para entrar al terreno del derecho penal, da la figura de la *tentativa*, atento a la fórmula legislativa del artículo 12 del Código Penal Federal, que la considera punible “*cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado*”; y la regulación del desistimiento en el segundo párrafo del dispositivo en cita, lo confirma cuando señala que “*si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos*”. Finalmente, la formulación de la *autoría* es también una prueba de que el legislador se decanta por el respeto al derecho penal del hecho al definir al autor material y los coautores del delito como aquellos que *los realicen por sí*.<sup>29</sup>

Bajo estas reflexiones, se pretende demostrar que el legislador no goza de una patente de corso en la formulación de los distintos tipos penales, que se traduzca en la facultad de incriminar los fines que discurren en el ánimo del autor, subordinando todo el injusto a ese aspecto subjetivo, sino que se encuentra limitado por diversos principios que informan todo el ordenamiento jurídico, algunos explícitamente previstos en la Constitución y en las normas que de ella emanan, y otros que se derivan de aquellos y que el legislador no puede atropellar si desea en verdad apartarse del decisionismo penal como política criminal que no reconoce la “barrera infranqueable” de la dogmática jurídico penal.

Consecuencia entonces, del reconocimiento de un derecho penal del hecho y del principio de culpabilidad, es que allí donde el sujeto no haya realizado el hecho (al menos como resolución manifestada concretizada en un principio de ejecución mediante actos de esa misma naturaleza) no podrá reprochársele su comisión en virtud de su culpabilidad, ya que las hipótesis de responsabilidad sin hecho son casos de responsabilidad sin culpabilidad.

<sup>29</sup> Así lo considera con referencia al derecho penal español, Cobo Del Rosal, Manuel / Vives Antón, T.S. Op. Cit., páginas 344-345.



### 3. PRINCIPALES ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194

#### I. LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY Y SU RESPETO POR PARTE DEL LEGISLADOR. EL MANDATO DE DETERMINACIÓN

Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que en la creación de la ley penal, existen exigencias materiales que implican la necesidad de incorporar un mensaje normativo determinado, claro, preciso, taxativo y cerrado, ya que la exigencia de tipicidad debe estar vinculada con la idea de seguridad jurídica.<sup>30</sup> Así las cosas, el mandato de determinación se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una *lex certa*. Por otro lado se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándolo, en consecuencia a ceñirse a la *lex stricta*.<sup>31</sup>

Consecuencia a su vez de lo anterior, es que la norma de determinación de la conducta que va dirigida al ciudadano, para que entrañe antijuridicidad material y fundamente el injusto desde perspectivas teleológicas, no sea, como afirma con gran precisión Silva Sánchez: “*un elemento subjetivo (una intención, un acto interior de desobediencia), sino una conducta, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico penales*”.<sup>32</sup>

Estas ideas, aplicadas al tipo penal analizado, conducen a la conclusión de que el pretendido injusto típico de la posesión “con fines”, quiebra el principio de legalidad y sojuzga el de dignidad

<sup>30</sup> Apéndice 1917-2000, Novena Época, Pleno, Tomo I, Constitucional, Sección Precedente Relevante, tesis 1062, página: 747, rubro: EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA

<sup>31</sup> Así: SILVA SANCHEZ, J. MARIA, “*Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*”, Editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, página 254.

<sup>32</sup> *Ibidem*, página 386.

humana, cuando el Estado vigilante pretende conminar con pena (y peor aún, privativa de libertad) intenciones y aspectos internos de la subjetividad del autor en relación con la posesión de la droga, incriminando con una pena más elevada la dimensión subjetiva o la volición específica, que en la gran mayoría de los casos se pretende inferir a partir de ciertos datos objetivos de naturaleza, las más de la veces, equívoca y ciertamente no del todo incontestable (cantidad, lugar, hora, forma de presentación del narcótico, etc.). En ese orden de ideas, debería meditararse la conveniencia político criminal de subordinar bajo amenaza de pena en un derecho penal democrático y moderno, aspectos subjetivos de la voluntad como fundamento del injusto, y no conductas determinadas *que se dirigen al concreto destinatario del Derecho, cuya infracción asume prevalente relevancia en el plano de la culpabilidad del autor por su comportamiento típicamente antijurídico*.<sup>33</sup> Esta exigencia de al menos un “comportamiento” humano externo, no pude soslayarse en ninguna fórmula de delito.

Es preocupante la incriminación basada en el aspecto nuclear de un dato subjetivo *per se*, y no en un hecho objetivamente perceptible y materialmente perturbador, que además implique la presencia de un riesgo objetivo para el bien jurídico, pues la pretendida “finalidad” no puede ya siquiera imaginarse (que no probarse) sino en el fuero interior del sujeto (los pensamientos no pagan aduanas).<sup>34</sup>

Difícil se antoja justificar que el legislador utilice el mecanismo más severo de control social con el que cuenta, para sancionar pensamientos o intenciones que sólo transcurren en el mundo de las ideas de cada persona, que además pretende deducir de circunstancias externas, y que no conllevan por tanto, riesgo alguno de ofensividad, ni la puesta en peligro (aún presunto y abstracto) de algún bien jurídico que, como “la salud pública”, por su naturaleza supraindividual y colectiva, debiera ser especial foco de atención

<sup>33</sup> Polaino Navarrete, Miguel: “Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal”, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2001, página 342.

<sup>34</sup> *Ibidem*, página 386.

de la labor selectiva del legislador sobre la necesidad de incriminar exclusivamente un acto material y externo que se traduzca en su afectación o puesta en peligro, abstracto o concreto.

La mera “comprobación” inferencial más o menos establecida, de la “finalidad” que subyace en el fuero interno del autor, sin acto ejecutivo alguno que plasme el inicio de la tentativa (principio de ejecución) de una de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, es nociva y peligrosa para el ciudadano.

En base a estos principios, es claro que no puede tener asidero constitucional ni justificación legal, la punición *-además con penas tan elevadas y bajo el epígrafe de un delito grave-* de las conductas de tenencia de estupefacientes “con fines”, donde ni siquiera ha dado comienzo ejecutivo o inclusive preparatorio, la conducta reputada como peligrosa y aflictiva para el bien jurídico en los delitos contra la salud, y muy especialmente, cuando el núcleo de la prohibición no entraña una conducta material y objetivamente precisa, sino la finalidad del autor, que se deduce por indicios como la cantidad de droga que mantiene en posesión y otros semejantes, pues con ello se esta basando la antijuridicidad de la conducta únicamente en la intención (supuesta) del sujeto de realizar con la droga “algo” en el futuro, deducida además de datos indiciarios y no incontestables que ha ido estableciendo la Jurisprudencia,<sup>35</sup> y que casi nunca garantizan certeza material de la finalidad que se pretende acreditar para fundar una sentencia de condena, pues su manipulación y falsificación hipotética, además de su escaso valor para la “acreditación” de la actitud interna del sujeto que posee la droga, conllevan tan sólo inseguridad jurídica en la aplicación de los tipos penales y en la determinación de las responsabilidades consecuencia de su comisión.

Con este tipo de incriminaciones legales, se adelanta el umbral de la responsabilidad penal de tal manera, que el Estado comienza a incidir conculcando garantías, en el substrato espiritual e intelectual.

<sup>35</sup> Mendoza Buergo, Blanca, “El Derecho penal en la Sociedad de Riesgo”, primera edición, Civitas, Madrid, 2001, página 103 nota 238 in fine.

tual de las personas, que no puede ser la base cierta y estricta para el contenido material de lo antijurídico y, por consecuencia, base del mandato de determinación que la norma penal dirige al ciudadano y reclama de toda concreción legislativa al respecto.

No debieran olvidarse, los postulados esenciales del Derecho Penal del acto, por un lado *la necesidad de una acción humana (principio de la conducta)*, y por otro, *la relevancia de la persona como ser actuante y no como mero ser pensante*, es decir, que en ningún caso podrá ser sancionado penalmente el sujeto por como es o por lo que piensa, sino por lo que hace; y por último, *la necesidad de la externa manifestación de la voluntad humana*, donde no puede castigarse a una persona por su mero (probado o no) deseo delictivo.<sup>36</sup>

## II. LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. IMPLICACIONES EN EL DELITO CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194

No es aventurado reflexionar sobre la vigencia del principio de presunción de inocencia en este tipo de incriminaciones, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en forma derivada.<sup>37</sup>

En efecto, la incriminación que efectúa un tipo penal como el que es objeto de estas reflexiones, en el que falta precisamente una conducta o hecho siquiera con carácter de principio de ejecución, al cual reconducir la pretendida “finalidad” de cometer alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, conlleva una clara vulneración a la presunción de inocencia porque el adelantamiento que se efectúa en la criminalización de circunstancias que transcurren en el fuero interno del autor del delito, nos lleva a concluir que para el legislador es suficiente como

<sup>36</sup> Op. Cit., página 295 y siguientes.

<sup>37</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, Pleno, Tomo: XVI, Tesis: P. XXXV/2002, página 14, Agosto de 2002, rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

materia del injusto penal, el pensamiento del individuo, que no puede ser constatado con medios empíricos, sino con dudosos esfuerzos lógico deductivos, efectuando un ejercicio de ilación de circunstancias tales como “la cantidad y demás circunstancias del hecho” para de ello inferir la existencia de la intención específica que el tipo en análisis reclama para su concretización.

Se quiebra la presunción de inocencia al subvertir el contenido del pensamiento en una condición del injusto inculparable, aun cuando dicho principio tenga mayor fuerza en el ámbito de las garantías procesales que asisten al individuo, donde se exige de un mínimo de actividad probatoria<sup>38</sup> que sea apta e idónea para destruirla.

### III. LAS DIFICULTADES DE LA PRUEBA POR LA FÁCIL MANIPULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE COMISIÓN Y EL VALOR PREPONDERANTE DE LA CANTIDAD DE NARCÓTICO EN POSESIÓN

En este apartado, trataremos de destacar cómo se violenta la garantía de seguridad jurídica, por las dificultades en la prueba de la “finalidad” del sujeto ante la ausencia total de un principio de ejecución de alguna conducta prevista por el artículo 194 del Código Penal Federal, y las evidentes “manipulaciones” de estos aspectos al amparo de una prueba de indicios para la acreditación de la pretendida finalidad, que a nuestro juicio es un medio de dudosa efectividad para lograr la certeza del contenido de la voluntad en el tipo penal de “posesión con fines”, cuya parte subjetiva no se contrae exclusivamente al dolo típico entendido como conocimiento y voluntad de efectuar la parte objetiva del delito en cuestión, sino que esa parte subjetiva se convierte por mor de la pretendida “finalidad” sobre el narcótico que se mantiene en posesión, en el núcleo de la propia prohibición, con lo que provisionalmente y a pesar de no serlo en el plano ontológico, vendría a tener valor equivalente al comportamiento típico.

El desbordado optimismo en la prueba de indicios para la comprobación de la ultraintención en la posesión del narcótico, no pocas

veces hace caer al intérprete en el plano del delito de sospecha, que es también contrario al principio de culpabilidad e incompatible con la función de garantía de la tipicidad y el principio de legalidad.

Las más de las veces, el recurso a la prueba circunstancial sobre elementos subjetivos tan específicos, lo más que podrá producir es el convencimiento personal del juez de su existencia, con lo que en definitiva y en honor a la verdad, de *lege lata*, se admite la posibilidad de que se den por probados determinados indicios en su realidad concreta, y que a partir de ellos se fundamente una condena sin que se haya eliminado completamente el riesgo de divergencia entre el contenido de la convicción judicial y la realidad efectivamente acaecida,<sup>39</sup> ante el elevado peligro de que los indicios, no obstante su existencia, indiquen precisamente la hipótesis contraria a la que se pretende acreditar (una finalidad diversa a la de realización de alguna conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal Federal), como con no poca frecuencia viene a ser el consumo estricto personal del tenedor del narcótico o el consumo compartido entre grupos de personas adictas, y no la "finalidad" que el tipo requiere. Y para muestra de lo anterior frecuentemente son utilizados por el juzgador para acreditar el elemento subjetivo específico, el lugar y la forma en que es asegurado el narcótico, cuyo valor probatorio es altamente equívoco y falsificable, además de frecuentemente indicativo de la hipótesis contraria a la que se pretende acreditar por su flexibilidad y fácil manipulación en el sentido que se desee.

La fragilidad e incerteza jurídica que provoca la utilización de la prueba de indicios para acreditar una finalidad buscada en el ánimo interno del autor, sobre la base de circunstancias que no indican un propósito concreto, y que dan pauta a cualquier número de orientaciones en la convicción judicial, da paso a arraigadas prácticas que ante el panorama de incertidumbre de los indicios, permiten

---

<sup>38</sup> Así, Jaén Vallejo, Manuel, *"La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia Constitucional"*, Editorial Akal/Ure, Madrid, 1987, página 74.

<sup>39</sup> Ragués i Vallès, Ramón: *"El dolo y su prueba en el proceso penal"*, primera edición, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, página 269.

tomar partido por la que perjudica precisamente al reo, contrariando la presunción de inocencia e inclusive el principio *in dubio pro reo*.<sup>40</sup>

El déficit y escaso valor incriminante que tienen los datos circunstanciales, ya en lo individual, ya en su conjunto, para la efectiva comprobación de la intención específica que el autor guarda en su fuero interno y a futuro con relación a la droga que mantiene en posesión, y las arduas e irresolubles dificultades que proporciona la comúnmente utilizada prueba de indicios, que quiere efectuar un salto al vacío, al pretender justificar la utilización de una operación lógica para derivar de datos del mundo exterior y empíricamente constatables, abstracciones o entelequias que transcurren en el mundo interior del sujeto y que no gozan de esa comprobación empírica, no son baluarte de seguridad jurídica al afectar un bien jurídico de tan alta valía como la libertad personal.

En conclusión, resulta que lo único cierto y fuera de duda, es que un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones diametralmente opuestas y que también, bajo la pretendida apreciación inferencial de los datos que concurren al hecho, ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas, siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional. Por ello, es pertinente recordar el parecer de Mittermaier cuando señala que: “*cada prueba, cada hecho del que se deduce la prueba, produce, pues, como hemos dicho, un movimiento en la conciencia humana: movimiento que varía de intensidad según los individuos. Compárese un Juez de imaginación viva con otro habituado a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado sería muy distinto*”.<sup>41</sup>

La cuestión de inconstitucionalidad encuentra acomodo, al vulnerar la garantía de seguridad jurídica o de igualdad cuando se

---

<sup>40</sup> Al respecto, es más que ilustrativo el juicio de Blanca Mendoza Buergo, al criticar el problema que plantea la prueba de la voluntad del sujeto de destinar la droga a alguno de los fines que el tipo prohíbe, expresando: *Entre otros indicios, el de encontrar la droga distribuida en bolsitas, papelines o papel aluminio, dato del que, por sí sólo, no puede en absoluto deducirse sin más el destino ulterior al tráfico, pues el sujeto pudo haberla adquirido así, o almacenarla de modo ya fraccionado para su consumo posterior*. Op. Cit., página 106, nota 244.

<sup>41</sup> Citado por Ragués i Vallès, Ramón: Op. Cit., página 270, nota 743.

habilita la posibilidad de que dos supuestos idénticos puedan tener dos soluciones correctas en función de la personalidad de quien los enjuicia, lo que produce un déficit de seguridad, que el legislador no debiera abandonar al criterio de los jueces.

Al confiarse la última palabra sobre la prueba de indicios a la convicción judicial se admite, de modo más o menos (artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales) explícito, que toda condena significa y entraña la posible instrumentalización del individuo, ante la sola probabilidad, que no certeza, de su culpabilidad, y especialmente cuando como en el caso a estudio, lo que se pretende dilucidar como verdad material, es algo que formalmente sólo tiene cabida en la insondable alma humana, esto es, una intención, una idea, un propósito, y no un hecho material buscado a través de inferencias lógicas derivadas de circunstancias que contienen hechos de la misma naturaleza que aquel que se pretende establecer, es decir, algo que atañe al mundo de la facticidad y no al mundo de las ideas.

En conclusión, las circunstancias de que a menudo echa mano la jurisprudencia, no son ni remotamente reglas de experiencia de vigencia incontrovertida y empíricamente comprobadas, por lo que no pueden servir de premisa mayor en el razonamiento silogístico que derive en la conclusión de que el sujeto tuvo la finalidad de efectuar alguna conducta prevista en el artículo 194, con la droga cuya tenencia se le atribuye.

Considerar lo contrario, es tan sólo caer en la arbitrariedad y el acaso, tratando de afirmar certeza donde sólo existe probabilidad, y encarnar la crítica que en su día hiciera Framarino dei Malatesta, al indicar que tal proceder sirve “ . . . de cómodo sillón a la pereza, que incita a descansar en él con el pretexto hipócrita de una buena conciencia”.<sup>42</sup> Por tanto, es precisamente este margen de error el que recomienda al legislador, dejar atrás la materia de la prohibición basada en un dato psicológico que dogmáticamente cubre con mayor felicidad la forma imperfecta de ejecución inacabada, y renunciar a la

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, página 271.



prueba de indicios en la determinación de fenómenos psicológicos, por su deliberada falta de aptitud e idoneidad para tales extremos, o al menos hacer uso de ella, de manera muy moderada, como no sin razón recomienda algún criterio jurisprudencial.<sup>43</sup>

Debe meditar-se más profundamente por el legislador que toma en cuenta un garantismo penal y procesal efectivo, la conveniencia del método probatorio empleado para inferir de datos circunstanciales, no la real presencia de una conducta o hecho que entrañe una manifestación de voluntad expresada en un movimiento corporal externo ligado causalmente a un resultado e imputable de manera objetiva a su autor como su obra, sino un dato todavía más controvertible como lo es la voluntad del sujeto, que es finalmente lo que se sanciona en la posesión “con fines”.

Es dudosa la justificación de la relajación del campo de la prueba, conculcando la presunción de inocencia, en orden a combatir “epidemias delictivas”,<sup>44</sup> si no se quiere caer en un efectismo penal injustificado y en un empleo pernicioso del derecho penal como instrumento de seguridad a futuro y no como el último mecanismo de protección de bienes jurídico-penales contra ataques que en el mejor de los casos son de naturaleza incierta y a distancia. La creciente desformalización y flexibilización<sup>45</sup> en la exigencia de la prueba y su plenitud, conduce únicamente a traicionar los principios del derecho penal liberal del Estado de derecho y debilita la confianza del justiciable en los aparatos de procuración y administración de justicia.

---

<sup>43</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Mayo de 2004, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, página: 1815, Tesis: XXII. 2o.10 P, rubro: PRUEBA CIRCUNSTANCIAL O INDICIARIA EN MATERIA PENAL. SÓLO DEBE HACERSE USO DE ELLA CUANDO EXISTAN HECHOS ACREDITADOS QUE SIRVAN PARA PRESUMIR LA EXISTENCIA DE OTROS Y NO PARA SUPLENIR LA INSUFICIENCIA DE PRUEBAS QUE PUEDAN RESULTAR CARENTES DE VERACIDAD EN PERJUICIO DEL REO.

<sup>44</sup> Así, Ángel Torío, citado por Mendoza Buergo, Blanca, Op. Cit., página 109.

<sup>45</sup> Son los términos que utiliza Mendoza Buergo, inspirada en Hassemer, W. para hacer referencia al relajamiento que sufren diversos principios y categorías del derecho penal y procesal penal, en aras de un derecho penal de la seguridad, de cuyas estrategias forma parte sin duda alguna, el establecimiento de tipos penales que pretenden incriminar el fuero interno del sujeto, adelantando la punibilidad a cuestiones que transitan en la fase puramente subjetiva o interna del *iter criminis*. Op. Cit., página 92 y siguientes.

Debe meditar-se por el legislador, la política criminal que piensa emplear para combatir fenómenos delictivos que muestran una recurrencia innegable en la sociedad, pero sea cual sea el contenido que les asigne, siempre deberá anteponer los límites que proporciona la dogmática jurídico penal y los principios garantistas del derecho penal en un Estado (social) y democrático de derecho, pues además de las consideraciones sobre la constitucionalidad del delito de posesión de narcóticos “con fines”, existe una serie de “tragedias dogmáticas” que se verifican en categorías como la tentativa,<sup>46</sup> donde el tipo penal en análisis enturbia la distinción entre formas imperfectas y consumadas, al introducir una figura que considera punible el sentimiento del autor a futuro, que subyace en el límite inferior del principio de ejecución;<sup>47</sup> también se producen severas contradicciones sistemáticas en la distinción ya de por sí complicada entre autores y partícipes y existen notorios inconvenientes para dar al tipo penal de posesión “con fines”, el tratamiento de delito de peligro abstracto y de resultado cortado o consumación antici-

---

<sup>46</sup> Al respecto, es ilustrativo transcribir el pensamiento de Farré Trepas, E., cuando toma posición sobre la naturaleza del delito tentado y señala: “Ésta constituye precisamente una de las exigencias que impone un Derecho Penal que corresponde a un Estado democrático, en el cual el objeto de la prohibición no podrá ser una decisión de voluntad contraria a los bienes jurídicamente protegidos, sino una conducta externa, ya que el ámbito que se persigue regular no constituye el fuero interno de los individuos sino los procesos de interacción social. Puesto que el Estado no tiene como misión el probar la obediencia de sus ciudadanos, ni tampoco, por lo menos directamente, *el pretender conformar voluntades respetuosas en relación a los bienes jurídicamente protegidos*, el núcleo de lo injusto no ha de consistir en un acto interior de desobediencia, ni en la voluntad de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir. Un tal Derecho Penal sólo puede prohibir conductas que aparezcan objetivamente peligrosas para los bienes que se desean proteger”, “*La Tentativa de Delito*”, Librería Bosch, Barcelona, 1986, página 35. (el subrayado es nuestro).

<sup>47</sup> Jakobs, Günther, Op.Cit., página 293 y siguientes. Aquí señala el autor con toda precisión: “Pues bien, todo el Derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor. En la medida en que rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las cogitaciones. Una razón para el reconocimiento de este ámbito interno podría depararla la dificultad o, más aún, la imposibilidad de llevar a cabo a ese respecto un control dotado de un mínimo de eficacia”, página 295. Y agrega que: “. . . quien castiga por hechos futuros, no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos”, página 311.

pada, lo que conlleva un análisis que excede los límites de estas reflexiones.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> No debe olvidarse lo que señala Mir Puig al ocuparse del comportamiento humano como exigencia del derecho penal preventivo, indicando que “a partir del Estado social, la necesidad de que éste sea además *democrático y de Derecho* confiere fundamento político-constitucional a la exigencia de que todo delito esté constituido por un comportamiento *externo* (y no meramente mental)”, agregando que es “cierto que la motivación penal se dirige a la consecución de una resolución de su destinatario, necesariamente subjetiva, en el sentido de no cometer el delito; pero no bastaría para el injusto tal resolución por sí sola, sino que es precisa su efectiva exteriorización en una conducta que puede modificar las expectativas sociales, que es lo único que la norma puede prohibir en un Estado social y democrático de Derecho. El núcleo del injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sin en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir. Op. Cit., pags. 39 y 45 (cursivas en el original).

## La protección del interés legítimo a través del juicio de amparo. Una expectativa de justicia

*Arturo Bucio Ibarra\**

### I. INTRODUCCIÓN

La socialización de la jurisdicción o si se quiere la jurisdiccionalización de la sociedad, es un fenómeno que merece ser analizado con detenimiento por juristas y sociólogos, para advertir sus beneficios o perjuicios para la cotidianidad de los gobernados.

Sorprenden en realidad las expresiones de personas que sin ser profesionistas, opinan acerca de la problemática actual de los órganos del Estado y establecen razonamientos, sustentables por cierto, acerca de controversias constitucionales, acciones de constitucionalidad, desafueros y del Juicio de Amparo mismo, por adoptarse dichos conceptos, prácticamente al lenguaje común.

Al integrar pensamientos comunes de la problemática que prácticamente todos padecemos, en la unicidad que implica la ciudadanía, se generan verdaderos lazos solidarios, pues aunque existan versiones y dimensiones diferentes de un mismo problema o fenómeno, se aprecia la coincidencia del ánimo de opinar.

Dada la dinámica de la sociedad y por consecuencia del Derecho, los individuos acrecentamos nuestra necesidad de participar y ya no sólo a través de la opinión interactiva con nuestros semejantes; deseamos ser escuchados por los órganos del Estado y que nuestras expresiones tengan además una consecuencia, al menos una respuesta.

---

\* Asesor Jurídico Federal.

## LOS DERECHOS GENERACIONALES

Autores como Norberto Bobbio<sup>1</sup>, han concebido una clasificación generacional del derecho de los individuos en sociedad, que se identifican como etapas en que ciertas categorías de garantías y prerrogativas les han sido reconocidas.

Esto, sin dejar de ser una evolución, no implica la sustitución de unos derechos por otros en razón de jerarquía o vigencia, sino más bien como un redimensionamiento para adaptarlos a nuevos contextos; de esta forma, hay subsistencia de unos con otros.

La primera generación comprende los llamados derechos civiles y políticos que contienen derechos tipificados como personalísimos, indelegables y derechos que se generan por el desenvolvimiento del individuo en sociedad: el derecho a la vida, la seguridad personal e integridad física, la propiedad, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la libertad de pensamiento, de culto, libertad de circulación y residencia, de reunión, asociación, manifestación, derecho al matrimonio y el derecho a participar en el ejercicio del gobierno y consecuentemente, a elegir y ser elegido. Puede advertirse que no se trata de una etapa en desuso, ya que muchos de los problemas actuales siguen generándose por la violación a estos derechos; considérense los temas del aborto, la llamada eutanasia pasiva y la supresión de la calumnia como figura delictiva, como reguladoras del este tipo de derechos.

Entrada la modernidad, el contexto genera nuevas realidades que hacen patente que el espectro anterior de derechos no es suficiente para garantizar un desarrollo adecuado del individuo, y que es necesario junto a ellos, asegurar la satisfacción del hombre en otras esferas que evidencian las desigualdades reales entre los seres humanos y cuya realización implica bienestar social. Surge un nuevo conjunto de derechos que representan la visión del Estado social, los denominados derechos de la segunda generación o derechos económicos y socioculturales, los cuales fueron plasmados por pri-

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto 1982. *Presente y porvenir de los derechos humanos*. Anuario de Derechos Humanos 1, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.

mera ocasión dentro de un ordenamiento constitucional en México en 1917. Dentro de esta categoría tenemos: el derecho al trabajo, derecho a la seguridad y asistencia social, derecho a la educación, la salud, la cultura y el deporte, la creación artística y literaria.

Interesa particularmente a los fines de este sencillo trabajo abundar en el estudio de los denominados derechos de la tercera generación dentro de los cuales se cuenta el derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar del individuo.

### LOS DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

Durante la segunda mitad del siglo XX se plantearon a la humanidad nuevas problemáticas que patentizaban que las generaciones de derechos hasta entonces consagradas resultaban insuficientes para garantizar la vida digna –incluso la vida misma– del hombre. Es así que a los derechos civiles y políticos de la primera generación, y a los sociales y económicos de la segunda, se le añaden los derechos de solidaridad como una tercera generación.

El estado de desarrollo de esta categoría de derechos es aún incipiente ya que los aspectos protegidos por los derechos humanos de la tercera generación se encuentran en un proceso inacabado de configuración (el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano o adecuado, el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, los derechos colectivos de consumidores, derechos de refugiados y minorías, etcétera).

Esta situación origina que la normativa que se ocupa de estos derechos sea escasa y su forma de regulación imprecisa, dada la inexperiencia en este tipo de fenómenos, imposición de nuevas obligaciones que las circunstancias imponen tanto para particulares como para el poder público y, que algunos se muestren reticentes a aceptar el desarrollo que estos derechos puedan alcanzar.

Estos derechos también se denominan “derechos de solidaridad”, los cuales enfatizan determinadas características particulares; su interdependencia, el acondicionamiento de una base material, su enfoque supranacional y su titularidad colectiva con la que com-

prometen a todo ente social, sin importar su naturaleza gubernamental o particular, nacional o internacional.

Tienen además, un componente transnacional, es decir, son prerrogativas que se manifiestan en el contexto de la humanidad o de la comunidad internacional; de ahí que en la actualidad se les entienda como progresivos al superar su tradicional esfera individual además de que ha quedado ampliada la posibilidad de los sujetos por los que pueden ser vulnerados.

De acuerdo con el criterio de Jorge Bustamante Alsina <sup>2</sup> podemos señalar que los derechos de la tercera generación comparten las siguientes características:

- *Alcance colectivo*, ya que comprometen intereses dignos de respeto de los distintos individuos de una comunidad, más allá de sus propios intereses.
- *Defensa común*. El progreso de la defensa del interés difuso en pos de la tutela ambiental, aunque fuera ejercida por un solo individuo afectado o un solo grupo social, debe beneficiar automáticamente a todos los que están en la misma situación.
- *Indiferencia en relación con los derechos subjetivos*. Quien actúe en defensa de un derecho subjetivo, como sería el reclamo por el daño ambiental, puede tener la respuesta judicial, sin haber invocado los intereses difusos.
- *Debilidad de los instrumentos procesales de acceso a la justicia*. La tutela jurisdiccional de los “intereses difusos” no halla en general una conexión en una definida instrumentación legal debido a dos cuestiones.

a) La legitimación procesal, en virtud de no existir un interés jurídico en sí mismo, sino un interés cualificado, al que ya el ejercicio jurisdiccional y la doctrina administrativa le han llamado “legítimo”.

b) Las normas adjetivas del procedimiento no son adecuadas a las necesidades del ejercicio de una acción de protección ambiental ejercida por un particular.

<sup>2</sup> Bustamante Alsina, Jorge 1994. *Derecho ambiental*. Fundamentación y Normativa. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Debe recordarse que el interés jurídico es la posibilidad que tiene una persona para intervenir como parte en una controversia administrativa o judicial y es necesario acreditarlo para intentar hacer valer un derecho.

Algunos teóricos, como los españoles, italianos y brasileños por ejemplo, distinguen el interés difuso del colectivo, considerando al primero, aquel que pertenece a una comunidad de personas indeterminadas, entre las cuales no existe una relación jurídica base, en tanto que en los intereses colectivos la comunidad de personas sí es determinada o determinable, en la medida que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y en la que, además, existe una relación jurídica base entre esas personas. No obstante, es común encontrarnos con el manejo indistinto de uno u otro término.

El interés jurídico difuso es un concepto que surge a la par de la evolución de la rama del derecho conocida como derecho económico. La característica más importante de esta rama del derecho es su humanismo, ya que descansa sobre el principio de priorizar el interés colectivo sobre el individual.

El interés jurídico difuso, como su nombre lo indica, está distribuido entre una multitud de individuos de tal suerte que no es posible identificar a su representante, que pertenece idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases sociales o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce por parte de cada uno de ellos; de tal forma que la satisfacción de la porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos, del mismo modo que la lesión afecta a cada uno de los integrantes del conjunto comunitario, simultánea y globalmente.

Retornando a las ideas inicialmente expresadas, de la indudable concientización que se está adquiriendo por los ciudadanos de la existencia de derechos comunes, colectivos o difusos, debemos cuestionarnos si en México existe la posibilidad de hacerlos efectivos por la vía jurisdiccional y si esa posibilidad es eficaz.

Es necesario recordar en principio, que todo derecho subjetivo



público que otorgue nuestra Constitución, deberá tener una vía procesal o instrumento de tutela judicial para hacerlo valer y al respecto puede afirmarse que no se encuentra reconocida una vía expedita para ello, ya que el orden jurídico no consigna el derecho subjetivo a favor de las personas afectadas en su medio ambiente para exigir esta responsabilidad, por tratarse de un interés difuso.

En opinión de los tratadistas que han abordado este tópico, en nuestro sistema jurídico, el mecanismo procesal que garantiza el ejercicio de nuestros derechos constitucionales es el tradicional juicio de amparo; no obstante, éste tiene diversas peculiaridades en torno a su procedibilidad, que hacen que se dificulte el ejercicio pleno de estos derechos de tercera generación.

En primer lugar, el juicio de amparo, sólo procede contra actos de autoridades; sin embargo, las afectaciones a derechos colectivos, como los del medio ambiente, muchas veces son proferidas por particulares.

En segundo término, conforme a lo dispuesto por el artículo 107 Constitucional y su Ley Reglamentaria, no reconocen más legitimación que la que surge del agravio personal y directo, lo que se traduce en la línea dura del interés jurídico, difícilmente superada por los demandantes, con lo cual la mayoría de los juicios que se promuevan, tendrán el riesgo de ser sobreseídos o desechados.

En este contexto, el demandante tendrá que ser afectado directo, ya que deberá acreditar un interés jurídico que se traduce en un daño sufrido en su esfera patrimonial particular y en este sentido, el patrimonio común constituido por el medio ambiente, es contrario a esta idea; así mismo, la afectación deberá demostrarse como un daño sufrido por el agraviado y no por el daño causado por la autoridad por el hecho de autorizar la obra o actividad que viole este derecho. En muchos de los casos, los demandantes pueden ni siquiera ser vecinos o residentes del sitio en donde se lleva a cabo la ilegalidad cometida por lo que no se podrá hablar de daño sufrido, sólo del causado.

De la misma forma, en la suspensión del acto reclamado, se requiere que quien la solicita, otorgue una garantía por los daños que pudiera causar al que lleva a cabo la obra o actividad en el caso que el juez le

ordene detener sus actividades en tanto termina el juicio. En los casos en los que se pretenda detener una obra pública o privada que perjudique al medio ambiente, evidentemente el monto de estas garantías y la cuantificación de los daños y perjuicios, es muy complicado de valorar y seguramente resultarán altísimos y difíciles de cubrir.

Por otro lado, el efecto relativo de la sentencia, implica que en caso de obsequiarse, sólo amparará al que la promovió, no importando que otras personas promuevan los mismos juicios en contra de actos similares.

Por último, habría seguramente problemas con el efecto restitutivo de la sentencia, ya que en materia ambiental, esto entraña un remedio que muy probablemente el juez, traduciría en dinero, cuyo destino, administración y gasto, se encuentra desprovisto de reglas para efectos de la restitución.

La conversión de interés legítimo en interés jurídico y procedencia del Juicio de Amparo.

La intromisión de los relativamente novedosos conceptos jurídicos de interés legítimo, han comenzado a tomarse con una seriedad que impresiona.

En la legislación federal y en la mayoría de las estatales relativas a la preservación del ambiente, se reconoce el derecho de todo individuo a aspirar a la esa preservación y a ese respecto la Ley Federal de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, reconoce la vía de la denuncia pública o acción popular ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la que en el ámbito de sus atribuciones, está facultada para iniciar las acciones que procedan, ante las autoridades judiciales competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación administrativa o penal.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> ARTICULO 189.- Toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades podrán denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante otras autoridades todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones de la presente Ley y de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico. (...)

Esta ley, establece las mencionadas vías para que a través de la citada Procuraduría, cualquier persona, denuncie todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, previéndose que si en la localidad no existiere representación de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la denuncia se podrá formular ante la autoridad municipal o, a elección del denunciante, ante las oficinas más próximas de dicha representación.

En este orden de ideas es que queda acotado el derecho de los particulares para ejercitar su derecho a un ambiente adecuado a una mera denuncia; no obstante, cabe cuestionarse, ¿qué sucede cuando una autoridad no considera determinados actos u omisiones, graves para el entorno o bien, se niega a actuar por intereses diversos a los institucionales?

Pues bien, el particular con un interés legítimo reconocido por una norma específica como la señalada con antelación, podrá optar por las siguientes acciones:

1. En caso de no recibir notificación acerca del estado de trámite dentro del plazo legal por parte de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, podrá promover demanda de Amparo por violación al derecho de petición consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta acción pudiera ser cuestionable en tanto que no se trata de una petición, sino del ejercicio de una acción; no obstante, deberemos reconocer que no se trata de una acción materialmente jurisdiccional aun cuando se le denomine como “acción pública” en la propia ley y por ello, es más cercano a la realidad el que sea considerada como una petición.

Desde luego, el resultado del Juicio de Amparo, sería en todo caso el de obligar a la autoridad del medio ambiente a contestar y probablemente para entonces el daño al entorno o medio ambiente ya sea irreversible.

2. De seguirse el trámite de la denuncia pública, con la investigación por parte de la Procuraduría, que concluya en el sentido de

que no existe irregularidad alguna, la resolución deberá haber atendido el problema de fondo en forma clara, contundente y categórica, para que se entienda satisfecho el interés legítimo de los denunciantes; no obstante, de no ser así, éstos, al no preverse en la legislación específica algún medio de defensa, desde luego que podrían acudir al Juicio de Amparo Indirecto, en términos del artículo 114 fracción II de la Ley de Amparo y en este sentido, después de acreditar haber ejercido un interés legítimo tutelado por una norma administrativa, éste se convierte en un interés jurídico para el Juicio de Amparo y para que el Juez Federal analice y decida acerca del perjuicio al medio ambiente.

En este sentido, ya existen pronunciamientos específicos, con los que se abre una puerta para que prácticamente cualquier persona con un interés legítimo, pueda generar la actividad jurisdiccional en este tema tan delicado como lo es el medio ambiente:

*“INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. LO TIENE UNA ASOCIACIÓN DE COLONOS PARA RECLAMAR EL PERMISO OTORGADO PARA INSTALAR UNA ESTACIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE GAS DENTRO DE SU COMUNIDAD. El interés jurídico para la procedencia del juicio de garantías se identifica con el derecho subjetivo, que es el derivado de la norma objetiva que se concreta en alguna persona determinada otorgándole una facultad o potestad de exigencia oponible a la autoridad. En ese contexto, del artículo 4o., quinto párrafo, constitucional, que garantiza un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas como un derecho fundamental erga omnes, que implica una acción colectiva tanto en un aspecto sustantivo como en el de su protección, relacionado con el numeral 57 de la Ley General de Asentamientos Humanos, que otorga a los residentes del área que resulten directamente afectados con construcciones, fraccionamientos, condominios, cambios de uso o destino del suelo u otros aprovechamientos de inmuebles que contravengan las disposiciones jurídicas de desarrollo urbano, el derecho a exigir ante*

*las autoridades competentes que se apliquen las medidas de seguridad y sanciones procedentes, deriva la exigencia de un derecho jurídicamente tutelado como es el de preservación del entorno residencial y, por ende, el interés jurídico de una asociación de colonos para promover un juicio de garantías en contra del permiso otorgado para instalar una estación de distribución de gas en un predio ubicado dentro de su comunidad, siempre y cuando aquélla acredite haber ejercido el derecho a que alude el citado artículo 57 ante la autoridad administrativa competente, sin que hubiese obtenido las resoluciones que atendieran de forma clara, congruente y categórica el fondo de lo solicitado”.<sup>4</sup>*

3. También los denunciantes pueden acudir ante los Órganos Internos de Control, para que se finquen las responsabilidades que resulten a los funcionarios omisos, pero ello, no puede ser considerado como una solución, ya que de nada sirve tener servidores públicos sancionados frente a un entorno dañado.

De lo anterior, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Existe en México el reconocimiento de los derechos de tercera generación únicamente en la legislación administrativa; se requiere de una regulación procesal específica, que abata paradigmas jurídicos que cumplieron ya su finalidad histórica. Así, siguiendo conceptos vanguardistas que han funcionado en otros países como Argentina, es necesario que se contemple el reconocimiento del interés difuso o del legítimo en la Ley de Amparo.

Así mismo, resultaría prudente redimensionar la eficacia del Derecho Procesal Administrativo, que se ejerce en México, todavía con facultades de mera anulación y no de plena jurisdicción por los Tribunales Administrativos Federal y locales.

SEGUNDA. El quehacer de la Administración Pública, cuando se despliega en su característica de Imperium, no genera sólo afectaciones a un individuo o a la sociedad hasta que se concreta con la emisión de una resolución o acto administrativo de carácter

<sup>4</sup> Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Marzo de 2007 Página: 1694 Tesis: I.4o.A.568 A

conclusivo, ya que también puede hacerlo y de hecho lo hace, en el decurso de ese quehacer; así por ejemplo, el derribo de árboles para la construcción de una vialidad, como parte de los trabajos que implica una obra pública. En este punto, no existe la posibilidad de acudir ante un tribunal administrativo, dotado de facultades de plena jurisdicción, que pueda atender una demanda de un grupo de vecinos de la mencionada vialidad y obtener incluso una medida cautelar tendiente a suspender los trabajos de derribo de árboles.

TERCERA. La forma como el gobernado puede llegar a la tutela efectiva de la jurisdicción para el ejercicio de acciones derivadas de la violación a intereses de tercera generación, implica acudir primeramente a la denuncia popular ante la instancia administrativa competente y sólo en el caso de que no se resuelva la misma conforme a derecho, se adquiera un interés jurídico para acudir al Juicio de Amparo

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, Norberto 1982. Presente y porvenir de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos* 1, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.

Bustamante Alsina, Jorge 1994. *Derecho ambiental*. Fundamentación y Normativa. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Cabrera Acevedo, Lucio 1981. *El derecho de protección al ambiente en México*. UNAM, México.

### LEGISLACIÓN

Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente  
Ley de Amparo

### INTERNET

<http://172.16.12.252/redjurn/librero/intranet/>



## Individualización legal y judicial de la pena, respecto de tentativa de delito grave

*Mario Alberto Calderón Salguero\**

La individualización legal se lleva a cabo por el legislador al señalar en la ley o códigos las penas que corresponden a la acción de tentativa.

A diferencia de la individualización judicial, que consiste en aquella que el Juez impone en sentencia.

La individualización legal llevada a cabo por el legislador al adicionar con un tercer párrafo el artículo 63 Código Penal Federal, relativo a la tentativa de delito grave, creó confusión respecto de la pena que merece la tentativa de delito.

Véase pues el Código Penal Federal en su artículo 63, párrafo tercero, el cual establece:

“En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado”.

La medida de imponer la pena mínima del delito consumado en caso de tentativa de delito grave que establece el código sustantivo Federal, fue imitada por el Código Penal del Estado de Jalisco, al cual en su oportunidad haré referencia.

Por lo pronto me permito transcribir a continuación, una contradicción de tesis que aborda nuestro tema en estudio, la cual estable que sólo en casos de excepción se debe aplicar la pena mínima del delito consumado, al delito cometido en grado de tentativa, siendo la siguiente:

---

\* Defensor Público Federal



INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITOS QUE LA LEY PREVÉ COMO GRAVES, CUANDO EN SU COMISIÓN EN GRADO DE TENTATIVA SE ACTUALIZA UNA AGRAVANTE (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 63 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). De la interpretación armónica de los artículos 63, párrafos primero y tercero, y 51, párrafo segundo, ambos del Código Penal Federal, y partiendo del principio de culpabilidad que rige el sistema penal mexicano para la individualización de las penas, se concluye que para la imposición de las sanciones tratándose de delitos calificados como graves por la ley, cometidos en grado de tentativa, debe atenderse, en primer término, a la regla general contenida en el artículo 63, párrafo primero, del citado código, que establece la punibilidad para los casos de tentativa, esto es, disminuir hasta las dos terceras partes en su mínimo y máximo el rango de punibilidad previsto en la norma aplicable, tanto para el delito básico como para las agravantes; y satisfecho lo anterior, debe realizarse la individualización de las penas a imponer al sentenciado, conforme al grado de culpabilidad que le fue apreciado, y sólo en caso de que la punición determinada resultara inferior a la mínima prevista para el delito consumado con sus modalidades, con fundamento en el aludido artículo 63, párrafo tercero, debe imponérsele la pena de prisión mínima, pues este último párrafo sólo señala una regla de excepción para el caso de que el resultado de la operación matemática sea una pena menor a la mínima que corresponda al delito consumado. T.J. 20/2007

Contradicción de tesis 137/2006-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. 31 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Antonio Espinosa Rangel.

El problema a dilucidar en el presente estudio, me permito presentarlo de la siguiente manera:

¿Cuál debe ser la medida de la pena para el caso de tentativa de

delito grave en unidades de tiempo de restricción de la libertad?

¿La tentativa de delito grave merece la pena del delito consumado?

¿Existe arbitrariedad judicial, cuando la ley no permite al juez medir la pena?

Ahora bien, adentrándonos en el estudio de la materia, el suscritor considera que en la tentativa de delito grave, las nuevas reglas no son las adecuadas para aplicar la medida de la pena en orden descendente, pues no se pone atención al desarrollo del delito (inter criminis), y no se establece ninguna disminución en la pena mínima.

Como puede verse en nuestra actual legislación penal federal, en el artículo 63 último párrafo se advierte una severidad extraña cuando establece que la tentativa de delito grave debe ser castigada como el delito mismo.

Dicha medida impide al Juzgador tomar cabal conocimiento de que el delito sólo se ha cometido en grado de tentativa.

Que asimismo tratándose de tentativa de delito grave, lo justo es que en función con el desarrollo del delito, debe haber un descenso en la penalidad normal, es decir que la ley reduzca la pena de prisión para los casos de tentativa, y no que iguale dicha pena con la que merece el delito consumado.

Porque en la figura de la tentativa el delincuente aun no ha realizado todos los actos de ejecución que debería producir como resultado el delito.

En este sentido considero que la fórmula ideal para llegar a la medida de la pena en el sistema de la individualización legal debe completarse haciendo intervenir en el grado de participación del autor del delito, también las circunstancias atenuantes y no sólo las agravantes que intervengan en su comisión.

Que tratar con la misma pena al delito tentado que al consumado es regresar en el progreso científico del derecho. Ya que la pena debe bajar en grado cuando concurren circunstancias atenuantes, y no aplicarse la pena mínima del delito consumado, ni siquiera por excepción como lo establece la contradicción de tesis, por las razo-

nes que más adelante se expresarán a lo largo de la presente exposición.

Porque en caso de tentativa de delito grave deben compensarse atenuantes y agravantes a la vez unas con otras de un modo racional según su respectiva importancia. Y no sólo sumar modalidades y agravantes.

Pues ello es lo idóneo respecto de un delito consumado, pero para la tentativa de delito, no debe aplicarse la multicitada suma, en igual forma que para el delito consumado, por más que se alegue que dicho delito se encuentra catalogado en la ley como grave.

Porque la ley, así como la jurisprudencia hablan sólo de sumar modalidades o agravantes, pero no de las posibles causas de atenuación de la pena.

En el actual sistema de individualización legal para la tentativa de delito grave, se reduce al juez a un simple operador de una mecánica absolutamente dispuesta por la ley; ya que la medida de la pena aplicable para la tentativa de delito grave puede determinarse con anticipación con completa seguridad.

Este actual sistema de individualización legal de la pena, me parece que sienta el principio de que no es el Juez quien impone la pena al autor del delito, si no que es el propio código penal.

Es decir que el arbitrio judicial deja de subsistir, que el juez ya no puede ejercer en lo más mínimo sus facultades discrecionales, pues no puede tomar en consideración ningún elemento de la relación jurídico procesal del delito y del culpable, mucho menos de la víctima.

El defecto en el sistema de individualización legal, por lo que ve a la figura jurídica de la tentativa de delito grave no permite el regreso al arbitrio judicial, ocasionando que los jueces penales no puedan dictar sentencia en ciencia y en conciencia permitiéndoles mover en toda la extensión de la pena, señalada por la ley, para que dicha pena sienta bien en cada caso al delincuente.

## LEGISLACION COMPARADA

Respecto a la individualización legal de la pena que sigue el Código

Penal Federal, el Código Penal del Estado de Jalisco, nos puede servir de ilustración. Por ejemplo: en materia federal el ámbito de aplicación de la norma es muy reducido, dado que los delitos a los cuales se les va a aplicar con mayor frecuencia las reglas de la tentativa, son por lo general en su mayoría delitos de contra la salud.

Ahora bien el Estado de Jalisco, en la individualización legal de la pena aplicable a la tentativa de delito grave, en principio adoptó el mismo sistema de tasación de la legislación federal; pero posteriormente, volvió a adoptar su antiguo sistema de individualización legal, aunque por desgracia le aumentó un porcentaje.

A mayor abundamiento transcribo a ustedes las reformas que se sucedieron en el Estado de Jalisco, citando los decretos que pueden ser consultados en la fecha de sus publicaciones respectivas.

De estas reformas se deduce que la justicia en el estado de Jalisco tuvo que sortear innumerables problemas para llegar a derogar el artículo de la ley que establecía la aplicación de la pena mínima del delito consumado para la tentativa de delito grave.

El día 5 de marzo de 1998 por decreto número 17350, fue adicionado el artículo 52 del Código Penal del Estado de Jalisco, con un segundo párrafo que establecía: Que en caso de tentativa de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

Con fecha 12 de junio del 2003, el párrafo segundo el artículo 52, relativo al Capítulo III, denominado “la sanción para la tentativa” del Código Penal del Estado de Jalisco, anteriormente transcrito, se reformó para quedar como sigue:

“En los casos de tentativa de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión, desde las tres cuartas partes de la pena mínima y podrá llegar hasta las tres cuartas partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado”.

A este respecto debo decir, muchas felicidades, por haber recapacitado en la severidad de la aplicación de la pena para los casos

de tentativa de delito grave, aunque se les olvidó que ya de por sí los delitos calificados por la ley como graves, tienen una pena severa, no por haberse incluido en un catálogo de delitos, sino por su propia naturaleza, pena con la cual se agrava de antemano la situación del delincuente, por lo que debe decirse que en muy poco alivia la modificación y reducción de la pena que rebaja un cuarto de la pena del delito consumado, para el caso de tentativa de delito grave.

### **ADAPTACION PENAL A CADA CULPABLE SEGÚN SUS ESPECIALES CONDICIONES PUNITIVAS**

Delito y pena es una pareja que debe marchar siempre unida. La pena es un concepto contrario y simétrico al delito, dada su propia relación, pues uno niega al otro afirmando su propia naturaleza. La palabra pena procede de la palabra suplicio. La palabra pena se refiere a la idea de la palabra “peso”. Entendiendo esta, como aquella con la que se restablece el equilibrio de la balanza descompuesta por el delito.

Es decir la palabra pena alude a la acción de pesar, o determinar el peso de una cosa.

Podemos decir que la imagen de una balanza llega a simbolizar la justicia, y que es el juez quien pesa con justicia, ya que es a él a quien corresponde aplicar la pena establecida en la ley, correspondiente a cada delito.

La pena es la estimación de los delitos, o mejor dicho, es el precio de los mismos pagados por su autor. Dicho de otra manera: la pena es un mal o castigo que se aplica como consecuencia del delito. Como ya se dijo la palabra pena proviene de la acción de pesar los hechos delictuosos para cuantificarlos, medirlos, valorarlos, etc.

Para nuestro estudio es importante resaltar que el delito grave, lleva ya su propia pena aumentada, precisamente por la gravedad de su infracción, por ello aumentar la pena de la tentativa de delito constituye un exceso, ya que no era necesario aumentar la pena de la tentativa, cuando el delito ya calificado de grave, lleva su propia pena natural.

Paradójicamente se puede decir que al imponerse a la tentativa de delito grave la misma pena que al delito consumado, dicha pena se convierte en un crimen contra la libertad del hombre.

Pues es cierto que la acción de delinquir debe ser reprimida con una pena, y que la pena es la reacción jurídica típica y contraria al delito según la culpabilidad de su autor, porque efectivamente el delito es una acción antijurídica, y la pena tendrá que ser siempre una reacción jurídica.

Pero también es cierto que la reacción para que pueda estimarse como una verdadera pena ha de estar sometida a las formalidades legales que la despojen de los excesos o defectos de que pueda adolecer, purgándola de posibles impurezas.

Así entendidas las cosas, debemos concluir que la reacción debe ser social, general y precedida del juicio necesario. En este sentido el suscrito considera que no puede aplicarse la pena mínima del delito consumado al delito cometido en tentativa, pues no existe graduación o juicio.

Dicho de otra manera a la tentativa de delito se le convierte en una materia inerte, al definir que en caso de delito grave se le impondrá la pena mínima que aparezca consignada para el delito consumado.

Toda vez que tratándose de tentativa de delitos graves, en relación con el delito consumado, existe una igualdad y simetría en las penas, que no puede ni debe tolerarse, pues la idea de que el delito tentado merece la misma pena que el delito consumado es inaceptable.

El actual sistema de individualización de la pena, que priva para la tentativa de delito grave, que estima procedente aplicar la pena mínima del delito consumado, como regla de excepción, para el caso de que el resultado de la operación matemática sea de una pena menor a la pena mínima que corresponde al delito consumado; se puede comparar con la legislación punitiva de Dracón de quien se cuenta que optó por imponer una misma pena siempre, la de muerte para todo delito desde el más grave hasta el más débil, lo

cual demuestra sin duda una severidad excesiva, por ello el suscrito considera que el artículo 63 párrafo tercero del Código Penal Federal en comento, puede ser tachado de excesivo o cruel.

Al igual que sucedía con el arcaico sistema de la ley del tali3n, que al parecer resolvía de una manera perfecta el problema poniéndole fin a la angustia moral de los juzgadores.

Se cita como ejemplo el caso del tuerto, a quien una persona íntegra de los dos ojos, le dejó ciego saltándole un ojo, entonces atendiéndose a la interpretación y literalidad de la ley, la pena que merece el delincuente es que se le saque un ojo, al igual que éste le hizo a su adversario, pero acudiendo al espíritu de la ley, era necesario saltarle los dos ojos dejándolo ciego al igual que su víctima.

## JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Es cierto que procurar la justicia, impartirla o administrarla a los gobernados es una tarea propia del Estado de Derecho.

Es cierto que el artículo 63 párrafo tercero del Código Penal Federal, es válido por haber sido creado conforme a los cánones del proceso legislativo, pero también es cierto que para ser válido el precepto debe además ser justo.

El derecho es injusto o inválido cuando éste puede ser desconocido por los habitantes, toda vez que la justicia es el único camino posible de la ley.

La justicia es un valor más alto que la simple promulgación de la ley. El valor intrínseco de la justicia se conecta con la validez de la ley; y en ese caso en particular, debe decirse, que el multireferido dispositivo legal no reúne los valores mínimos que le den sustento y fortaleza.

Será posible concebir que castigando con mayor fiereza la acción llamada suministro en grado de tentativa, agravada por cometerse en un centro de reclusión, vamos a ver la cárcel libre de drogas.

Los abusos de poder por exceso y defecto en la ley deben ser considerados actos inconstitucionales, pues en una visión integral y

sistemática de la ley, es innegable que los gobernantes no pueden estar por encima de la justicia, ni siquiera a su nivel.

El orden de valores y el contenido material de la ley debe ser concebido como un sistema, un todo coherente para comprender correctamente su significado, ya que los valores superiores son los objetivos máximos de la norma del sistema jurídico, y dichos valores deben formar parte del articulado de la ley.

La cuestión de mayor relieve estriba en definir cuáles son esos valores y cómo deben ser defendidos. Por ejemplo el valor de la justicia, es indudable que se debe defender más allá del simple enunciado contenido en la ley.

Los valores son exclusivamente fines y los principios son prescripciones generalísimos que formulan o albergan reglas. Los valores superiores constituyen simultáneamente el fundamento y el fin del ordenamiento legal de un estado de derecho. Los valores se manifiestan en aspiraciones más amplias y generales que los principios que marca la Constitución, los cuales son el parámetro de los órganos del Estado.

En nuestra actual legislación, dada la división de delitos graves y no graves, la figura jurídica del delito tentado no es merecedora de una cabal reducción en la pena, como anteriormente se acostumbraba, pues para su castigo es obligado aumentar la pena de la tentativa, con la pena que corresponde a las modalidades y agravantes del delito básico, sin preguntarse siquiera si en la tentativa se produjeron dichas calificativas.

En este aspecto el suscrito considera que las agravantes y modalidades pertenecen al delito consumado, pero de ninguna manera deben aplicarse dichas calificativas al delito tentado.

Ahora bien es menester señalar que en el caso muy particular que nos ocupa, de suministro de droga en grado de tentativa, cometido en un centro de reclusión, dio lugar a la contradicción de tesis citada en líneas anteriores. Y que así mismo dio cabida también a la interposición del recurso de revisión de que tratan las tesis que en materia constitucional se transcriben a continuación.



TENTATIVA PUNIBLE DE DELITO GRAVE ASÍ CALIFICADO POR LA LEY. EL SISTEMA PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA CORRESPONDIENTE, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO ES INCONSTITUCIONAL DE ACUERDO A LOS FACTORES QUE AL RESPECTO TOMÓ EN CUENTA EL LEGISLADOR PARA SU ESTABLECIMIENTO. El legislador atendiendo a factores tales como el deterioro en el campo de la seguridad pública y a los altos índices de crecimiento de la criminalidad, que atentan contra el orden social, consideró necesario incrementar las penas tratándose de los casos de tentativa punible respecto de delitos graves, reflejándolo en el párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal Federal; estableciendo, desde la óptica de la política criminal, una excepción para el caso de dicha tentativa tratándose de delito grave. Los factores aludidos, no tornan en inconstitucional el precepto impugnado, en virtud de que el legislador puede considerar, por ejemplo, las necesidades sociales que requieren regulación jurídica, tomando en cuenta las conductas de mayor peligrosidad y el riesgo de la proliferación de delitos graves, para imponer las penas correspondientes, como así lo ha establecido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación. T.A. LXVI/2006

Amparo directo en revisión 1063/2005. Esther Martínez Rentería. 7 de septiembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

TENTATIVA PUNIBLE DE DELITO GRAVE ASÍ CALIFICADO POR LA LEY. EL SISTEMA PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA CORRESPONDIENTE, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 1º Y 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal Federal, al disponer que en los casos de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley, el órgano jurisdiccional impondrá una pena que no será menor a la pena mínima y podrá llegar a las dos terceras

partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado, no transgrede los artículos 1º y 13 constitucionales, pues no se trata de una ley privativa, ni prevé que éste deba ser juzgado por un tribunal especial; ya que dicho precepto cumple con los requisitos de ser general, abstracto e impersonal, sin hacer distinciones en su aplicación, a favor o en perjuicio de personas determinadas, rigiendo para todos los gobernados que se ubiquen en sus supuestos normativos. T.A. LXVII/2006

Amparo directo en revisión 1063/2005. Esther Martínez Rentería. 7 de septiembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

TENTATIVA PUNIBLE DE DELITO GRAVE ASÍ CALIFICADO POR LA LEY. EL SISTEMA PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA CORRESPONDIENTE, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO PERMITE LA IMPOSICIÓN DE PENAS INUSITADAS O EXCESIVAS. El artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal Federal, no viola el artículo 22 constitucional, pues, el hecho de que por tratarse de un delito grave se establezca que la pena de prisión no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado, no constituye una pena no humanitaria, cruel o excesiva que al ser desproporcionada se aleja de los fines de la penalidad; ni tampoco es una pena trascendental, que pudiera ir más allá de la persona del delincuente. En efecto, no constituye una pena no humanitaria, cruel o excesiva que al ser desproporcionada se aleja de los fines de la penalidad, porque independientemente de que la pena está prevista en el precepto impugnado, no deja a la autoridad jurisdiccional la decisión de imponer una pena que no se encuentre contemplada en la ley. Además, no resulta ser desproporcionada, conforme al sistema jurídico mexicano, ya que atiende a la gravedad del delito, tratándose de tentativa punible, en relación con otros que son considerados menos lesivos a los valores fundamentales de la sociedad, considerada en lo individual y en lo colectivo, corres-

pondiendo a lo que se ha reconocido como una de las formas de sancionar conductas delictivas; por ende, la penalidad agravada en estos casos obedece a razones legales distintas, esto es, que se trate de delito grave o no grave, así considerados por la ley, lo que justifica el trato diverso que les otorga el legislador. Además, el precepto impugnado prevé un parámetro sancionador, para efectos de la individualización de la pena, cuya finalidad es que su imposición tenga relación con la gravedad, así considerada por la ley, del delito cometido. Por otra parte, tampoco puede considerarse pena trascendental, porque no se impone a personas inocentes que tengan alguna relación de parentesco o afinidad con el delincuente y que no son responsables de la comisión del delito. T.A. LXVIII/2006

Amparo directo en revisión 1063/2005. Esther Martínez Rentería. 7 de septiembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

En conclusión en concepto del suscrito el articulado de la ley en la cual se prevé el establecimiento de una punibilidad elevada, no es eficaz para disminuir el delito tentado, dado que las condiciones materiales que provocan al delito no se reforman sustancialmente.

La decisión a la cual llegó la Suprema Corte al considerar, que el artículo 63, tercer párrafo del Código Penal Federal, es constitucional, merece todos mis respetos; sin embargo, considero que si bien es cierto que la política criminal nacional actual, exige mano dura en contra del narcotráfico, no menos cierto es que la adición al artículo en comento y su interpretación jurisprudencia, no logró el objetivo de dar seguridad jurídica y fortalecer el estado de derecho, en virtud de que ésta no satisface a plenitud la procedencia de la pena, aplicable a la tan discutida figura delictiva de tentativa de delito grave.

Porque además, de acuerdo al conocido Principio General de Derecho: “siempre debe estarse a lo más favorable al reo”, cuando la operación matemática del juzgador al cuantificar la pena, resulte ser de una cantidad menor a la del delito consumado, dicha canti-

dad menor es la que deberá ser tomada en cuenta, por ser la que más le beneficia al reo, y por consecuencia nunca podrá aplicarse la pena mínima del delito consumado, porque entraría en franca contradicción con el principio general de derecho enunciado, de que en todo caso de aplicación de la ley debe de estarse a lo más favorable al reo.

Es decir, dicha excepción a la regla consistente en que sólo será aplicable la pena mínima del delito consumado a la del delito tentado, cuando la suma de la pena resulte inferior a la del consumado resulta ser nula de pleno derecho, por lo que es inconcuso que la interpretación jurisprudencial, no justifica, ni siquiera por excepción, la procedencia de la regla de aplicación contenida en el párrafo tercero del artículo relativo al capítulo de las reglas de sanción para el caso de tentativa, porque como ya se dijo la ley no puede estar por encima de los principios generales del derecho.

En general debe decirse que de acuerdo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la pena no persigue solamente la readaptación social del delincuente, sino que también debe atender a la gravedad del delito, retomando el principio de que la pena es una medida aflictiva para el delincuente, necesaria para la coexistencia pacífica armónica de la sociedad, y preventiva porque inhibe la proliferación de conductas antisociales que permiten restablecer el orden jurídico que perturbó la comisión del delito.

En este tópico el constituyente dejó al legislador ordinario la decisión de determinar las conductas delictivas y las penalidades correspondientes, ya que no estableció un límite en la imposición de las penas privativas de libertad.

Sin embargo, se dice que aplicar la pena mínima del delito consumado, a los casos de tentativa de delito grave es excesiva, porque cuando se publicó la reforma a la ley que clasificaba los delitos en graves y no graves, nunca se hizo ninguna alusión a la figura jurídica de la tentativa de delito grave y tentativa de delito simple o no grave; razón de mas para considerar que la pena o sanción para la tentativa de delito grave, así considerada, excede desproporcionalmente al hecho delictuoso.

Ya que de acuerdo a la teoría absoluta de la pena, ésta debe ser la justa consecuencia del delito cometido; y no debe ser, ni excesiva, ni escasa, y que es mejor que sea la mínima necesaria y no la máxima posible.

Abundando sobre el concepto de pena, se dice que una pena es excesiva en relación con el delito cometido, cuando ésta no corresponde a la finalidad que persigue la pena; o cuando se deja al arbitrio de la autoridad judicial y de la ejecutora su determinación por no encontrarse prevista en la ley alguna pena exactamente aplicable al delito de que se trate.

Asimismo se define que la pena es inusitada, cuando aquella es innecesaria o grave, y cuando el sistema para su imposición es contrario a derecho.

# Estudio exegético de la ley penal, en relación al tratamiento de los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos

*Rodolfo Castañeda Rodríguez\**

“El juzgador se perfecciona cada día para desarrollar las siguientes virtudes judiciales:

Humanismo: En cada momento de su quehacer está consciente de que las leyes se hicieron para servir al hombre, de modo tal que la persona constituye el motivo principal de sus afanes”.

Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

## I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La ley sustantiva y adjetiva penal en materia federal, aborda en diversos artículos el tema de los farmacodependientes, así como la forma en que deben ser tratados por la autoridad, ya sea ministerial o judicial, que conozca de un asunto en el que se encuentren relacionados y se les atribuya la posesión de algún narcótico.

Lo anterior genera tres hipótesis diversas, que pueden actualizarse en tres momentos procesales, en los que puede presentarse el problema de cómo resolver lo concerniente a una persona que siendo farmacodependiente, se le encuentra en posesión de algún narcótico, en cantidad tal que pueda ser considerada para su consumo personal, estos tres momentos se ubican en distintas etapas del proceso penal, la primera en la averiguación previa, la segunda en la preinstrucción y la tercera en la instrucción, las hipótesis comenta-

---

\* Defensor Público Federal

das no serán abordadas en el orden mencionado, debido a que, la que se actualiza en la preinstrucción se dejará para la parte final, porque es la que ofrece mayor complejidad, además de que inspiró este trabajo.

## II.- AVERIGUACIÓN PREVIA

La primera hipótesis que aparece en la averiguación previa, la cual debe resolverse por el agente del Ministerio Público Federal, mediante un no ejercicio de la acción penal, esta resolución encuentra apoyo y sustento en lo dispuesto por los artículos 523 y 524, del Código Federal de Procedimientos Penales, que facultan al representante social federal, para no ejercer acción penal; para una mejor exposición se transcriben los artículos comentados:

Artículo 523.- Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de que una persona ha hecho uso indebido de estupefacientes o psicotrópicos, al iniciar su averiguación, se pondrá inmediatamente en relación con la autoridad sanitaria federal correspondiente para determinar la intervención que ésta deba tener en el caso.

Artículo 524.- Si la averiguación se refiere a la adquisición y posesión de estupefacientes o psicotrópicos, el Ministerio Público, de acuerdo con la autoridad sanitaria a que se refiere el artículo anterior, precisará acuciosamente si esa posesión tiene por finalidad exclusiva el uso personal que de ellos haga el indiciado. En este caso, y siempre que el dictamen hecho por la autoridad sanitaria indique que el inculcado tiene el hábito o necesidad de consumir ese estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, no hará consignación a los tribunales; en caso contrario, ejercitará acción penal.

Los numerales en cita, se relacionan con el diverso dispositivo 4o, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual se transcribe únicamente en lo que nos interesa:

Artículo 4.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I. Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende:

A) En la averiguación previa:

[...]

l) Determinar el no ejercicio de la acción penal, cuando:

[...]

6. En los demás casos que determinen las normas aplicables.

[...]

No obstante lo anterior, en innumerables casos en los que participan defensores públicos federales, el agente del Ministerio Público, ordena la libertad del indiciado, una vez que se acreditó mediante prueba pericial, que el estupefaciente o psicotrópico relacionado con la indagatoria, estaría destinado para el estricto consumo personal del farmacodependiente, invocando la aplicación de la excusa absolutoria contenida en el artículo 199, párrafo primero, del Código Penal Federal, esta situación ha generado un debate en el Decim quinto Circuito, del Poder Judicial de la Federación, ya que la aplicación de la citada causal de impunidad, ha sido aplicada no sólo por el órgano investigador de delitos, sino por Jueces de Distrito y Magistrados de Tribunal Colegiado, dentro de la dilación constitucional, lo que ha generado reacciones encontradas por parte de diversos órganos jurisdiccionales, que sostienen una posición contraria; este tema sólo lo dejaremos apuntado, para abordarlo con mayor amplitud en la tercera parte de este trabajo.

### III.- INSTRUCCIÓN

El problema planteado, nos lleva a la hipótesis ubicada en la etapa de instrucción, la cual a nuestro juicio es la que presenta menos problemas para su resolución, durante este procedimiento se acredita mediante prueba pericial, que el narcótico relacionado con la causa penal, es para el estricto consumo personal del procesado, la respuesta a este problema la daría el juez al dictar la sentencia, aplicando la excusa absolutoria contenida en el artículo 199, párrafo primero, del Código Penal Federal.

Artículo 199.- Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo



193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es fármacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda.

[...]

#### IV.- LA PREINSTRUCCIÓN

Finalmente, abordemos la hipótesis que se presenta en la preinstrucción, una vez que el agente del Ministerio Público Federal ha ejercido la acción penal, dentro de las setenta y dos horas del plazo constitucional, o dentro de la prórroga del mismo, se acredita mediante la prueba pericial que, el narcótico relacionado con la causa penal, está destinado para el estricto consumo personal del indiciado, en algunos casos el juez instructor determina dictar auto de libertad, invocando la excusa absolutoria contenida en el artículo 199, párrafo primero, del Código Penal Federal.

Este tipo de resoluciones ha generado entre los órganos encargados de administrar justicia, una discusión en torno a la posibilidad de aplicar dentro del plazo constitucional, la mencionada causa de impunidad, quienes concuerdan con la resolución, se apoyan en el artículo 17, constitucional, argumentando que con base en el principio de una justicia pronta y expedita, no debe someterse a un fármacodependiente a un proceso que traerá como resultado la no imposición de pena.

Sostienen que, del análisis de los artículos 524 y 525, del Código Federal de Procedimientos Penales, se infiere que estos facultan al Ministerio Público, para no ejercer acción penal en el caso del fármacodependiente y, si la ejerció deberá desistirse de la acción incluso sin consulta del Procurador, con la única condición de que se pondrá al inculcado a disposición de la autoridad sanitaria respectiva, por lo que, con mayor razón el juzgador, no tiene por qué esperar a que dicha situación se defina hasta sentencia.

Aducen que, en atención al principio del legislador racional y

congruente, no se puede considerar que hay contradicción, entre lo que estableció en el artículo 199, del Código Penal Federal y lo que estableció en los artículos 523, 524 y 525 del Código Federal de Procedimientos Penales, es decir, que fuera permisivo en cuanto a que el Ministerio Público de la Federación, no ejerciera acción penal en contra del indiciado cuando esté acreditado que es toxicómano y que la cantidad de narcótico asegurada fuese la necesaria para su consumo personal y que si hubiese ejercido la acción penal se podrá desistir de ella, incluso sin necesidad de consulta al Procurado General de la República, y, estricto con el órgano que administra justicia, al sujetarlo a llevar a cabo un proceso que culminaría en la no aplicación de una pena; resulta claro que el espíritu del legislador es que quienes tienen la necesidad de consumir narcóticos se les ponga únicamente a disposición de la autoridad sanitaria para el tratamiento de su adicción y no someterlos a un proceso con un resultado estéril, al no aplicársele pena alguna, resulta incuestionable que al farmacodependiente se le considera un enfermo y no un delincuente, cuando sólo posee narcóticos para satisfacer su estricto consumo personal.

Lo anterior, lo relacionan con el artículo 41, del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual establece que los tribunales dictarán de oficio los trámites y providencias encaminados a que la justicia sea pronta y expedita.

Señalan que, de acuerdo al artículo 7, del Código Penal Federal, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales,

Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

[...]

De lo que infieren lo siguiente: al no ser punible la actividad consistente en poseer narcóticos para el estricto consumo personal del farmacodependiente, no puede considerarse delictiva esa conducta.

Asimismo, interpretan en forma analógica, sistemática y teleológica, los artículos 195, párrafo segundo y 199, párrafo primero, del Código Penal Federal, el primero establece que no se prece-

derá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

Artículo 195.- [...]

No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

[...]

Mientras que el segundo, contiene la multicitada excusa absolutoria.

Artículo 199.- Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda.

[...]

Para arribar a la conclusión de que la intención del legislador, era la de poner de inmediato a disposición del sector salud, a la persona que tiene el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, para su tratamiento, siempre y cuando la cantidad de narcótico asegurada, sea la necesaria para su consumo personal; y no someter al fármacodependiente a un proceso penal.

Sustentan su argumento en la tesis aislada que aparece en la Novena Época, Materia (s): Penal, Instancia; Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis: VII.1 o.P.111 P, Página: 1006, del rubro y texto siguiente:

“POSESIÓN DE NARCÓTICOS. LA EXCUSA ABSOLUTORIA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 199 DEL

CÓDIGO PENAL FEDERAL PUEDE SER ANALIZADA EN CUALQUIER MOMENTO DE LA INSTRUCCIÓN. Si bien la posesión de enervantes con fines exclusivos de uso personal no amerita pena, de conformidad con dicho precepto legal, ello no implica que la eximente absolutoria a que se refiere, deba ser analizada hasta cuando se dicte sentencia, sino que es operante desde el momento en que exista un dictamen médico que diagnostique que el inculpado es toxicómano y que la cantidad de droga que le fue encontrada era sólo la necesaria para su consumo, pues la finalidad de dicha excusa absolutoria es que el indiciado sea puesto a disposición de las autoridades de salubridad pública para su tratamiento”.

#### PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 950/98. Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Séptimo Circuito. 2 de septiembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Marco Antonio Ovando Santos.

En sentido opuesto, quienes no están de acuerdo con la aplicación de la excusa absolutoria contenida en el artículo 199, del Código Penal Federal, señalan que debe ser hasta la sentencia cuando se invoque dicha causa de impunidad, que en el auto de término constitucional sólo debe analizarse el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, por lo que quienes invocan la excusa absolutoria en la dilación constitucional, confunden las categorías de cuerpo del delito con la de delito, así como los conceptos de excusa absolutoria con excluyente de delito, lo que refleja desconocimiento de la teoría del delito.

#### V.- CASO PRÁCTICO

Del parte informativo de fecha 28 de febrero de 2006, rendido por elementos de la Policía Estatal Preventiva, se advierte que, siendo las catorce horas con veinte minutos, al efectuar un recorrido de vigilancia sobre las calles Vidal y Planas del Módulo II de Otay, en la ciudad de Tijuana, Baja California, se percataron de la presencia

de dos personas una del sexo masculino y la otra del sexo femenino quienes al notar su presencia intentaron apelar a la fuga, haciendo caso omiso a la orden de detenerse; por lo que les dieron alcance, y procedieron a revisar a Hugo “N”, a quien se le encontró en la bolsa del pantalón un recipiente de color café claro conteniendo diecinueve envoltorios de plástico guardaban la droga conocida como “ICE”, así mismo Carolina “N”, les indicó que traía con ella treinta y cinco envoltorios de plástico que contenían la droga conocida como heroína.

Carolina “N”, en vía de declaración ministerial, confesó que fue detenida en posesión de treinta y cinco envoltorios conteniendo heroína, mismos que compró a un sujeto desconocido en la cantidad de trescientos pesos y que los destinaría para su consumo personal; que consume heroína desde hace diez años; que llega a consumir hasta gramo y medio de heroína al día, versión de los hechos que ratificó en vía de declaración preparatoria, reconoció como suya la heroína asegurada, y dijo ser adicta a dicho narcótico desde hace cinco años.

El doctor Armando Rivero Pérez, perito adscrito a la delegación de la Procuraduría General de la República, con sede en Tijuana, Baja California, examinó a Carolina “N”, y determinó que es farmacodependiente de la metanfetamina y heroína, la cantidad que le fue asegurada de 1.5 gramos (un gramo quinientos miligramos) peso neto de heroína, sí excede para su estricto consumo personal. Sin embargo, al ser examinado como testigo, el doctor Rivero Pérez, refirió que considera como estricto consumo personal un lapso de veinticuatro horas, según la clínica médica y la jurisprudencia; que la inculpada podría consumir en un lapso de cinco a seis días la cantidad de heroína que le fue asegurada.

Con los datos anteriores, el Juez de Distrito que conoció del asunto, decretó la formal prisión de Carolina “N”, como probable responsable de la comisión del delito contra la salud, en la modalidad de posesión del estupefaciente denominado heroína, previsto por el artículo 195-bis, con la penalidad que establece la segunda

línea horizontal, séptima línea vertical, tabla uno, apéndice uno, del Código Penal Federal, en relación con el diverso 193, en términos del numeral 13, fracción II, del código sustantivo federal, en concordancia con el dispositivo 234, de la Ley General de Salud.

Resolución que fue recurrida por la defensora pública federal, adscrita al Juzgado de Distrito, la cual fue confirmada por el Tribunal Unitario que conoció del recurso de apelación, esta sentencia fue impugnada por el que suscribe, mediante el juicio de amparo indirecto, promovido ante un diverso Tribunal Unitario del mismo Circuito, el cual fue resuelto negando el amparo y protección de la justicia federal, ante esta negativa se interpuso recurso de revisión, tocándole conocer del mismo a los Magistrados del Primer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, quienes por unanimidad de votos resolvieron conceder el amparo y protección de la justicia de la unión a la quejosa Carolina “N”, ordenando la revocación del auto de formal prisión, que se había señalado como acto reclamado.

A continuación presento los argumentos torales de la sentencia dictada por los Magistrados del Primer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, en el juicio de amparo en revisión penal número 534/2006.

“Cuarto.- Es fundado el agravio expresado por el inconforme, en el que substancialmente alega que carece de razón el Tribunal Unitario, al sostener que para que opere la excusa absolutoria prevista en el artículo 199, del Código Penal Federal, debe sujetarse al farmacodependiente al proceso y hasta el dictado de la sentencia respectiva, tenerla por actualizada.

En efecto, en principio y para establecer el criterio que sobre el tema planteado tiene este Tribunal, resulta necesaria la transcripción de los artículos 199, del Código Penal Federal, 524 y 525, del Código Federal de Procedimientos Penales, que son invocados como apoyo de los agravios expresados por el recurrente, los cuales literalmente establecen lo siguiente:

Artículo 199.- Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo

193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda. Todo procesado o sentenciado que sea farmacodependiente quedará sujeto a tratamiento. Para la concesión de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo a la farmacodependencia, pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento adecuado para su curación bajo vigilancia de la autoridad ejecutora”.

Artículo 524.- Si la averiguación se refiere a la adquisición y posesión de estupefacientes o psicotrópicos, el Ministerio Público, de acuerdo con la autoridad sanitaria a que se refiere el artículo anterior, precisará acuciosamente si esa posesión tiene por finalidad exclusiva el uso personal que de ellos haga el indiciado. En este caso, y siempre que el dictamen hecho por la autoridad sanitaria indique que el inculpado tiene el hábito o necesidad de consumir ese estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, no hará consignación a los tribunales; en caso contrario, ejercitará acción penal.

Artículo 525.- Si se hubiere hecho la consignación y dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19 constitucional se formula o se rectifica el dictamen en el sentido de que el inculpado tiene hábito o la necesidad de consumir el estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, el Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de consulta al Procurador y pedirá al tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para su tratamiento, por el tiempo necesario para su curación.

Ahora bien, en concepto de este Tribunal, la interpretación del primero de los preceptos antes transcritos, debe ser en el sentido de que al quedar acreditado que el procesado es farmacodependiente

de la sustancia asegurada, y cuando la cantidad de droga sea para su estricto consumo personal, es decir, para sí y no para terceras personas, esto es, que no esté destinada a realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, ante esas circunstancias, se estará en condiciones de aplicar la excluyente de punibilidad, lo cual, contrariamente a lo argumentado en la sentencia recurrida, puede disolverse en el propio auto de término constitucional, sin necesidad de esperarse hasta el dictado de la sentencia, pues si bien es cierto que en ese precepto se hace referencia a que en ese supuesto no se aplicará pena alguna y que las penas sólo se imponen en la sentencia, también lo es, que tal expresión no implica que el juzgador esté impedido para determinar en el auto de término constitucional si se actualiza la hipótesis prevista en el citado numeral, habida cuenta que si la conducta del farmacodependiente que posea la droga necesaria para su estricto consumo personal, queda acreditada antes de resolverse su situación jurídica, el Juez está facultado para determinar su situación jurídica, el Juez está facultado para determinar no sujetarlo a un procedimiento penal, sino a un tratamiento ante las autoridades sanitarias y, con ello, a la vez en no imponer pena alguna al farmacodependiente como lo señala el precepto en comento, pues la espera hasta el dictado de la sentencia se haría necesaria sólo en el caso de que en dicho precepto se estableciera la obligación a cargo del juzgador de imponer una pena al farmacodependiente de que se trata pues no podría hacerlo antes, en cambio como ya se dijo, el no imponer la pena se puede realizar en el auto de término constitucional, con el hecho de no sujetar a proceso al farmacodependiente.

Corroborar este criterio, el contenido de los artículos 524 y 525, del Código Federal de Procedimientos Penales, que antes se transcribieron, pues de su contenido se infiere que el legislador otorga facultades al Ministerio Público, para que en el caso comprobado que sólo se estuviera ante la presencia de un enfermo por su adicción al consumo de la droga, al ser detenido en posesión de pequeñas cantidades de estupefacientes o psicotrópicos, evite someterlo a un



proceso judicial, no ejerciendo acción penal en su contra y además que, para el caso de que la adicción o habitualidad se comprobara una vez consignado el asunto ante el Juez, el Ministerio Público se desista de la acción, incluso sin consulta al Procurador, imponiéndole la condición de que deberá solicitar al Tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para su tratamiento, por el tiempo necesario para su curación; de tal manera que el legislador faculta al Ministerio Público, para no ejercer acción penal en caso de que se demuestre la adicción del indiciado y que la droga poseída era la necesaria para su estricto consumo personal, con mayor razón se debe entender que el juzgador está facultado para determinar el no sujetarlo a un procedimiento penal en el auto de término constitucional, pues no debe perderse de vista que el Ministerio Público consigna hechos que estima delictuosos empero, es al Juez a quien le corresponde determinar si son o no constitutivos de delitos, y en su caso, la clasificación de los mismos.

Por otra parte, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en lo conducente:

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

La Garantía Constitucional prevista en el numeral antes transcrito debe prevalecer por encima de disposiciones secundarias que hagan nugatoria tal disposición, y en tales condiciones, asiste razón al quejoso, aquí recurrente, toda vez que como lo define el numeral en comento, la justicia deber ser pronta y expedita, evitando procesos inútiles y, si como en el caso, de las constancias que obran en autos puede preverse desde el dictado del auto de término constitucional, que la excusa absolutoria a que se refiere el artículo 199, del Código Penal Federal, habrá de igual modo actualizarse al

dictarse la sentencia respectiva, no existe razón para someter a proceso al inculpado, sin que tenga aplicación la incorrecta consideración sostenida por el Juez del proceso, y que corrobora el A quo, en el sentido de que son las sentencias las que deben contener la absolución o condena del acusado y no los autos de término constitucional, pues, deja de advertir que según lo dispuesto en los numerales transcritos, si es durante la averiguación previa (artículo 524), es bajo el dictado de un proveído en el que se determina la situación; de igual manera, si es durante la preinstrucción (artículo 525), el Juez de la causa recibe el desistimiento de la acción ejercitada por el Ministerio Público, y dictará un simple proveído que tampoco constituye una sentencia.

Apoya la consideración anterior, lo dispuesto por el artículo 41, del Código Federal de Procedimientos Penales, que en la parte que interesa dispone:

“Artículo 41.- Los tribunales dictarán de oficio los trámites y providencias encaminados a que la justicia sea pronta y expedita...”

Así las cosas, es dable concluir que la excusa absolutoria que prevé el artículo 199 del Código Penal Federal, en relación con lo estipulado por el diverso 17 Constitucional y 41 del Código Adjetivo Penal Federal, debe estudiarse de oficio y resolverse en cualquier etapa del procedimiento penal.

Ahora bien, en el caso, del contenido del parte informativo se advierte que los agentes que lo suscribieron informan que al transitar sobre las calles Vidal y Planas, de Módulos II de Otay, se percataron de la presencia de la recurrente Carolina Moreno Rodríguez, quien les comunicó que traía en su poder 1.5 gramos de heroína; asimismo, del contenido de la declaración que la quejosa rindió ante el Ministerio Público y que ratificó ante el Juez de la causa, se advierte que admitió que poseía la citada droga, que es adicta a la misma desde hacía diez años, y que la droga la quería para su consumo personal; asimismo, en las fojas 94 a 95, obra constancia de que el propio Agente del Ministerio Público Investigador, solicitó al Perito Médico Adscrito, se realizara dictamen en materia de integri-

dad física y toxicomanía, a la de nombre Carolina Moreno Rodríguez, y a fojas 96 a 97, constan el certificado de integridad física y toxicomanía suscrito por el perito Médico Oficial de la Procuraduría General de la República, Doctor Armando Rivero Pérez, en el cual hace constar que examinó a la recurrente y concluyó que sí es farmacodependiente al consumo de metanfetaminas y heroína, y que la cantidad de 1.5 gramos, que le fue asegurado excedía para su estricto consumo personal, aclarando ante el Juez del proceso que para ello se había considerado un término de veinticuatro horas.

Ahora bien, en concepto de este Tribunal, los anteriores medios de prueba son de estimarse suficientes para tener por acreditada la adicción de la quejosa a la heroína y que la cantidad que le fue encontrada en su poder la requería para su estricto uso personal, habida cuenta que en el parte informativo no se atribuye a la quejosa la realización de alguna conducta que revelara su intención de transmitir a terceras personas la droga afecta a la causa, pues sólo se le encontró caminando por la calle y al parecerles sospechosa se le abordó y encontró la droga, además de que no existe en autos prueba alguna que haga presumir siquiera que la quejosa daría un fin distinto al de uso personal a la citada droga, y en cambio, a través del dictamen pericial recabado a petición del propio Ministerio Público, se llega a establecer que en realidad es adicta al consumo de heroína y, si bien es cierto, que en el mismo se concluye que la cantidad de 1.5 gramos excede para su estricto consumo personal, también lo es, que el citado perito al rendir declaración ante el Juez de la causa aclara que esa conclusión la realizó tomando en cuenta un término de veinticuatro horas, sin embargo, como lo sostiene la impugnante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 13/96, publicada en la página 171 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, correspondiente al mes de junio de 1996, ha determinado que la excusa absolutoria prevista en el artículo 199, del Código Penal Federal, para su operancia no requiere que el consumo sea inmediato o diario, sino que deja al arbitrio del juzgador la apreciación de la

posesión del narcótico para el estricto consumo personal del farmacodependiente, por lo cual, al considerar todas las circunstancias que concurrieron en el caso a estudio, tales como que la detención de la quejosa se llevó a cabo sin que realizara algún acto que hiciera presumir que fuera a transmitir a un tercero la droga que poseía, además de que la cantidad poseída era relativamente pequeña y que por el tiempo que tiene consumiéndola (diez años), así como la dificultad que implica el adquirir la droga cada vez que la vaya a consumir, se debe concluir que en autos se justificó que la droga que se encontró en poder de la quejosa era para su estricto consumo personal, y ante ello, la autoridad responsable debió concluir que en el caso se actualizaba la excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal, pues al no hacerlo así dejó de apreciar el acto reclamado tal y como aparece demostrado ante el Juez del proceso, ello, con infracción a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley de Amparo.

La tesis de jurisprudencia cuyos datos de localización proporcionados con anterioridad, literalmente expresa lo siguiente: POSESIÓN DE NARCÓTICOS PARA EL ESTRICTO CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO SE SUJETA A CONDICIÓN TEMPORAL ALGUNA. La excusa absolutoria prevista en el artículo 199, del Código Penal Federal, en cuanto previene que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcóticos de los señalados en el artículo 193, no se le aplicará pena alguna, no requiere para su operancia que el consumo sea el inmediato o diario, como se establecía en las fracciones I y II del artículo 194 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Antes bien, de la interpretación literal del artículo 199, así como de la exposición de motivos correspondiente, se advierte con claridad que la intención del legislador fue precisamente la de suprimir el anterior tratamiento que se daba a los farmacodependientes que

poseyeran narcóticos para su propio e inmediato consumo; esto es, en el nuevo precepto se establece otra excusa absolutoria que encuadra en las conductas que anteriormente contemplaban las fracciones I y II, del artículo 194, con la salvedad de que el determinar la cantidad de narcótico poseída por el farmacodependiente para su estricto consumo, queda al arbitrio del juzgador por no establecer algún término, sin embargo, se requerirá para el dictamen médico correspondiente en el caso concreto y, en el último párrafo, se advierte la hipótesis que se comprendía en el correspondiente de la fracción IV del anterior artículo 194, advirtiéndose que se cambia el término “adicto o habitual” por el de “farmacodependiente”. Efectivamente en el artículo 199 se deja al arbitrio del juzgador la apreciación de la posesión del narcótico para el estricto consumo personal del farmacodependiente, para lo cual, deberá considerar todas las circunstancias del caso, entre las cuales, desde luego, no se excluye el elemento de temporalidad, del cual no obstante, no es el único que debe ponderarse para determinar cuándo la posesión del narcótico tiene como finalidad el estricto consumo personal del mismo por parte del inculcado. Por tanto, esa situación deberá valorarla el Juez del proceso mediante el análisis comparativo de la cantidad, naturaleza, forma de adquisición y venta de droga poseída y el grado de adicción del encausado, así como las circunstancias que mediaron en la comisión de la conducta típica antijurídica, y las demás que incidan en la apreciación de la finalidad de la posesión del narcótico por parte del encausado.

## VI.- PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Al margen de resoluciones novedosas, vanguardistas, liberales, de avanzada, o bien, ilegales, carentes de técnica jurídica, apartadas de la teoría del delito, de acuerdo a las posturas anteriores, considero que la solución a este problema se encuentra en la propia ley, cuando se presente el caso de un farmacodependiente que posea narcóticos para su estricto consumo personal, durante el plazo constitucional, debe ser resuelto por el juzgador, instaurando el procedi-

miento especial relativo a los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, de acuerdo al artículo 525, del Código Federal de Procedimientos Penales.

Iniciaremos por establecer cuales son los procedimientos en materia penal, los cuáles se encuentran enunciados en el artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual se reproduce para una mejor ilustración de la idea planteada.

Artículo 1o.- El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III.- El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;

IV.- El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

V.- El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

VI.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;

VII.- Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Si en cualquiera de esos procedimientos algún menor o incapaz

se ve relacionado con los hechos objeto de ellos, sea como autor o participe, testigo, víctima u ofendido, o con cualquier otro carácter, el Ministerio Público o el tribunal respectivo suplirán la ausencia o deficiencia de razonamientos y fundamentos que conduzcan a proteger los derechos que legítimamente puedan corresponderles.

De entre ese catálogo, destacaré el procedimiento especial relativo a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, previsto por el artículo 525, del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual se transcribe para una mejor exposición.

Artículo 525.- Si se hubiere hecho la consignación y dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19 constitucional se formula o se rectifica el dictamen en el sentido de que el inculpado tiene hábito o la necesidad de consumir el estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, el Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de consulta al Procurador y pedirá al tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para su tratamiento, por el tiempo necesario para su curación.

De la lectura del artículo anterior, se infiere que, una vez hecha la consignación por el agente del Ministerio Público, y dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19 constitucional o dentro de las ciento cuarenta y cuatro del plazo constitucional prorrogado, se formula un dictamen o se rectifica el que obre en autos, en el sentido de que el indiciado tiene el hábito o la necesidad de consumir el estupefaciente o psicotrópico y la cantidad que se le haya asegurado, sea la necesaria para su estricto consumo personal, el Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de consulta al Procurador y pedirá al juez que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para su tratamiento, por el tiempo necesario para su curación.

De lo que se colige, el desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público, no es una potestad, sino que, es un imperativo de la ley, un mandato legal, dicho texto, no establece la

posibilidad de desistirse o no a criterio del fiscal federal, la ley ordena “se desistirá de la acción penal”, más aún, el representante social, ni siquiera podrá aducir que necesita consultar al Procurador para desistirse de la acción penal, el dispositivo en comento, establece que el desistimiento se hará “sin consulta al Procurador” .

El procedimiento para los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, en razón del principio de especialidad, debe prevalecer sobre el procedimiento ordinario, por lo que no es opcional sino obligatorio para el Juzgador, quien es el rector del proceso penal, debe aplicar las reglas procedentes y no dejar al arbitrio del Ministerio Público, si se instrumenta o no el procedimiento especial que nos ocupa y en consecuencia si se desiste o no de la acción penal, aún más, la inobservancia de esta deposición por parte de la fiscalía federal, traería como consecuencia sanciones de tipo administrativo e incluso penal, a continuación, transcribo en lo conducente los artículos 53 y 54, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Artículo 53.- Son causas de responsabilidad de los agentes del Ministerio Público de la Federación y, en lo conducente, de los agentes de la policía federal investigadora y de los peritos:

[...]

VII. Incumplir cualquiera de las obligaciones a que se refiere el siguiente artículo, y

VIII. Las demás que establezcan otras disposiciones aplicables.

Artículo 54.- Son obligaciones de los agentes del Ministerio Público de la Federación, de los agentes de la policía federal investigadora y de los peritos, para salvaguardar la legalidad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad y de respeto a los derechos humanos en el desempeño de su función, las siguientes:

[...]

XVII. Las demás que se establezcan en las disposiciones aplicables.

El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a la sanción correspondiente en los términos de este Capítulo.



## CONCLUSIONES

1.- Cuando se presente un asunto en averiguación previa, relacionado con farmacodependientes, que posean algún narcótico, en cantidad tal que pueda estimarse para su estricto consumo personal, apoyando esta consideración en una opinión pericial, el agente del Ministerio Público de la Federación, deberá plantear un no ejercicio de la acción penal, en lugar de aplicar la excusa absolutoria contenida en el artículo 199, párrafo primero, del Código Penal Federal, lo que le permitiría resolver con una apropiada técnica jurídica.

2.- Si el caso referido, se presentara en la preinstrucción, es decir, si dentro del plazo constitucional o la prórroga del mismo, se demuestra mediante prueba pericial, que la cantidad de estupefaciente o psicotrópico, es la estrictamente necesaria para el consumo personal del indiciado, se debe instaurar el procedimiento especial, para los que tienen el hábito o la necesidad de consumir dichas sustancias, previsto en los artículos 1o, fracción VII y 526, ambos del Código Federal de Procedimientos Penales.

3.- En relación a la aplicación de la excusa absolutoria contenida en el artículo 199, párrafo primero, del Código Penal Federal, dentro de la preinstrucción, considero que este asunto deberá llegar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que sea nuestro máximo tribunal, quien defina este problema, por involucrar la interpretación directa del artículo 17 constitucional.

4.- Durante la instrucción, deberá aplicarse la excusa absolutoria como se ha venido haciendo cotidianamente, hasta el momento de dictarse la sentencia correspondiente.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Código Penal Federal
- 2.- Código Federal de Procedimientos Penales
- 3.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
- 4.- <http://cgcsdsql/iusweb/princpag.asp>

## El juez ejecutor de penas

Juan Manuel Cen Gamboa\*

Sumario: *I. El procedimiento de ejecución de sentencias. II. La condena condicional. III. La libertad preparatoria. IV. La remisión parcial de pena. V. Aplicación retroactiva de una nueva ley más favorable. VI. El Juez Ejecutor de Penas. VII. Bibliografía.*

### I. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En el artículo 5° del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece que el periodo de ejecución de sentencias estará a cargo del Poder Ejecutivo, por conducto del órgano que la ley determine, en este caso, del Órgano Administrativo Desconcentrado [de] Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública Federal. En el mismo Código Federal de Procedimientos Penales, en su título decimotercero, se contempla la ejecución de las sentencias, en donde se señalan las disposiciones a observar durante esta etapa.

La ejecución de las sentencias pronunciadas por los órganos jurisdiccionales, constituye la materialización del poder punitivo del Estado. El fallo judicial que constituye el fin del proceso, no termina la relación jurídica entre el Estado y el delincuente. Se abre una nueva fase que tiene por objeto el estudio científico más apropiado en el tratamiento de los penados para llegar, hasta donde sea posi-

---

\* Defensor Público Federal.

ble, a la individualización de las sanciones. En otros términos, el contenido de la sentencia debe traducirse en realidades, sea que se trate de aplicación de sanciones o de medidas de seguridad.<sup>1</sup>

Tenemos entonces como presupuesto fundamental para la ejecución de sanciones, la existencia de una sentencia ejecutoria, esto es, que ya no quepa ningún recurso ordinario en su contra, a efecto de que se proceda a la ejecución de la misma.

En la etapa de ejecución, prevista en el Código Federal de Procedimientos Penales, se contempla inicialmente la participación del juzgador para la amonestación del sentenciado, tal y como lo señala el artículo 528 del Código en consulta.

La amonestación, por su esencia jurídico-penal, tiene carácter de pena y de medida de seguridad que se encuentra comprendida en la fracción 9 (sic) del artículo 24 del Código Penal; consiste, según lo establece el artículo 42 del mismo Código Penal, en la advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, exhortándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción si reincidiere. A criterio del juez, esta manifestación se le puede hacer, al condenado, en público o en privado.<sup>2</sup>

En la práctica, la diligencia de amonestación no es realizada a cabalidad como lo señala el artículo 42 del Código Penal Federal, pues en realidad la diligencia ya se tiene elaborada en formato y sólo se recaba la firma del sentenciado por conducto del personal del juzgado, indicándosele de manera genérica el contenido de dicho artículo, pero no se le hace una real conminación y tampoco la realiza el juzgador que dictó la sentencia, por lo que la participación del juzgador en esta etapa de la ejecución es irrelevante.

Otra actividad que tiene el juzgador dentro del procedimiento de ejecución, es la prevista en el artículo 531 del Código Federal de Procedimientos Penales, mismo que establece:

<sup>1</sup> Jiménez Martínez, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, México, Porrúa, 2004, páginas 263 y 264.

<sup>2</sup> Díaz De León, Marco Antonio, *Código federal de procedimientos penales comentado*, sexta edición, México, Porrúa, 2001, página 929.

Pronunciada una sentencia ejecutoriada condenatoria o absolutoria, el juez o el tribunal que las pronuncie expedirá dentro de cuarenta y ocho horas, una copia certificada para la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, con los datos de identificación del reo. El incumplimiento de esta disposición será sancionado con una multa de cinco a quince días de salario mínimo.

El juez está obligado a dictar de oficio, todas las providencias conducentes para que el reo sea puesto a disposición de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social. El incumplimiento de esta obligación se sancionará con multa de veinte a cuarenta días de salario mínimo.

Esta es una obligación del juzgador que culmina su participación en el proceso penal, y deja al sentenciado en manos de la autoridad administrativa, sin que se ocupe ya de la manera en que se compurgará la pena que él mismo impuso.

Corresponde al Ministerio Público el vigilar que las sentencias sean estrictamente cumplidas, ello en términos del segundo párrafo del artículo 529 del Código Federal de Procedimientos Penales, mismo que a la letra dice:

Será deber del Ministerio Público practicar todas las diligencias conducentes a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas; y lo hará así, ya gestionando cerca de las autoridades administrativas lo que proceda, o ya exigiendo ante los tribunales la represión de todos los abusos que aquéllas o sus subalternos cometan, cuando se aparten de lo prevenido en las sentencias, en pro o en contra de los individuos que sean objeto de ellas.

En la práctica, dicha atribución no la ejecuta el Ministerio Público, pues una vez que se ha dictado sentencia condenatoria y puesto al reo en manos de la autoridad administrativa, el Ministerio Público se olvida del sentenciado, sin que le interese la situación que éste tenga durante el cumplimiento de la pena; realmente el único interés del Ministerio Público es el de que se logre la aprehensión del reo y que se le dicte sentencia condenatoria y siendo esa su pretensión, poco le importa si se cometen abusos en su contra

durante el compurgamiento de la pena, ya que en mi experiencia he conocido de casos en los que se han reportado abusos y maltratos en contra de los internos, así como traslados ilegales, de los que nunca se ocupa el Ministerio Público.

Son esas entonces las únicas obligaciones del juzgador y del Ministerio Público dentro de la etapa de ejecución de las sentencias, quedando en manos de la autoridad administrativa el tratamiento del reo para lograr su readaptación, así como el resolver alguna cuestión legal que surja durante el cumplimiento de la sentencia.

Dentro de la ejecución de las sentencias pueden darse diversas incidencias que la autoridad administrativa tenga que resolver, puede presentarse una solicitud de traslado a un reclusorio más cercano a su domicilio, una solicitud de remisión parcial de pena o de libertad preparatoria o incluso la entrada en vigor de una nueva ley más favorable que reduzca la pena de prisión impuesta o que permita la concesión de algún beneficio sustitutivo de la pena de prisión, y es en estos últimos casos en donde consideramos que no es lo más adecuado que en la ley penal se establezca que una autoridad administrativa esté a cargo de resolver estas cuestiones de carácter jurisdiccional, puesto que en la práctica el trámite administrativo es lento y engorroso para los sentenciados y prolonga muchas veces su estancia en prisión injustamente.

## **II. LA CONDENA CONDICIONAL**

La condena condicional está prevista en el artículo 90 del Código Penal Federal, y permite que el sentenciado no compurgue la pena de prisión, sino que se le suspenda a cambio de sujetarse a determinadas medidas que en el mismo artículo se establecen, es pues, un medio sustitutivo de la prisión corporal, y que puede prepararse durante la tramitación del proceso a efecto de que en la sentencia se conceda el beneficio.

La condena condicional es una forma de ejecución de sanción privativa de libertad establecida en fallo definitivo dictado por ór-

gano jurisdiccional, cuyo cumplimiento queda suspendido. Corresponde, pues, a un modo de suspender el cumplimiento de la pena de prisión por vía judicial, es decir, autorizada por el juzgador cuando se cubran los requisitos y formas señalados en este precepto. Se trata de un beneficio no sólo para el reo que se ve favorecido por este instituto, al cumplir su sentencia condenatoria privativa de libertad que no exceda de cuatro años de prisión, en la calle, es decir sin estar purgándola recluido en prisión, sino para la sociedad que no pierde la presencia y utilidad del sentenciado.<sup>3</sup>

En el Código Federal de Procedimientos Penales se contempla a la condena condicional en el título relativo a la ejecución de las sentencias, no obstante que como ya señalamos, puede tramitarse durante las dos instancias ordinarias del proceso penal, pero también cabe el supuesto de que el juzgador no se haya pronunciado sobre la misma o que no hubiere sido solicitada, en este caso, puede tramitarse vía incidental ante el órgano jurisdiccional la procedencia de dicho beneficio, no obstante que ya se esté compurgando la sentencia y se esté por ende a disposición del Ejecutivo.

Hasta aquí la situación no reviste mayor problema, ya que el Ejecutivo no está facultado para conceder o negar el beneficio de la condena condicional, solamente queda a cargo de la autoridad administrativa el cuidado y vigilancia de los sentenciados que gocen del beneficio, y en caso de incumplimiento de las obligaciones que contrajo el sentenciado, deberá comunicarlo al juzgador para que decida si ha lugar a revocar el beneficio.

No obstante lo anterior, puede presentarse el problema de que al momento de dictarse la sentencia definitiva, la penalidad o el tipo de delito impida la concesión de la condena condicional, pero que durante el transcurso del cumplimiento de la sanción, se modifique la ley o surja una nueva más favorable que permita la concesión del beneficio, y en este caso la autoridad administrativa no está facultada para pronunciarse al respecto, surgiendo entonces la ne-

---

<sup>3</sup> *Ibidem.* páginas 590 y 591.

cesidad de una autoridad jurisdiccional que conozca al respecto, pero de este punto trataremos más adelante.

### III. LA LIBERTAD PREPARATORIA

La libertad preparatoria es la libertad que se le concede al reo que se encuentra purgando una pena de prisión, siempre y cuando hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena, en caso de delitos intencionales, o la mitad de la pena en caso de delitos imprudenciales, además de que deberá haber observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia, que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, y fundamentalmente que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente re-adaptado y que por ello en condiciones de no volver a delinquir, los requisitos y condiciones para su concesión se encuentran previstos en el artículo 84 del Código Penal Federal.

Se trata, pues, de un derecho que concede la ley a los reos que estén purgando penas privativas de libertad, el cual se les otorga por considerarse que, al cubrir las condiciones de ley impuestas, han aprovechado de manera positiva la prevención especial derivada del tratamiento a que fueron sometidos durante su estancia en prisión; es, además, un estímulo para los internos que purgan dichas sentencias privativas de libertad, que les motiva a realizar buena conducta durante el lapso de reclusión y a observar con buena disposición los reglamentos y medidas administrativas a que se hallen sujetos, todo lo cual redunda positivamente en su resocialización.<sup>4</sup>

El trámite de la libertad preparatoria se encuentra regulado en los artículos 540 a 548 del Código Federal de Procedimientos Penales, destacando que la solicitud del reo que considere que tiene derecho a la libertad preparatoria deberá dirigirla a la autoridad administrativa, en este caso el Órgano Administrativo Desconcentrado [de] Prevención y Readaptación Social, quien es el que resolverá si la concede o no.

Específicamente el trámite que se le da a una solicitud de liber-

---

<sup>4</sup> *Ibidem.* p. 580.

tad preparatoria se encuentra previsto en el artículo 541 del Código Federal de Procedimientos Penales, que a la letra dice:

Recibida la solicitud, se pedirán informes acerca de los requisitos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 84 del Código Penal, a la autoridad ejecutiva del reclusorio en el que el sentenciado se encuentre cumpliendo la condena, la cual deberá acompañar además el dictamen que en cada caso emita el Consejo Técnico Interdisciplinario.

Los informes que rinda la autoridad mencionada no serán obstáculo para que se obtengan los datos necesarios por cualquier otro medio.

Tratándose de delitos contra la salud en materia de estupefacientes o psicotrópicos, deberán pedirse informes en todo caso a la Procuraduría General de la República.

En vista de estos informes y datos, se resolverá sobre la procedencia de la libertad solicitada y se fijarán las condiciones a que su concesión deba sujetarse.

Como podemos observar, este trámite es exclusivo de la autoridad administrativa y es por ello que en la práctica es en extremo complicado obtener una respuesta favorable a la solicitud de libertad preparatoria, e incluso obtener cualquier respuesta, puesto que la mayoría de las veces la autoridad administrativa es omisa en contestar las solicitudes de los sentenciados, o su respuesta consiste en señalar que la solicitud está en trámite, sin profundizar al respecto.

Uno de los factores que influyen en la complejidad del trámite es que la autoridad reside en el Distrito Federal, por lo que las solicitudes hay que enviarlas a dicho lugar, y esperar a que soliciten los estudios por correo a las autoridades encargadas de los centros de reclusión, a su vez éstos envían por la misma vía los estudios y con ello el trámite se alarga considerablemente, además de que aun ya teniendo los estudios en su poder, el órgano administrativo omite responder la petición, lo que ocasiona que se tenga que acudir al Juicio de Amparo por violación al artículo 8° constitucional, el cual a su vez también tarda en resolverse dado que hay que notificar a la autoridad responsable en su domicilio y nuevamente el correo re-



trasa el trámite. Aunado a lo anterior, cuando la autoridad administrativa contesta la petición, negando la libertad casi siempre, el recurso que se tiene es nuevamente el amparo indirecto, que por las razones ya expresadas va a tardar bastante tiempo en resolverse, por lo que en muchas ocasiones, el reo compurga su pena de prisión, antes de que se resuelva si procedía o no la libertad preparatoria.

Esta problemática consideramos que puede evitarse creando la figura del Juez Ejecutor de Penas, el cual tendría jurisdicción en el lugar donde el sentenciado se encuentra recluido, agilizando con ello el trámite de su solicitud, estableciéndose en la ley los recursos a que tendría derecho el reo en caso de que se le negare el beneficio, es por ello que consideramos que en este aspecto de la ejecución de sentencias, la autoridad debe ser jurisdiccional y no administrativa.

#### **IV. LA REMISIÓN PARCIAL DE PENA**

En el artículo 16 de la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, se contempla la remisión parcial de pena, que consiste en que por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre y cuando el reo observe buena conducta, participe en actividades educativas y revele datos que permitan inferir que está readaptado.

En este caso, el Poder Ejecutivo es el encargado de regular el sistema de cómputo para la aplicación de la remisión parcial de pena, se encarga también de conceder o negar dicho beneficio y de revocarlo, sin ninguna intervención de algún órgano jurisdiccional.

En la práctica este beneficio pocas veces es concedido, y cuando es solicitado por el reo, el trámite adolece de las mismas características que ya señalamos para la libertad preparatoria, por lo que nuevamente estimamos necesario que sea un órgano jurisdiccional, en este caso el Juez Ejecutor de Penas, el encargado de resolver sobre la concesión o no del beneficio, ya que se agilizaría el trámite por las razones ya expresadas anteriormente y se daría mayor certeza jurídica al regularse el trámite y los recursos en la ley.

## V. APLICACIÓN RETROACTIVA DE UNA NUEVA LEY MÁS FAVORABLE

El artículo 14 constitucional contiene la garantía de seguridad jurídica, y consagra el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, lo que implícitamente permite la aplicación retroactiva cuando sea en beneficio del reo.

En materia penal federal, el artículo 56 del Código Penal Federal establece que cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado, señalando que será la autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, quien aplicará de oficio la ley mas favorable.

Este artículo comprende dos hipótesis de aplicación de una ley en forma retroactiva, una es en el caso en el que durante la tramitación de un proceso penal entre en vigor una nueva ley relativa al caso concreto, por lo que si ésta es más favorable procederá la aplicación de la nueva ley, pero si es perjudicial para el procesado, no se le aplicará en forma retroactiva, en ambos casos, la potestad de la aplicación o no de la nueva ley estará a cargo de la autoridad judicial, puesto que es la que tiene a su cargo el trámite de los procesos jurisdiccionales. Una segunda hipótesis es la que puede surgir cuando una persona ya fue condenada y se encuentra cumpliendo una pena o medida de seguridad, y en ese momento entra en vigor una nueva ley, cuya aplicación en forma retroactiva dependerá de las condiciones señaladas en la hipótesis anterior, pero en este caso el artículo en comento establece que será la autoridad que se encuentra ejecutando la sanción, quien aplicará de oficio la ley más favorable, de lo que se obtiene que no será necesariamente la autoridad judicial la que aplique la nueva ley.

En el mismo tenor, el artículo 553 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que la persona que hubiese sido condenada por sentencia irrevocable y se encuentre en los casos de conmutación de sanciones o de aplicación de una ley más favora-

ble, podrá solicitar la conmutación o la aplicación de la ley más favorable a la autoridad jurisdiccional o a la del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que éstas actúen de oficio. En este caso, vemos una sola hipótesis de aplicación retroactiva, que es cuando una persona ya se encuentra sentenciada, pero aquí se faculta al Poder Ejecutivo a pronunciarse sobre una imposición de penas de prisión.

Lo anterior estimo contradice lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, que establece claramente que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y que a las autoridades administrativas sólo compete la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, por lo que si se analiza el contenido del citado artículo 553 del Código Federal de Procedimientos Penales, puede advertirse que en el mismo se está facultando a una autoridad administrativa, esto es dependiente del Poder Ejecutivo, a aplicar sanciones distintas a las que específicamente el artículo 21 constitucional les confiere, pues una pena de prisión o una medida de seguridad derivadas de un proceso penal, no son infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, razón por la que puede advertirse un problema de inconstitucionalidad del artículo 553 del Código Federal de Procedimientos Penales en relación con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En mi función como Defensor Público Federal tuve que enfrentar esta situación de manera frecuente, dado que el día 5 de noviembre de 2003, entraron en vigor las reformas a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en las que destaca la reducción de las penas aplicables para el delito de Portación de Arma de Fuego de Uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacional, previsto en el artículo 83 fracciones II y III de dicha ley, lo que abrió la puerta para que muchos de los sentenciados por este delito, se vieran en la hipótesis de solicitar la reducción de la pena de prisión por aplicación de una nueva ley más favorable y pudieran incluso obtener su libertad.

En efecto, es conveniente mencionar que antes de la reforma

de noviembre de 2003, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos contemplaba en su artículo 83 fracción II, una pena mínima de 5 años de prisión, y la fracción III, establecía una mínima de 10 años de prisión, cuando se portare alguna de las armas previstas en dichas fracciones, lo que de entrada impedía que a los sentenciados, aun con la pena mínima, se les concediera alguno de los beneficios sustitutivos de prisión o de la condena condicional previstos en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, ya que en dichos numerales se establece como requisito principal para la concesión de los beneficios, que la pena de prisión no exceda de cuatro años, lo que daba lugar a que irremediamente los sentenciados por el delito de Portación de Arma de Fuego de Uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacional, previsto en las fracciones II o III, del artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, tuvieran que cumplir las penas de prisión impuestas.

Con fecha 5 de noviembre de 2003, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación las reformas a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, entre las que destacaban la reducción de las penas de prisión previstas en las fracciones II y III del artículo 83 de dicha ley, siendo que ahora la pena mínima de prisión prevista en la fracción II es de tres años, y la pena mínima prevista en la fracción III es de cuatro años, lo que de inmediato dio la posibilidad a los sentenciados por el delito previsto en dicho artículo, de reducir sus penas e incluso de obtener un beneficio sustitutivo de la pena de prisión o bien el de la condena condicional.

Como podemos observar, es evidente que estamos en presencia de una nueva ley más favorable, lo que nos permite solicitar la aplicación de la misma en forma retroactiva, al no ser en perjuicio de los sentenciados, lo que está acorde con el artículo 14 constitucional, y que también actualiza una de las hipótesis previstas en el artículo 56 del Código Penal Federal, siendo que desde ahí podíamos vislumbrar ya un conflicto con el artículo 21 constitucional, pues se faculta a la autoridad que esté ejecutando la sanción a adecuar las penas de prisión.

No obstante que en el artículo 553 del Código Federal de Procedimientos Penales, se facultaba tanto a la autoridad jurisdiccional como a la administrativa a resolver las cuestiones de aplicación de una nueva ley más favorable, al solicitar la reducción de la pena de prisión y la concesión de un beneficio sustitutivo de la prisión, la autoridad jurisdiccional se negaba a concederla, señalando que al ser una sentencia ejecutoriada, correspondía a la autoridad ejecutora de penas, en este caso el Órgano Administrativo Desconcentrado [de] Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública, el aplicar la reforma y adecuar la pena de prisión impuesta.

La autoridad judicial con el argumento anterior pretendía que fuera una autoridad administrativa, distinta de la judicial, la que decidiera sobre las penas de prisión, lo que estimo es contrario a lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, y por ello se plantea la inconstitucionalidad del artículo 553 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Sobre este asunto hubo diversidad de criterios emitidos por los Tribunales Colegiados de Circuito, por lo que tocó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolver la contradicción de tesis, emitiendo la siguiente Jurisprudencia:

**REDUCCIÓN DE LA PENA. LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL REO, AUN CUANDO YA ESTÉ EN EJECUCIÓN LA SENTENCIA, CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUDICIAL (LEGISLACIÓN FEDERAL).** Los artículos 56 del Código Penal Federal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales señalan que la aplicación de la ley posterior que favorece al inculcado o al sentenciado corresponde tanto a la autoridad judicial como a la administrativa que esté ejecutando la sanción penal. Sin embargo, esa aplicación deberá efectuarse de acuerdo a las características materiales del beneficio que la nueva norma concede al reo. Por otro lado, el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece un principio de reserva judicial respecto de la imposición de las penas, el cual constituye

una garantía a favor de los gobernados, en tanto que la restricción de los bienes jurídicos del autor del delito sólo puede ser consecuencia de la función jurisdiccional ejercida por la autoridad judicial competente, pues precisamente por esa reserva judicial los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal disponen que las autoridades jurisdiccionales aplicarán las sanciones y fijarán las penas, lo cual se lleva a cabo a través de la adecuación de la culpabilidad del sentenciado con respecto a los máximos y mínimos establecidos como sanción en las leyes penales. En consecuencia, al entrar en vigor una ley que permita a los sentenciados la reducción de las sanciones impuestas por un delito determinado, su aplicación corresponde a la autoridad judicial, aun cuando ya se esté ejecutando la sentencia, pues la jurisdicción de la autoridad judicial si bien cesa, la misma no se agota, en virtud de que el acto de reducción de la pena tiene relación directa con la facultad de los jueces para imponer las sanciones, porque al modificarse los límites señalados por el legislador para sancionar un delito, necesariamente debe realizarse una adecuación entre lo ya impuesto y lo que entró en vigor, de ahí que no puede considerarse como una cuestión de ejecución de las penas.<sup>5</sup>

Como vemos, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal, determinó que corresponde a la autoridad jurisdiccional el resolver la hipótesis de la aplicación de una nueva ley más favorable, lo que permite también al juzgador conceder el beneficio de la condena condicional que inicialmente hubiere negado por la penalidad aplicable, evitando con ello que sea una autoridad distinta de la judicial la que decida sobre la imposición de las penas de prisión.

No obstante a lo anterior, considero que el hecho de que un mismo tribunal revoque o modifique su propia resolución que ha sido declarada firme, puede afectar la certeza jurídica, por ello es conveniente que sea una autoridad judicial distinta, en este caso el Juez Ejecutor de Penas, quien resuelva y ajuste las penas de prisión, conceda beneficios, etcétera, en el caso de que en el transcurso del

---

<sup>5</sup> Tesis de jurisprudencia 174/2005. Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de fecha treinta de noviembre de dos mil cinco.

cumplimiento de una sentencia surja una nueva ley más favorable, ya que ello no afectaría la certeza jurídica de las resoluciones judiciales y tampoco le daría a una autoridad no jurisdiccional la facultad de intervenir en casos de esta naturaleza.

## VI. EL JUEZ EJECUTOR DE PENAS

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la función del juez es mínima en el período de ejecución de sentencias, quedando a cargo de un órgano del Poder Ejecutivo la mayor parte de los actos que se presentan en esta etapa. Lo anterior ha dado lugar a una gran lentitud e ineficiencia en la aplicación de las normas relativas a la ejecución de las sentencias, ya que los trámites burocráticos entorpecen la aplicación de la norma, afectando con ello la libertad de las personas que han sido privadas de su libertad, ocasionando también la saturación de los reclusorios de nuestro país.

Por lo anterior, considero necesario que se reforme nuestro sistema de justicia penal, a efecto de que se cree la figura del Juez Ejecutor de Penas, quien sería un órgano del Poder Judicial encargado de resolver las cuestiones legales que surjan durante la ejecución de las sentencias penales.

Una de las propuestas sobre la cual hemos insistido es que para superar los rezagos y el deterioro del sistema penitenciario nacional, es necesario derogar el marco jurídico vigente, para dar paso a una nueva legislación. En la base de este nuevo andamiaje jurídico se encuentra la propuesta concreta de separar los aspectos administrativos con que en la actualidad se manejan y conducen las prisiones en México, de la parte que corresponde al cumplimiento llano de las penas impuestas por los jueces sentenciadores, que también está a cargo hoy de la autoridad administrativa, tanto en el fuero federal como en el fuero común. La parte fundamental de una nueva legislación se vincula con la derogación en el nivel federal de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, para sustituirla por un Código Federal de Ejecución de Sanciones, en donde un nuevo actor

tiene participación importante: el Juez de Ejecución de Penas.<sup>6</sup>

La figura del Juez Ejecutor de Penas la podemos encontrar en el Derecho Comparado, así podemos encontrarla en los países que integran la Unión Europea, como consecuencia de las Normas Mínimas Europeas, aprobadas en enero de 1973 y revisadas en febrero de 1987 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En España se le denomina como juez de vigilancia penitenciaria, y en América Latina son once los países que cuentan con jueces de ejecución de penas, los cuales son: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y Perú.

Cabe mencionar que existe una iniciativa de reforma al sistema de justicia penal, presentada por el anterior titular del Poder Ejecutivo Federal ante el Poder Legislativo, que contempla entre otras reformas, la creación de una Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales y la creación de la figura de Juez de Ejecución o Juez de Distrito en materia de Ejecución de Sanciones Penales, iniciativa que sigue en comisiones de la Cámara de Diputados y que todo parece indicar que seguirá ahí indefinidamente.

Es conveniente precisar que la figura del Juez Ejecutor de Penas que proponemos, no pretende arrebatarle al Ejecutivo la readaptación del sentenciado, ya que ello debe seguir en sus manos, esto es, queda a su cargo la implementación de los programas adecuados que logren la efectiva readaptación social de los reos, así como su vigilancia, capacitación, atención, etcétera, la organización del sistema penitenciario sigue siendo responsabilidad del Poder Ejecutivo, en términos del artículo 18 constitucional, pero, como ya hemos visto, en la ejecución de las penas surgen cuestiones que atañen a la autoridad judicial y que no deben ser resueltas por un órgano de naturaleza administrativa.

De esta forma, proponemos que sea el Juez Ejecutor de Penas quien se encargue de conceder o no los beneficios de la libertad

---

<sup>6</sup> Rivera Montes De Oca, Luis, "Jueces ejecutores de penas en el Estado de México", en *El Mundo del Abogado*, México, Año 7, núm. 72, Abril 2005, páginas 40 y 41.



preparatoria y de la remisión parcial de pena, para que ello no quede a la discrecionalidad de los directores de los reclusorios y autoridades penitenciarias, sino que ellos sólo se encargarían de remitir al juzgador los informes acerca de la conducta observada durante la reclusión, el cómputo de días laborados, los estudios de personalidad, etcétera, instrumentos que el juzgador valorará para emitir su decisión, con procedimientos y plazos plenamente establecidos en una ley o código, para dar una mayor certeza a los sentenciados.

Igualmente serían los Jueces Ejecutores de Penas quienes resolverían sobre la aplicación de una nueva ley más favorable en beneficio de los sentenciados, pudiendo conceder la condena condicional o la reducción de la pena de prisión impuesta, o el compurgamiento simultáneo de las penas de prisión, sin que sea una autoridad administrativa o el juez del proceso quienes tengan que pronunciarse al respecto.

Pero vamos más allá, como hemos señalado que al Ministerio Público le importa muy poco la situación de las personas que han sido condenadas a purgar una pena de prisión, se debe reformar el Código Federal de Procedimientos Penales, para que sea el Juez Ejecutor de Penas quien conozca del exacto cumplimiento de las sentencias, investigue y proceda en casos de abusos o malos tratos en contra de los reos, ya que actualmente estos se encuentran indefensos ante las autoridades penitenciarias; proponemos que sean estos jueces quienes revisen las sanciones disciplinarias que muchas veces injustamente imponen los directores de los reclusorios, dándole facultad al juzgador para poder revocarlas, de la misma forma serían estos jueces quienes resolverían las solicitudes de traslado de los sentenciados a reclusorios cercanos a sus domicilios, dando así una mayor seguridad a los mismos, puesto que en la actualidad, pese a que se encuentran a disposición del órgano del Poder Ejecutivo Federal, los reos continuamente son reubicados por las autoridades estatales, quienes carecen de dicha facultad.

Resulta a todas luces benéfico en nuestra realidad de hoy, terminar con la discrecionalidad de la autoridad administrativa encar-

gada de la ejecución de sentencias, dejándose tal responsabilidad al juez de ejecución de penas, quien además de ser un especialista del derecho penal y procesal penal, deberá ser un amplio conocedor de los aspectos criminológicos y penitenciarios, para garantizar que la gran reforma propuesta para el sistema penitenciario nacional cumpla con sus objetivos.<sup>7</sup>

Es así como podemos afirmar que la creación de un Juez Ejecutor de Penas, dará certidumbre jurídica a la ejecución de las sentencias penales, buscando que los Poderes Ejecutivo y Judicial actúen dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, sin que interfieran ilegalmente en las funciones del otro, como hemos visto que sucede actualmente, así se evitará que la burocracia administrativa perjudique a las personas que hayan sido sentenciadas por un órgano de justicia penal, y las normas relativas a la ejecución de las sentencias sean cumplidas cabalmente por la autoridad jurisdiccional, como debe de ser.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Díaz De León, Marco Antonio, *Código federal de procedimientos penales comentado*, sexta edición, México, Porrúa, 2001.

Jiménez Martínez, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, México, Porrúa, 2004.

Rivera Montes De Oca, Luis, "Jueces ejecutores de penas en el Estado de México", en *El Mundo del Abogado*, México, Año 7, núm. 72, Abril 2005.

——— *Juez de ejecución de penas*, México, Porrúa, 2003.

---

<sup>7</sup> Rivera Montes de Oca, Luis, *Juez de ejecución de penas*, México, Porrúa, 2003, página 46.



## La inconstitucionalidad de la prueba indiciaria prevista en el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales

José Raymundo Cornejo Olvera\*

“Supremæ Legis servi sumus ut liberi esse possimus”  
(Somos siervos de la Ley suprema para que podamos ser libres)

En el presente trabajo se propone usar el método deductivo, esto es, partir de lo general a lo particular, así es que a fin de demostrar la inconstitucionalidad del artículo 286 del Código Adjetivo Penal Federal, empezaremos con un breve recorrido por el artículo 14 de nuestra Carta Magna, que a la letra señala:

*“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

*Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

*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.*

*En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.*

---

\* Defensor Público Federal.

Dicho precepto constitucional, es uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento jurídico mexicano. En él se contienen cuatro de las más importantes garantías de seguridad jurídica, a saber:

- 1.- La irretroactividad de la ley;
- 2.- La de audiencia;
- 3.- La de legalidad en materia penal; y,
- 4.- la de legalidad en materia civil.

Por otro lado en fecha 30 de agosto de 1934 se llevó a cabo la publicación del Código Federal de Procedimientos Penales, con las formalidades de ley, señalando lo siguiente:

*“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”.*

Y ante ese “más o menos” es que se considera que no se puede válida y legalmente permitir la valoración de la prueba indiciaria en una causa penal, ya que en teoría la ley debe estar redactada en tal forma que especifique sus elementos respectivos y que sean claros, precisos y exactos, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y requisitos, para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado; por otro lado se puede decir que la garantía de audiencia, consiste en la defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del Poder Público que tiendan a privarlo de sus derechos. La integran, a su vez, cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, que son: a) la de que en contra de la persona a quien pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional, se siga un juicio; b) que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; c) que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento; y, d) que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho.

A fin de determinar qué debe entenderse por formalidades esenciales del procedimiento nos puede ilustrar el siguiente criterio

jurisprudencial emitido por nuestro máximo Tribunal:

*Tesis P./J. 47/95, consultable en la página 133, del Tomo II, del mes de diciembre del año 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro: 200,234, que a la letra dice:*

*“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 Constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga ‘se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento’. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado”.*

De lo que se deduce, con base en la tesis antes transcrita, los cuatro requisitos que se señalan para garantizar la defensa adecuada: -la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en que se finque la defensa, la posibilidad de alegar y el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas-, constituyen en sí mismos parte de la garantía de audiencia, que no se pueden dar uno aislado del otro, porque son elementos sine qua non, esenciales e insustituibles, que constituyen el marco de actuación de las autoridades; y cuando cualesquiera de estos cuatro requisitos se ve afectado o se omite, se violenta en esencia el principio de seguridad jurídica que tutela la Constitución. De lo anterior se sigue que las formalidades esenciales del procedimiento, son aquellas que resultan necesarias e indis-

pensables para garantizar una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo, de tal suerte que su omisión o infracción produzca de alguna manera indefensión al afectado o lo coloque en una situación que afecte gravemente su defensa.

En la especie, ante la aplicación por parte de los tribunales del artículo que se señala de inconstitucional, se considera que la prueba circunstancial (que no es directa en forma alguna y que no debe considerarse para hacer prueba plena) no garantiza una adecuada y oportuna defensa, y por ello se sitúa en el cuarto de los requisitos enunciados, es decir, en la seguridad de que los tribunales de instancia analicen razonadamente todas y cada una de las pruebas de cargo y descargo que puedan influir en la condena, a la luz de un sistema de valoración que con su sola aplicación vulnera el principio de seguridad jurídica.

Por otro lado es tan grande y generosa la garantía de audiencia, la cual constituye un derecho de los particulares, no sólo frente a las autoridades judiciales y administrativas, las que en todo caso deben ajustar sus actos a las leyes aplicables, sino también frente a la autoridad legislativa, de tal manera que ésta queda obligada a cumplir el expreso mandato constitucional, a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé la oportunidad de defenderse, en todos aquellos casos en que puedan resultar afectados sus derechos, lo que significa que toda ley secundaria debe instituir los mecanismos de defensa u oposición al potencial acto privativo y la probatoria.

El reconocimiento de la garantía de defensa, en materia de prueba, se traduce en el otorgamiento de una serie de facultades, entre las que destacan:

- 1º) la apertura de un término probatorio suficiente;
- 2º) la propuesta de los medios de prueba;
- 3º) la admisión de los medios de prueba propuestos;
- 4º) el desahogo de la prueba admitida; y
- 5º) que la prueba practicada sea valorada debidamente.

Lo que en la práctica no sucede así ya que se repite, la frase

“mas o menos necesario” es lo que se estima causa perjuicio a nuestros defendidos al ser el mismo un concepto impreciso, oscuro, inexacto y subjetivo, lo anterior es así porque la garantía en comentario, impone la obligación al legislador de no emplear frases ambiguas al redactar leyes en materia penal que den lugar a confusión en cuanto a su aplicación o que en su caso disminuya la garantía seguridad jurídica del sujeto ya que, en la citada disposición secundaria el legislador aunque recoge la tradición que ha existido en el sistema procesal mexicano en relación con el sistema de libre apreciación de la prueba, en el cual, se otorgan facultades al juzgador para que haga una valoración personal y concreta del material probatorio, y establece como requisito obligado que exponga los razonamientos que haya tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba, sin embargo se estima que lo anterior se debe realizar ante la existencia de un “enlace lógico y natural necesario” entre la verdad conocida y la que se busca conocer, lo anterior teniendo en cuenta que a la materia sustantiva penal regula el principio de “la exacta aplicación de la ley” cubriendo también con su manto protector a la diversa materia penal adjetiva, se llega a la conclusión de que la frase “mas o menos” inserta en el artículo analizado es inconstitucional porque en materia penal no puede haber un enlace lógico y natural mas o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca para acreditar la materialidad del delito, la identificación del culpable o las circunstancias del acto incriminado, esto es así primero porque en materia penal se restringen entre otros derechos subjetivos la libertad de las personas (que después de la vida, se considera como el bien jurídico tutelado más valioso que tenemos), además porque con la indebida redacción de este artículo, el cual se procede a impugnar de inconstitucional vía de amparo indirecto, se destruye el principio universal *in dubio pro reo* el cual ha sido reconocido y aceptado por nuestro país al ratificar el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 20 de mayo de 1981, así como al ratificar la CONVENCIÓN AMERICA-



NA SOBRE DERECHOS HUMANOS publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 7 de mayo de 1981, los cuales conforme al artículo 133 de nuestra Constitución son ley suprema.

Retomando, el principio in dubio pro reo tiene aplicación en el ámbito probatorio, en específico en la valoración de las pruebas que se lleva a cabo en la sentencia emitida por el juez, y por ende no se puede válidamente separar ambas materias la procesal y la penal negando la GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL en disposiciones de carácter procesal, a fin de ilustrar lo anterior se cita la siguiente tesis pronunciada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

*Tesis aislada P. IX/95, consultable en la página 82, del Tomo I, del mes de mayo del año 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro 200,381, que a la letra dice:*

*EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.*

Es cierto que el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece el método de valoración de los medios de prueba aportados y admitidos en el proceso penal, consistente

en que el juzgador debe apreciar en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos prueba plena, 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. Lo cual crea el sistema de la valoración de la prueba circunstancial, es decir, de aquellas que no se acogen como propias del legislador –jure et de jure o juris tantum– sino que provienen de la experiencia humana, que aplicada a cada caso concreto, *en teoría*, permitirá alcanzar el conocimiento de un hecho desconocido a partir de un hecho conocido, cuando entre ambos exista un vínculo lógico de tal índole que conduzca a afirmar, sin albergar dudas, que demostrado uno se hallará demostrado aquel que se desconoce.

Sin embargo, se considera que lo anterior viola la garantía de la exacta aplicación de la Ley en materia penal, consagrado en el artículo 14 Constitucional, ya que con ese enlace lógico y natural “más o menos necesario”, permite que surja la duda y la inseguridad y que por ello el gobernado no cuente con certidumbre jurídica y más aun ya que la ley no puede ser más subjetiva al señalar que el Tribunal apreciará en “conciencia”, y si bien es cierto que el juzgador realiza su principal función usando esa “conciencia”, también lo es que debe hacerlo en base a los medios objetivos que obren en el proceso y con todo respeto, se considera tremendamente injusto que el Juez o Tribunal en su caso, puede valerse de la prueba circunstancial para decidir sobre la probable responsabilidad penal de una persona destruyendo el principio de que a toda persona debe tenérsele como inocente mientras no se demuestre lo contrario. Es cierto que se puede argumentar en contra que sin usar la prueba circunstancial se fomentaría la impunidad de los delitos, pero entonces ¿dónde quedaría el principio universal de IN DUBIO PRO REO reconocido implícitamente por nuestra Carta Magna?

En relación a lo anterior señalo la siguiente tesis pronunciada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

*Tesis aislada P. XXXV/2002, consultable en la página 14, del Tomo XVI, del mes de agosto del año 2002, del Semanario Judicial de la Fed-*

ración y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro 186,185, que a la letra dice:

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema

*previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.*

En ese orden de ideas, las reglas fundamentales a que se somete la prueba circunstancial son:

a) Que se encuentren probados los hechos de los cuales se derivan presunciones.

b) y que exista un enlace natural *más o menos* necesario entre la verdad conocida y la que se busca.

Con lo que el mecanismo de la presunción es una labor deductiva que se funda en un juicio de probabilidad cualificada sobre el enlace o el nexo entre un hecho y otro. Y al resolverse un asunto en materia penal no se debe resolver en probabilidades, sino con base en certezas. Y es esta situación de *más o menos* la que se considera que es ilegal porque *más o menos* no podría ser *más* subjetiva la ley y por ello el grave riesgo que sufre el procesado ante su inminente aplicación.

Hay algunos tratadistas que doctrinariamente consideran a la prueba circunstancial como la reina de la pruebas, (al desecharse la confesión si no esta robustecida por otros medios de prueba) porque la facultad discrecional concedida al juzgador, no debe ser absoluta ni arbitraria, ya que debe de subordinarse a la lógica jurídica y a la correcta apreciación de los hechos, *más o menos* apoyándose en la inferencia o el razonamiento y tiene como punto de partida hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, el suscrito no comparte

esa opinión en el sentido que la prueba circunstancial deba ser considerada como la reina de las pruebas, y a su vez ¿dónde queda la que realmente debe ser considerada la verdadera reina de las pruebas? Me refiero a la inspección ocular que realizada con las formalidades de ley es la reina de las pruebas y basado en el principio “QUOD OCULUS VIDENT NEMOR FIDELITER NEGAT” (lo que el ojo ve nadie puede fielmente negar).

Además, el artículo 286 analizado que instituye la prueba indiciaria no deja de ser inconstitucional porque el diverso artículo 290 del Código Penal Federal, imponga la obligación a los juzgadores de exponer las razones que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba, ello es así porque ante “*el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca*” el juzgador no tiene la obligación de cerciorarse al realizar la operación lógico-deductiva que conduce a la conclusión buscada, que exista un enlace preciso y directo entre aquellas (*la verdad conocida y la que se busca*) y por eso no basta que para darle eficacia convictiva plena a la prueba circunstancial el juzgador analice el cúmulo total del material probatorio agregado a la causa y las relaciones existentes entre los hechos probados y la verdad buscada, toda vez que basta únicamente que exista entre aquellos y esta, un *enlace lógico y natural más o menos necesario* para que sean considerados prueba plena.

Por lo anterior ese precepto legal que se considera inconstitucional y que permite a los tribunales apreciar en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena, 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, viola la garantía de audiencia establecida por el artículo 14 Constitucional, en su modalidad de formalidades esenciales al procedimiento.

Al respecto cabe señalar que al usar la prueba indiciaria para motivar su actuación, las autoridades responsables prácticamente ya este emitiendo un preludio de la sentencia condenatoria que sería dictada a nuestros defensos, lo cual los deja en estado de inde-

fensión, al no valorarse las demás pruebas, datos, e indicios que obren a favor de nuestros representados, por lo que se señala la inconstitucionalidad de la prueba indiciaria usada en contra de nuestros patrocinados y por ende se les priva de cualquier posibilidad de tener una adecuada defensa ya que desde el momento en que se usa la prueba indiciaria que se sustenta en el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales para confirmar un auto de formal prisión, prácticamente se le esta dando el rango de prueba plena, en ese caso resultaría ocioso y hasta inútil llevar un proceso en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento que ya se han hecho alusión, ya que bajo esa óptica, no importa que haga la defensa del procesado o quejoso, ya que con lo anterior y se repite al dársele rango de prueba plena a la indiciaria o circunstancial se esta sentenciando condenatoriamente de antemano a cualquier persona, no importando lo que haya podido hacer o haga para ejercitar su derecho a la adecuada defensa.

Así mismo, el artículo 16 Constitucional al efecto establece en el párrafo primero: *“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”*; por las razones ya expuestas, se demuestra que dicho numeral 286 del Código Federal de Procedimientos Penales es inconstitucional y por ende dicho artículo al violar el artículo 14 Constitucional como ya se ha planteado, también por lo tanto viola el artículo 16 Constitucional que resguarda el marco de legalidad y seguridad jurídica a que tenemos derecho como gobernados, ya que es obvio que las palabras *“más o menos”* que tanto se han hecho alusión con anterioridad, se repite, violan el marco de seguridad jurídica que resguarda el artículo 16 Constitucional, ahora bien, por otro lado y a través de un análisis lógico jurídico y como lo señala el maestro EDUARDO GARCÍA MAYNEZ en su libro *Introducción a la Lógica Jurídica* y a través de los principios de la lógica se demostrará la validez de mi argumentación señalando la inconstitucionalidad del artículo 286 del Código Adjetivo Federal

en la materia que nos ocupa, tenemos entonces que el principium contradictionis, o sea el principio lógico jurídico de contradicción enseña que dos normas de derecho contradictorias entre sí no pueden ambas ser válidas, al mismo tiempo, espacio y aplicación personal, esto es, que dos juicios enunciativos se contradicen cuando teniendo cualidades opuestas tienen en lo demás una idéntica significación, de manera que atribuyan al mismo tiempo positiva y negativamente de un mismo objeto-sujeto una misma cuestión objetiva, resultando que en los dos juicios enunciativos no pueden cumplirse válidamente ambos, uno debe ser cierto y otro falso. Aplicando lo anterior al estudio de la constitucionalidad del artículo 286 del Código Federal de Procedimientos penales nos encontramos con un primer juicio enunciativo que son las garantías individuales que consagran los artículos 14 y 16 Constitucionales a favor de los justiciables y que es un juicio válido y por otro lado nos encontramos lo señalado por el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales y la parte en que señala “*más o menos*” y dicho enunciado que también pretende ser válido, pero que sin embargo si se aplica el principio de contradicción ya señalado con anterioridad nos damos cuenta que este segundo enunciado referente al multicitado numeral motivo del presente trabajo, es inconstitucional ya que no puede sostener su validez ante el primer enunciado positivo que señalan las garantías individuales que consagra la Constitución, esto tomando en cuenta las razonamientos ya vertidos. A fin de demostrar que dicho artículo no debe prevalecer sobre la norma constitucional y de acuerdo también a lo dispuesto por el artículo 133 Constitucional, lo anterior, se puede sintetizar en un silogismo donde la premisa mayor sean las garantías individuales consagradas en los numerales 14 y 16 Constitucionales y como premisa menor el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos penales y lo que nos acarrea como conclusión la violación de las garantías individuales de nuestros defendidos, al ser aplicado dicho numeral que se considera viola las garantías de exacta aplicación de la Ley en materia penal y las de legalidad y seguridad jurídica con-

gradas en los artículos constitucionales ya señalados, sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis jurisprudencial:

Tesis aislada, consultable en la página 39, Tomo 62 Sexta Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito con número de registro 255,644, que a la letra dice:

**GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS.** *Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catalogo rígido, invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al Constituyente al establecerlos. De lo contrario, se desvirtuaría la función esencial de las garantías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de su derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió establecer en el país. No sería posible aplicar en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante, rigorismos literales de normas que contienen principios e ideas generales, pero que no pudieron siempre prever necesariamente las consecuencias de dichos principios.*

En otro orden de ideas, nos encontramos que los jueces a fin de justificar el uso casi indiscriminado de la prueba indiciaria normalmente reconocen que el dolo como elemento subjetivo del injusto de primordial forma se acredita con la confesión del Sujeto activo, y si se sostiene la anterior posición y se tiene la filosofía de usar la prueba indiciaria para inexorablemente decretar, confirmar la formal prisión o dictar sentencia condenatoria en contra de los gobernados según sea el caso, entonces queda destruido el principio universal de presunción de inocencia y el principio universal de IN DUBIO PRO REO, ya que bajo esa política prácticamente a cualquier persona se le puede aplicar la prueba indiciaria o circunstancial y así sentenciarlo o confirmar la formal prisión como es el caso



en concreto, y no se considera válido que se pueda argumentar en contra de lo anterior, que ir contra del sistema de la prueba indiciaria sería fomentar la impunidad, ya que entonces se repite se destruyen los principios fundamentales y universales ya comentados, y no tendría caso ni siquiera ya realizar un proceso para resolver sobre la responsabilidad penal o no de cualquier persona.

También las autoridades al usar la prueba indiciaria violan en perjuicio del procesado o quejoso la garantía de defensa adecuada prevista en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, la cual señala:

“Art. 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

[...]IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

[...]”

Lo anterior es así, porque el artículo 286 del Código Federal de Procedimiento Penales que se tacha de inconstitucional, invierte la carga de la prueba (principio constitucional acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos), obligando al defendido a probar un hecho negativo, para poder restarle eficacia probatoria a la prueba indiciaria que podría emplear el juez de instrucción al emitir la sentencia de primera instancia, lo cual convierte en nugatoria la garantía de defensa adecuada ante la imposibilidad material de probar un hecho negativo, y consecuencia al violar el artículo 14 párrafo segundo de la Constitución en la modalidad previamente planteada es que también se conculca en perjuicio de nuestros re-

presentados la garantía prevista en la fracción IX del Apartado A del artículo 20 Constitucional.

Sin embargo, hay luz al final del túnel y el panorama no es tan tétrico, en nosotros está el ayudar a cambiar las cosas, a manera de ejemplo y tras varios amparos interpuestos por el suscrito, y una larga lucha jurídica, me permito transcribir la resolución pronunciada en el toca penal 255/2006 por el Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Vigésimo Primer Circuito, quien viéndose obligado a dar cumplimiento a la ejecutoria del Amparo en revisión 295/2006 emitida por los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del mismo Circuito, derivado del Amparo Indirecto penal 10/2006 radicado en el Segundo Tribunal Unitario del mismo Circuito, realizando aquel un estudio del elemento subjetivo llamado dolo en el delito CONTRA LA SALUD en su modalidad de TRANSPORTE en el resultando SÉPTIMO, estableciendo lo siguiente:

[...] "SÉPTIMO.- Ahora bien, del análisis de la ejecutoria de amparo que se cumplimenta, se advierte que en la foja doscientos cuarenta y uno, se arriba a la conclusión siguiente: [...] "En consecuencia, si los argumentos expuestos por la responsable en los términos destacados, no están basados en elementos objetivos, para evidenciar la existencia del dolo, en la comisión del delito atribuido al hoy quejoso [...], en el sentido que sabía que transportaba marihuana en el interior de la cajuela del vehículo que conducía en las circunstancias de modo, tiempo y lugar descritos en párrafos anteriores, porque de las consideraciones que expone, sólo se advierte que se concretó a reseñar partes sustanciales del parte informativo, su ratificación ministerial por los elementos captores, así como la declaración del amparista, entre otros, sin que de tales pruebas lograra establecer de manera objetiva, la forma que justifican el conocimiento por parte de aquél, que efectivamente era droga, pues contrario a lo estimado, no basta que de esos elementos probatorios se obtenga lo relativo a la realización de la acción de transporte, por el quejoso y otros, al igual que las condiciones de tiempo, lugar y circunstancias en que ocurrió su aseguramiento por los elementos aprehensores para estimar

acreditado que aquél, haya conducido un vehículo con conocimiento que en él se transportaban cuatro paquetes confeccionados con cinta canela y plástico transparente conteniendo el estupefaciente fedatado, para considerar acreditada su probable responsabilidad en la modalidad de transporte del enervante objeto del delito contra la salud, pues el aludido extremo requería su comprobación con elementos objetivos que al efecto aportara el Agente del Ministerio Público de la Federación, atento al principio de presunción de inocencia, recogido implícitamente en la Constitución Federal, porque de acuerdo a las consideraciones expuestas, en el parte informativo, su ratificación ministerial por los elementos captadores, como lo manifestado por los inculcados, al igual que la fe ministerial de la marihuana de mérito y el dictamen con el que se determinó su naturaleza de estupefaciente, “(no son)” suficientes para justificar que el hoy quejoso[...], tenía conocimiento que transportaba la droga afecta al proceso.- Es aplicable en relación con lo anterior la Tesis sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el disco óptico IUS 2005, cuyos datos y rubro son: Registro número Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Agosto de 2 Página: 14, Tesis: P.XXXVI2002, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal, “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. (se transcribe)

De lo transcrito se patentiza que la conducta desplegada por el encausado[...], carece del elemento subjetivo del dolo, en la comisión del delito CONTRA LA SALUD, en la modalidad de TRANSPORTE DE MARIHUANA, previsto y sancionado por el artículo 194 fracción I del Código Penal Federal, que la Representación Social de la Federación le atribuye.

Resulta pertinente precisar que la figura del dolo es definida en el párrafo primero del artículo 9º del Código Penal Federal, en los términos siguientes:

“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y”[...]

El precepto transcrito prevé lo que en dogmática se conoce como dolo directo y dolo eventual, la primera forma de dolo es la que aquí interesa, y esta se integra a su vez por dos elementos:

- 1.- El conocimiento de los elementos del tipo penal, y
- 2.- Querer o aceptar la realización del hecho previsto como delito.

En relación con el concepto de dolo directo y sus elementos, Francisco Muñoz Conde, en su obra intitulada *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia España 2002, páginas doscientos setenta y nueve a doscientos setenta y uno, expone:

...“En ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo.

El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Este concepto unitario de dolo no es, sin embargo, fácilmente aplicable en algunos casos límite entre dolo y la imprudencia en los que tanto el elemento cognitivo, como el volitivo quedan desdibujados o son difícilmente identificables; pero se puede mantener que tanto el conocimiento como la voluntad son los elementos básicos del dolo, sin perjuicio de hacer las necesarias matizaciones en la exposición de ambos conceptos”...

De la definición de dolo aquí propuesta, se deriva que el dolo está constituido por dos elementos uno intelectual y otro volitivo.

a) Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Es decir, ha de saber, por ejemplo, en el homicidio que mata a otra persona; en el hurto, que se apodera de una cosa mueble ajena; en los abusos sexuales, que el sujeto pasivo está privado de sentido o que es menor de 13 o de 16 años, etc.

El conocimiento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.

El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, pues no basta uno meramente potencial. Es decir, el sujeto ha de saber lo

que hace, no basta con que hubiere debido o podido saberlo.

b) *Elemento volitivo.* Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además querer realizarlos.

En este orden de ideas, Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, en su obra *Lecciones de Derecho Penal*, 1ª edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997, volumen II, página sesenta y tres, mencionan:

[...]“4.4. El contenido del dolo. De acuerdo con la definición de dolo que se ha dado anteriormente se puede distinguir en el dolo un elemento cognitivo y un elemento volitivo. Por tanto, se integran en el dolo el conocimiento de la situación y la voluntad de realizarla”[...]

En el artículo 9º del Código Punitivo Federal, el elemento cognitivo se desprende de la frase ‘conociendo los elementos del tipo penal’, mientras que el elemento volitivo, se advierte cuando se dice en ese mismo precepto como frase consecutiva el que ‘quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley’.

Así, la comprobación del dolo requiere, necesariamente, la acreditación de que el sujeto tiene conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece:

[...]“La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los elementos probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culpable del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”[...]

Como se ve, el legislador ubicó al dolo como una forma de culpabilidad, que es el juicio de reproche que se le hace al responsable del delito.

Conforme a lo expuesto, en el caso, para acreditar el dolo en la comisión del delito contra la salud en su modalidad de TRANSPORTE DE MARIHUANA, previsto y sancionado por el artículo 194 fracción I del Código Penal Federal, es menester probar que el agente del delito tenía una posesión consciente y voluntaria, entre otros, de la existencia de la marihuana (objeto material).

En el ámbito del derecho procesal, precisamente en la materia de prueba, debe tomarse en consideración que el dolo es un elemento subjetivo, que como tal atañe a la psique del individuo, de ahí que, en primera instancia, la prueba idónea para acreditarlo sea la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial.

[...]De lo anterior válidamente se concluye, que con tal medio de prueba, no se demuestra que el inodado[...], tuviese una posesión consciente y voluntaria, entre otros elementos, de la existencia de la marihuana (objeto material), para que pudiese estar demostrados los dos elementos del dolo, esto es, el elemento intelectual y el volitivo, que la figura en mención necesariamente requiere, en razón de que lo (sic) agentes policiacos se concretaron a narrar las incidencias que imperaron en el hallazgo y aseguramiento del estupefaciente, así como la detención de entre otros del encausado de que se trata, de tal forma que lo depuesto por los aprehensores no puede considerarse un indicio que lo incrimine como el individuo que dolosamente haya perpetrado la conducta antijurídica que le reprocha la Representación Social de la Federación.

[...]

Lo importante en este caso, es que de las declaraciones de los encausados[...]no se desprenden indicios que revelen que el inodado[...], tuviese conocimiento de la existencia del estupefaciente en el lugar donde fue localizado por los elementos de la Agencia Federal de Investigación.

Adicionalmente a ello, se advierte que el vehículo que conducía el encausado[...], está destinado a la prestación de un servicio público, por lo que válidamente se infiere que el encausado fue contratado para trasladar a sus coacusados[...], de lo que también resulta lógico estimar que no estaba facultado para revisar las pertenencias de quienes solicitan sus servicios.

Sin que obste, el criterio plasmado en la tesis intitulada “CONFESIÓN, FALTA DE”, ya que la hipótesis que contempla, es que del conjunto de circunstancias que obren de las pruebas de cargo, se desprenda una presunción en perjuicio de algún inculpado, quien debe probar en contra, y no simplemente negar los hechos, al dar una explicación no

corroborada con prueba alguna; de ahí que, de los medios de convicción destacados no se desprenda ningún indicio que permita involucrar al inodado[...], en los hechos que le atribuya la Fiscalía de la Federación, porque no obstante que quedó probado que fue detenido cuando conducía el vehículo de motor en el que fue localizado el estupefaciente, también lo es que de esos medios de prueba no se acredita su participación en el injusto penal que se le recrimina, dado que de las pruebas que integran la averiguación previa que se consignó ante la Juez de Distrito, no existen datos de prueba que revelen que [...] estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia del enervante, esto al tomarse en cuenta que sus coacusados no formulan ningún señalamiento en su perjuicio, sobre la participación en el delito contra la salud en comento.

Al tenor de las consideraciones que anteceden, se debe concluir que para tener por demostrada la acción dolosa que se atribuye al encausado[...] es necesario establecer con los elementos de prueba que se allegaron al proceso natural, el conocimiento por parte de aquél, respecto de la existencia de la droga en la cajuela del automóvil que era conducido por éste, lo cual, como se destacó, tal extremo no se justificó, por consiguiente, se preconiza que en el caso, no se probó el elemento subjetivo del dolo sobre el actuar de [...] en la comisión del antisocial de que se trata; ello acorde con el contenido de la tesis que se invoca en la ejecutoria que se cumplimenta, sustentada por la Primera Sala, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el disco óptico IUS 2005, donde aparece con los datos, rubro y texto siguientes: No. Registro: 175,605; Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Marzo de 2006, Página: 206, Tesis: 1ª. CVI/2005, Tesis aislada, Materia(s): Penal, del rubro: "DOLO DIRECTO. SUS ELEMENTOS", que se tiene por reproducida en este apartado, aunado a que se tiene en cuenta que la carga de probar los elementos del delito imputado al inodado de mérito, así como la probable responsabilidad penal en su comisión corresponde al Ministerio Público de la Federación, dado que el procedimiento penal se rige por los principios del debido proceso y el acusatorio, y conforme a este último es obligación del órgano técnico justificar plenamente tales

*extremos constitucionales; lo expuesto encuentra sustento en la tesis P. XXXV/2002, visible en la Página 14 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XVI, Agosto de 2002, No. Registro: 186,185, Instancia: Pleno, Materia(s): Constitucional, Penal, Novena Época, del tenor siguiente:*

**“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.-**

## CONCLUSIÓN

Es inconstitucional el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales al señalar el mecanismo de la prueba indiciaria, ya que su acreditación requiere de un uso “más o menos” lógico jurídico entre la verdad que se busca y la conocida, lo cual ese significado en la ley es totalmente abstracto y subjetivo, contrario al principio de seguridad y legalidad jurídica, principios consagrados en el artículo 16 Constitucional, sin olvidar que ese “más o menos” a su vez viola el principio de exacta aplicación de la ley penal señalado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

En base a todo lo anteriormente señalado es en su caso recomendable, que como Defensores Públicos Federales nos encontremos en la aptitud de inmediato atacar de inconstitucional en vía de amparo indirecto en materia contra leyes la inconstitucionalidad del artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, que regula el uso de la prueba indiciaria, normalmente usada “a diestra y siniestra” por los Jueces de Distrito al decretar la formal prisión como prelude de una sentencia adversa a nuestros defendidos, me permito señalar y ya para acabar me permito manifestar “*que es fácil sentenciar condenatoriamente hasta el más santo de los hombres usando la prueba indiciaria*”.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Alvarez y De Alba, Horacio, *El amparo contra leyes*, ed. Trillas, México, 1989.



Arellano García, Carlos, *Práctica Forense del Juicio de Amparo*, ed. Porrúa, 9ª edición, México, 1995.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, ed. Porrúa, 30ª edición, México, 1992.

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales del Derecho Penal*, ed. Porrúa, México, 1988.

Del Castillo Del Valle, Alberto, *El Amparo Penal Indirecto Grandezas y Desventuras*, ed. Herrero, México, 1995.

García Ramírez, Efraín, *Análisis Jurídico del delito contra la salud*, ed. Sista, México 1999.

López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, ed. Porrúa, 9ª edición, México, 2001.

Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, Tomos I y II, ed. Porrúa, 5ª edición, México, 1997.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito*, ed. Porrúa, 3ª edición, México, 1996.

Osorio y Nieto, César Augusto, *Delitos Federales*, ed. Porrúa, México 1998.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, ed. Porrúa, 11ª edición, México, 1994.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, ed. Porrúa, México, 2006.

*Código Federal de Procedimientos Penales*, ed. Sista, México, 2006.

*Código Penal Federal*, ed. Sista, México, 2006.

*Ley de Amparo*, ed. Porrúa, México, 2006.



## Derechos humanos, democracia y Constitución

*José de Jesús Esqueda Díaz\**

Mucho se ha discutido de si los tratados internacionales, de los que México es parte, están por encima o en el mismo plano jerárquico de las leyes federales, o de las leyes generales, atendiendo a lo que dispone el artículo 133 constitucional. Hoy quiero invitar a una nueva reflexión.

En varias ocasiones se me ha dicho en resoluciones judiciales que lo que alego no es jurídico, entendiendo yo que ello obedece a que mi postura defensiva no está respaldada por un precedente judicial o por el dicho de algún tratadista de renombre.

A veces se me ha indicado que es improcedente, por impráctico, analizar y establecer alguna interpretación constitucional, soslayando la trascendencia del conocimiento pleno y suficiente, alcances y difusión que debe haber de los Derechos Humanos en todo Estado que se precie de democrático; máxime si quien lo solicita ha sido privado de su libertad personal y estima que hubo violación de ellos en su perjuicio.

Mi concepto de lo jurídico es muy diferente. Para mí lo jurídico está en el simple pedir la interpretación y aplicación del derecho; en lo que puede entender la mayoría de los seres humanos; en todo lo que se ventila oficialmente en los tribunales, ya sea por las partes o por las autoridades; en toda interpretación de la ley. Lo jurídico, entiendo yo, es antes que nada vivencia, es filosofía, es lógica.

---

\* Defensor Público Federal.

Una vez hechas esas acotaciones, me atrevo a exponer mi punto de vista.

Al efecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversas tesis, colocando primero en el mismo plano a ambas legislaciones y, luego, a los tratados sobre las leyes federales en forma específica (no hacía distinción entre leyes federales y generales).

Ello se observa en la siguiente tesis:

Rubro: TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. (Consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Noviembre de 1999, Página: 46, Tesis: P. LXXVII/99).

Y últimamente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que se ubican los tratados internacionales por encima de las leyes generales, sean federales o locales. Obsérvense las siguientes tesis del Pleno:

TESIS AISLADA NÚMERO VII/2007, que dice: LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

TESIS AISLADA NÚMERO IX/2007, que dice: TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

TESIS AISLADA NÚMERO VIII/2007, que dice: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL.

Sin duda alguna, podría haber tratados internacionales que pudieran vulnerar la Constitución Federal; sin embargo, estimo que ello jamás podría ocurrir en tratándose de los que hacen el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.

De la interpretación de los conceptos constitucionales de “Soberanía Nacional”, “Democracia”, “Ejercicio de la Soberanía”, y del sentido de tanta insistencia de la Carta Magna en que todo funcionario público proteste guardar la Constitución (“mayor solemnidad”, que establece el citado artículo primero transitorio de 1917) que señalan los artículos 1, 3º, fracción II, inciso a), 14, 16, 17, 39 al 41, 128 y 133 constitucionales, como el Tercero Transitorio de la Carta Magna de 1917, se obtiene que es voluntad del Pueblo Soberano, quien expresa precisamente su sentir en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el que, antes que nada, se respeten los Derechos Humanos, como limitante de la administración de su Soberanía que depositó para su administración en los poderes de la Unión y de los Estados, pues es el único medio pacífico de controlar el ejercicio de ese poder, y toda violación a los Derechos Humanos finalmente se revertirá en perjuicio del propio Estado, pues creará en los afectados, sus familias y conocidos, resentimientos contra la autoridad y reacciones al margen de la ley, pues no se debe tratar de combatir la probable violación de ésta al margen de los Derechos Humanos, ya que sólo se legitima la acción gubernamental, cuando el gobierno es respetuoso y garante de los Derechos Humanos.

Considero entonces que los conceptos constitucionales precitados, giran en torno a la exigencia popular al gobierno para que ejerza el poder dentro de los límites del respeto, garantía, goce y promoción de los Derechos Humanos de quienes integran precisamente el Pueblo, y que lo son todos los seres humanos que están en México, pues por ello se ha querido vivir en una República Democrática, ya que la Democracia, más que una forma de gobierno, acceso y ejercicio del poder público, es una forma de vida diaria y constante (ver artículo 3º constitucional en su fracción II, inciso a), donde se subliman los Derechos Humanos.

Ningún funcionario público es obligado para ocupar el cargo que ocupa y sí, en contrario, existen innumerables personas que queremos ocupar una función pública. Y la posibilidad de ocupar un empleo público siempre está condicionada al respeto y

procuración de la vida democrática, es decir, de respeto y garantía de los Derechos Humanos. Por lo que no será válido jamás el que se pretenda cumplir con la función pública porque de repente, al llegar al cargo, se observe que no se es capaz de cumplirlo a cabalidad porque le estorba aquella condición fundamental, y entonces se pretenda conseguir la realización de su labor a costa de Derechos Fundamentales.

Ha habido doctrinistas que han sostenido que la parte dogmática (de las garantías individuales) de la Constitución Federal no es indispensable para que ésta exista, y que bien podría prescindirse de ella.

Yo estimo que ello podría ser, o no, del todo correcto, ya que al establecer la Constitución el tipo de gobierno y de vida que exige el Pueblo Mexicano, en sus artículos 3° y 40, señala a la Democracia de manera fundamental, y la Democracia sólo tiene razón de ser cuando se basa en el respeto y promoción de los Derechos Humanos; por lo que pienso que tal vez, antes de que México se comprometiera internacionalmente a respetar los Derechos Humanos, a través de la firma de tratados, era indispensable el que se estableciera un mínimo de garantías individuales de la Carta Magna; pero no lo sería actualmente y en lo sucesivo, debido precisamente al establecimiento constitucional de la Democracia como forma de vida y de gobierno que ha establecido la Soberanía Popular.

Esto es, aun cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no estableciera una descripción de Derechos Humanos como parte dogmática, la Carta Magna los protegería de la misma manera, como parte fundamental de la Democracia, y para su conocimiento habría de recurrirse a los tratados internacionales firmados en esa materia.

Pero qué bueno que existe un mínimo de Derechos Humanos reconocidos expresamente en la Constitución, pues si de por sí es muy complicado y difícil el que se reconozcan, analicen y difundan; no quiero ni imaginarme lo que pasaría si ello no existiera.

Estimo que deben atenderse las disposiciones que se establecen

internacionalmente al respecto, como lo son las contenidas en el “preámbulo” de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que dice en lo atinente:

“Los estados americanos signatarios de la presente convención,

*Reafirmando* su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

*Reconociendo* que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos;

*Considerando* que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto en el ámbito universal como regional;

*Reiterando* que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

*Considerando* que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia carta de la organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados en esa materia,

*Han convenido en lo siguiente[...]*”

Asimismo, debe tomarse en consideración lo establecido en la

CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001, por la Organización de Estados Americanos, que en lo conducente señala:

“Artículo 1

Los pueblos de América tienen el derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2

El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la organización de los Estados americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

[...]

### Artículo 7

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

### Artículo 8

[...] Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio.

### Artículo 9

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

[...]

### Artículo 11

La democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente.

[...]

### Artículo 26

La OEA continuará desarrollando programas y actividades dirigidos a promover los principios y prácticas democráticas y fortalecer la cultura democrática en el Hemisferio, considerando que la democracia es un sistema de vida fundado en la libertad y el mejoramiento económico, social y cultural de los pueblos. La OEA mantendrá consultas y organizaciones de la sociedad civil que trabajen en estos ámbitos.

### Artículo 27

Los programas y actividades se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones



de la sociedad civil. Se prestará atención especial al desarrollo de programas y actividades para la educación de la niñez y la juventud como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social”.

Como puede observarse, internacionalmente se reconoce y reafirma que la Democracia es una forma de vida basada esencialmente en el respeto a los Derechos Humanos; por lo que en un Estado Democrático como el que intenta ser México, por mandato constitucional y sentir del Pueblo Soberano, no es correcto que se convaliden en ningún acto de autoridad pruebas que se recabaron con violación a Derechos Humanos, pues éstos se violan incluso por simple omisión o falta de diligencia para procurar su goce por parte de los órganos del Estado y sus autoridades, sean del carácter que fueran.

Con relación al respeto irrestricto de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en la Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en lo conducente, lo siguiente:

“167. Sobre el particular, la Corte Interamericana ha señalado que la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de esas garantías.

En relación con esto, este Tribunal ha señalado que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de

dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

[...]

171. Lo establecido[...]Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable.

[...]Y ES DE OPINIÓN

Por unanimidad,

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”.

Sin soslayar la definición de Democracia que hace el artículo 3º, fracción II, inciso a), constitucional, que establece:

“a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Así también en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la trascendencia del respeto a los Derechos Humanos y la prudencia en el ejercicio del poder que deben prevalecer en México, en tesis como la siguiente:

P./J. 35/2000 Jurisprudencia, Pleno, Rubro: SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL

DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. Texto: “Del análisis sistemático de los artículos 16, 21, 29, 89, fracción VI, 129 y 133, de la Constitución, así como 2o., 3o., 5o., 9o., 10, 13 y 15, de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; 1o., 2o., 3o., 10 y 11, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o., 2o., 9o. y 10, de la Ley Orgánica de la Armada de México, se deduce que el Estado mexicano, a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados. El examen de los diferentes preceptos citados, con los demás elementos que permiten fijar su alcance, lleva a concluir que, jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen sino se condicionan recíprocamente. No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías; de ahí que el Constituyente Originario y el Poder Reformador de la Constitución, hayan dado las bases para que equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, remediar y eliminar o, al menos disminuir, significativamente, situaciones de violencia que como hechos notorios se ejercen en contra de las personas en su vida, libertad, posesiones, propiedades y derechos. Por ello, sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo so-

cial, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas. Ello implica el rechazo a interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados o en multiplicación de las arbitrariedades de los gobernantes, en detrimento de la esfera de derecho de los gobernados”. (el subrayado es mío)

Es considerable (para seguir estableciendo la trascendencia de los Derechos Humanos en la Democracia y ejercicio del poder o Soberanía) también lo que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación razonó al resolver el recurso de apelación número 1/2004, relativo a Luis Echeverría Álvarez, en donde se dijo:

“Finalmente y a mayor abundamiento, cabe hacer notar que las referencias a la conciencia o justicia universal y a la superación del positivismo legalista por parte de la representación social de la Federación no constituyen argumentos que puedan considerarse en ningún sentido fundados. Estos argumentos implican claramente el sacrificio de derechos individuales fundamentales establecidos en la Constitución, por una concepción de los derechos que, en el mediano plazo, socavaría totalmente la eficacia de los mismos ya que es contraria de la concepción del individuo como un fin en sí mismo y no como una entidad sacrificable por el bien del mayor número. (énfasis agregado)

En efecto, esta línea de justificación ha sido fundamento de las peores atrocidades que conoce la humanidad y va en contra del pensamiento liberal que se encuentra esencialmente ligado al concepto de Constitución elaborado por el constitucionalismo democrático moderno que protege al individuo en contra de los excesos de la mayorías en perjuicio de sus intereses básicos. (énfasis añadido)

Lo anterior de ningún modo significa que no se puedan conce-

der derechos de naturaleza colectiva en la Constitución, como es claro ejemplo el artículo 2 de la Constitución Federal, o que no exista la posibilidad de variar la concepción originaria de ciertos derechos cuando los mismos se encuentren en conflicto con otros de la misma entidad pero de orientación prestacional o social. Lo que se busca enfatizar es que el sacrificio de derechos fundamentales constitucionalmente explícitos, mediante la justificación de que los mismos no deben ser vistos desde la óptica del individuo sino desde una posición abstracta –no definible en términos empíricos o medianamente objetivos– que establece derechos supraindividuales no incorporados de manera expresa al derecho interno con respecto a las limitaciones de nuestra carta fundamental, terminan socavando los cimientos en los cuales se sostiene la construcción de un estado de derecho constitucional moderno.

Esta posición no prejuzga sobre la posibilidad de considerar que ciertos derechos fundamentales son al mismo tiempo derechos ‘universales’ o ‘universalizables’. Pero ello significa únicamente que estamos hablando de derechos individuales que son de reconocimiento universal, no de derechos cuyo titular sea distinto al individuo.

La intención de las declaraciones de derechos desde 1789, hasta la declaración de 1948, con todos los instrumentos de protección específicos, parten de la idea de la ‘igual consideración y respeto’ de los individuos pertenecientes a la raza humana y de la dignidad de los individuos, nunca de los derechos de la ‘humanidad’ como si fuera un ente jurídico al cual considerar como sujeto de derecho. El concepto de dignidad se le atribuye a la ‘persona’ y no un colectivo, cualquiera que este sea, al que la misma pertenezca. Es claro que la ‘universalización’ de los derechos en ningún momento implica la incorrecta personificación de la ‘humanidad’ como el sujeto que los detenta, los derechos siempre y en todo momento se mantienen como derechos individuales, los cuales pueden ser enfrentados a cualquier pretensión totalizadora o totalizante de la humanidad, la raza, el credo, etcétera.

El gran peligro que implica el sacrificar los derechos individua-

les frente a una pretendida existencia de derechos de la humanidad, la raza, la nación u otra entidad personificada, difusa y totalizadora de este tipo, es el reproducir la mecánica de argumentación totalitaria frente a la cual estos derechos sirven como defensa; y hacer a un lado la legalidad positiva por una pretendida “legalidad superior” que encarna a la justicia o algún otro valor que un juzgador considere relevante en un momento determinado. Los argumentos totalitarios han seguido esta mecánica de argumentación y los resultados han sido siempre nefastos para la humanidad que pretenden proteger y que utilizan como fundamento. (énfasis agregado)

Los totalitarismos siempre han pretendido haber encontrado un camino para establecer la justicia en la tierra, un camino que implica el sacrificio del derecho positivo en aras de una forma más elevada de legitimidad. Sin la traducción de esta justicia a normas del comportamiento individual, el argumento que busca aplicar directamente esta pretendida Ley superior sin preocuparse del comportamiento y de los derechos básicos de cada hombre espera que esta Ley, adecuadamente aplicada y ejecutada, produzca una “humanidad” como producto final, lo que conduce inevitablemente a la reivindicación de dominación por parte del argumento totalitario y conduce empíricamente al terror. (énfasis agregado)

En este sentido hay que tener en cuenta las palabras de Hannah Arendt acerca del terror totalitario:

*‘El terror, como ejecución de una ley cuyo objetivo último no es el bienestar de los hombres o el interés de un solo hombre, sino la fabricación de la Humanidad, elimina a los individuos a favor de la especie, sacrifica a las “partes” a favor del “todo”. La fuerza supranatural de la Naturaleza o de la Historia tiene su propio comienzo o su propio final, de forma tal que sólo puede ser obstaculizada por el nuevo comienzo y el final individual que suponen realmente la vida de cada individuo’.*

Al interpretarse pues en forma armónica los artículos 1, 3°, fracción II, inciso a), 29, 39, 40, 41, 128 y 133 constitucionales, como el primero transitorio de la Constitución de 1917, resultará que los tratados internacionales protectores de los Derechos Humanos, es-

tán en un mismo plano jerárquico que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues forman parte fundamental de ella y, en consecuencia, la interpretación directa que se solicite o se haga respecto de un tratado internacional protector de los Derechos Humanos, del que México es parte, es una interpretación directa de la misma Carta Magna.

En efecto, la Democracia en México tuvo su origen precisamente por voluntad del Pueblo Soberano (Soberanía Nacional), en la Constitución de 1917, mediante una implosión, al decidir crear la Carta Magna a través de sus representantes, y establecer en esos numerales que era su voluntad constituirse en una República Democrática, es decir, en una República en que la forma de vida diaria y constante sea la Democracia. Y al mismo tiempo tomó medidas para procurar que todo individuo ame la Democracia como forma de vida, y una solidaridad internacional, y por ello estableció la educación democrática en el artículo 3o.

De ahí tenemos que esa voluntad popular, es Democracia, y ésta dio origen a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que ésta tiene su razón de ser, su esencia, en la Democracia.

De esa forma, la Democracia ha dado vida a la Constitución, y ésta origina y reconoce a la Democracia de manera formal y la mantiene viva. Por lo que Constitución y Democracia son consustanciales desde entonces. No puede existir ni entenderse a la Constitución sin Democracia, ni a la Democracia sin Constitución.

Asimismo, la Democracia tiene su esencia en el goce, garantía y promoción de los Derechos Humanos; por lo que éstos son consustanciales de la Democracia, y ésta no puede entenderse ni existir si no es en un marco de goce, garantía y promoción de los Derechos Humanos. Y siendo los Derechos Humanos esencia de la Democracia, lo son también de la Constitución, y por eso se entiende que ésta consagre expresamente un mínimo de Derechos Humanos en su texto, e implícitamente a todos los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, y un apartado especial denominado Garantías Individuales.

En el seno del Pueblo de México nació la conciencia y necesidad del reconocimiento, garantía y promoción de los Derechos Humanos, a tal grado que se suscitó una implosión histórica que dio como resultado la Democracia; y con la esencia y energía de la Democracia, vino la transfiguración de ésta que trajo a la vida en su mismo ser a la Constitución. Nunca ha habido algún desprendimiento de uno de lo otro, sino una unidad cada vez más vigorosa, por la voluntad soberana popular; esto es, lo uno da origen a lo otro, se sostiene en ello, de manera recíproca y constante, sin exclusión ni separación, pues constituyen la misma esencia.

De ahí que hay una Trinidad inseparable, que forman un todo único. Tres figuras distintas (Democracia, Derechos Humanos y Constitución) y una sola Constitución.

Los Derechos Humanos dan vida a la Democracia, y ésta a la Constitución. La Constitución da vida a la Democracia y ésta a los Derechos Humanos. La Democracia tiene su esencia en los Derechos humanos, y ésta sustenta a la Constitución.

La Fuerza de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la Democracia, y de ésta lo son los Derechos Humanos, y viceversa.

Tres figuras distintas, y una sola Constitución verdadera (metáfora de la Santísima Trinidad -Padre, Hijo y Espíritu Santo- de la Religión Católica, con todo respeto).

De donde se obtiene que ningún derecho humano, reconocido internacionalmente, está ni puede estar en contra o fuera de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ésta cobija y auspicia a todos, absolutamente a todos; y no admite la violación de ninguno de aquéllos en ningún caso y, en consecuencia, prohíbe implícitamente la violación de Derechos Humanos de cualquier manera, pues de otra forma, sería tanto como admitir que la Constitución admite su violación en ciertos casos, y ello sería un contrasentido. Y la consecuencia lógica es dejar sin efecto los actos violatorios de Derechos Humanos, mientras ello sea materialmente (que no meramente formal o técnica) posible, y/o lograr la indem-



nización, por mala administración del poder derivado de la Soberanía Popular.

Y si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra, explícita o implícitamente (como los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo y la aplicación retroactiva de la ley en materia penal, por poner algunos ejemplos), los Derechos Humanos en su totalidad, los que están reconocidos internacionalmente también le son propios, son su sustancia, la sustancia de la Democracia, y ella misma propicia y fomenta los tratados internacionales en esa materia, considerándole Ley Suprema.

Deben atenderse, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica:

“Artículo 1[...] Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

Artículo 2[...] Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, 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 26 Desarrollo progresivo

Los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados.

[...]

### Artículo 29 Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Además, debe también considerarse la Declaración Sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 53/144), que en lo atinente dice:

#### “Artículo 2

1. Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades.

2. Los Estados adoptarán las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que los derechos y libertades a que se hace referencia en la presente


Declaración estén efectivamente garantizados.”

Del mismo modo, debe atenderse el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que en lo atinente, en su preámbulo, dice:

“Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre [...] por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.”

Asimismo, si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133 (que no puede dejarse de analizar en relación con los artículos 1, 29, 39, 40, 41, y 128 de esa misma Ley, como el Primero Transitorio de 1917), establece que los tratados internacionales son la Ley Suprema de la Nación; la nueva interpretación de ese precepto, nos conduce a establecer que los tratados internacionales de los que México es parte, en materia de protección, goce y promoción de Derechos Humanos, son parte esencial de la misma Constitución. No por abajo, ni encima de ella, sino que es su misma esencia, por ser esencia de la Democracia.

Y en consecuencia, la interpretación directa de un tratado internacional del que México sea parte, en materia de protección, goce y promoción de Derechos Humanos, es una interpretación directa de la misma Carta Magna.



## ¿Por qué la necesidad de una teoría paradigmática del cuerpo del delito?

*Arturo Garduño Acevedo\**

El cuerpo del delito es un concepto que se ubica en el universo de conocimiento del Derecho Procesal Penal, respecto de cuya naturaleza jurídica los teóricos de la ciencia del derecho han aportado diversas opiniones; tratando de establecer una teoría, que resulte predominante y sirva de base para su comprensión y aplicación en la práctica; sin embargo, en la actualidad aún no se cuenta con un modelo paradigmático; que la opinión mayoritaria de los especialistas haya admitido como válido, a fin de unificar criterios al respecto, ello sin desconocer los esfuerzos realizados en esta actividad, al grado de haberse formulado conceptos que la explican; mismos que lo identifican con el delito, alguno de sus elementos, los objetos, instrumentos del hecho criminoso e inclusive con los medios de prueba y la valoración que realiza el juzgador en su acreditación. Verbigracia: “[...] a).- Arturo Zamora Jiménez: “[...]cuerpo del delito es una institución de carácter procesal, que se entiende como conjunto de elementos materiales cuya existencia permite al Juez la certidumbre de la comisión de un hecho descrito en un tipo penal. Por tanto, no se debe confundir cuerpo del delito con la prueba del cuerpo del delito y mucho menos debe confundirse el cuerpo del delito con tipo penal, de tal manera que: Corpus crimini, corpus instrumentum y corpus probatorium son conceptos dis-

---

\* Defensor Público Federal.

tintos. *Corpus crimini*, persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delito en el tipo. *Corpus instrumentorum*, se compone de los instrumentos que han servido como medios para que el autor realice el daño que se propuso, y *Corpus probatorium*, elementos de prueba que se desprenden del propio cuerpo del delito[...]" (ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo.- CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL, Ángel Editor, México, D.F. 2001, Pág. 40).- b).- Manuel Rivera Silva: "[...]el cuerpo del delito es el contenido de un delito real"; que encaja perfectamente en la descripción de algún delito, hecha por el legislador, en la que muchas veces van elementos de carácter moral. En la descripción también pueden ir elementos de carácter valorativo que requieren su presencia en el cuerpo del delito" ( RIVERA SILVA, Manuel EL PROCEDIMIENTO PENAL, Ed. Porrúa, Sexta Edición, México 1973, pág. 162.).- c).- Gustavo Rodríguez: conforme a la Doctrina de derecho penal, el delito se compone de dos grandes elementos inseparables: el interno o intencional (dolo o culpa), y el externo o material, u objetivo. Este último es el que integra el llamado cuerpo del delito. – (RODRÍGUEZ R., Gustavo Humberto, NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, Ed. Temis, Bogota 1972. pág. 372.).- d).- Tulio Chiossone: "La ley no define lo que es el cuerpo del delito pero, sí la base del procedimiento (proceso) es un hecho real, producto de una acción u omisión previstos en la Ley como delito o falta, el cuerpo del delito no es otra cosa que el hecho mismo, o sea el tipo-trasgresión. Así, en el homicidio, el cuerpo del delito es la persona muerta por la acción u omisión voluntaria de alguien, o sea, el sujeto activo" (CHIOSSONE Tulio, DERECHO PROCESAL PENAL, Facultad de Derecho, Universidad Central Venezolana, Caracas 1967, Pág.95-96.).- e).- Raúl Goldstein: "Cuerpo del delito es la prueba de la existencia del quebrantamiento de la Ley ; todo objeto que sirve para hacerla constar. La materialidad de la infracción. El conjunto de los elementos

materiales que forman el delito. Comprende, no sólo los elementos físicos cuyo concurso es indispensable para que la infracción exista, sino también los elementos accesorios que se refieren al hecho principal, particularmente las circunstancias agravantes, como la infracción, las violencias, las amenazas, etc. Es, pues, tanto la persona o cosa en quien se concreta la realidad objetiva del delito, como todas las manifestaciones exteriores que tengan una relación más de la Ley; todo objeto que sirve para hacerla constar. La materialidad de la infracción. El conjunto de los elementos materiales que forman el delito. Comprende, no sólo los elementos físicos cuyo concurso es indispensable para que la infracción exista, sino también los elementos accesorios que se refieren al hecho principal, particularmente las circunstancias agravantes, como la infracción, las violencias las amenazas, etc. Es, pues, tanto la persona o cosa en quien se concreta la realidad objetiva del delito, como todas las manifestaciones exteriores que tengan una relación más o menos inmediata con la infracción".- (GOLDSTEIN, Raúl, DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1962, paginas 124-125.).- f).- Sergio García Ramírez: "La tendencia moderna de la Doctrina Mexicana se pronuncia, de plano, en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos plenarios del tipo. Distinguiéndose entre los de carácter objetivo, los subjetivos y los normativos, se afirma que el cuerpo del delito existe cuando se hallan debidamente integrados tales elementos, en los términos del tipo correspondiente".- (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Ed. Porrúa Primera Edición, México 1974. p. 345.).- g).- Ricardo Levene: Mucho se ha discutido en doctrina el concepto de "corpus delicti", término que según Manzini, empleó por primera vez Farinaccio. Para algunos autores es la persona o cosa objeto del delito; para otros, los instrumentos que se emplean para cometerlo; según otros, es la ejecución del delito mismo. Hay quienes han intentado distinguir el cuerpo

del delito que sería la persona o cosa que constituye su objeto, de los instrumentos necesarios para su ejecución y de las piezas de convicción dándose como ejemplo de esos tres conceptos, respectivamente, el cadáver de la víctima y cartera sustraída; el revolver y la ganzúa empleados y las impresiones digitales del autor, en los delitos de homicidio y robo. -(LEVENE Ricardo, MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 324).- h).- Guillermo Colín Sánchez: “el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo; de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá según el caso: a lo objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien a lo objetivo y subjetivo[...]”; “[...]se puede afirmar que el cuerpo del delito corresponde en la mayoría de los casos a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a lo que corresponde como figura delictiva, o sea: el total delito (robo, abuso de confianza, fraude, allanamiento de morada, etc.)” .-(COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México 1970, pág. 279.- i).- Carlos Hidalgo Riestra: si se advierte que los elementos “materiales” del delito, según la definición consignada en la ley, no solo conciernen a lo que es perceptible por medio de los sentidos sino además, a lo que es producto del intelecto, fácil resulta entender que el cuerpo del delito atañe tanto a los elementos físicos o materiales como a los subjetivos a que alude la norma penal”).-(HIDALGO RIESTRA Carlos, DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO, Primera Edición, Guadalajara, 1986, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1988, paginas 155 y 156).- j).- Guillermo Borja Osorno: “Al cuerpo del delito se le han dado tres acepciones diferentes. Algunos entienden que el cuerpo del delito es el delito mismo. Otros estiman que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprende la definición legal. Los terceros opinan que el cuerpo del delito consiste exclusivamente en los ele-

mentos materiales”.- (BORJA OSORNO, Guillermo, DERECHO PROCESAL PENAL, Ed. José M. Cajica Jr. S.A. Puebla, Puebla, 1969, pág. 246).

El Cuerpo del Delito es una Institución de Orden Procesal Penal que se encuentra reconocida en nuestro país, como garantía Constitucional en virtud de la cual se obliga a los órganos de administración e impartición de Justicia a no emitir resoluciones restrictivas de libertad o inferir molestias con motivo de un procedimiento de investigación cuando no existan datos suficientes para tener por acreditados tanto la exteriorización de conductas descritas por la norma; que pueden percibirse a través de los sentidos; así como de aquellos que contempla el tipo penal, donde se requiere de una valoración jurídica o cultural .

La acreditación del Cuerpo del Delito presume la configuración parcial de la “Tipicidad”, pues de la adecuación de la conducta desplegada por el sujeto activo en relación con algunos elementos objetivos del tipo y los normativos, cuando la descripción del precepto legal lo requiera; tomando además en consideración que para la emisión de resoluciones restrictivas de la libertad con excepción de sentencia, no existe necesidad de acreditar los elementos subjetivos; conformándose con su enunciación.

Cuerpo del Delito, es una figura añeja en nuestra legislación, tanto constitucional como procesalmente hablando, destacando a este respecto el estatuto orgánico provisional de la República Mexicana de 1856, el cual por primera ocasión hizo alusión al término “cuerpo del delito”, cuando señaló en su artículo 44 como requisitos para dictar el auto motivado de prisión “[...]se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere”.

La Constitución de 1917, en un principio en su artículo 19, establecía para la emisión del auto de termino constitucional, la



acreditación del delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deberían ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado, fue hasta el año de 1993, cuando se contemplaron en el artículo 16 del propio pacto fundamental, la comprobación de los elementos del tipo penal" como requisito para el libramiento de la orden de aprehensión así como (en el 19 Constitucional) para la emisión del auto de termino constitucional.

El 8 de marzo de 1999, de nueva cuenta se reformaron los artículos 16 y 19 de la Carta Magna, a efecto de regresar al concepto: "Cuerpo del Delito".

Por el lado de los códigos procesales que han regido al Distrito Federal, se destaca que en la exposición de motivos del Código de Procedimientos Penales de 1880, Ignacio Mariscal especifica que entre otras reformas se introducen las siguientes: "Se fijan las reglas que deben seguirse para sustanciar los procesos, determinando cómo ha de comprobarse el cuerpo del delito y establece por qué autoridades y con cuáles requisitos puede restringirse la libertad del hombre en los diferentes grados de aprehensión, detención y prisión formal o preventiva."

En el capítulo IV, libro I, título II "De la Instrucción", artículo 121. Al referirse a la comprobación del cuerpo del delito señala: "La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho o la de una omisión que la ley reputa delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior".

En este numeral se observa como elementos integradores del concepto cuerpo del delito: Una conducta típica, objetivamente considerada, independientemente de los elementos subjetivos de culpabilidad que determinarán la responsabilidad penal del inculcado (misma que corresponde al modelo actual).

A su vez el artículo 255 establecía que para dictar un auto de prisión preventiva, se requería: "[...]que estuviera compro-

bada la existencia de un hecho ilícito que mereciera pena corporal (cuerpo del delito).”

El Código de Procedimientos Penales de 1907, en su artículo 104, establecía: “todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen según la clasificación que de ellos haga el Código Penal”.

El Código de Procedimientos Penales de 1909, en su artículo 107, señalaba: “La existencia de un hecho u omisión que la Ley reputa delito, será la base del procedimiento penal. Luego que estén justificados los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo define la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito”.

El código de organización de competencia y de procedimientos en materia penal para el Distrito Federal y Territorios, de 1929, no da un concepto de cuerpo del delito, pero lo confunde con las pruebas materiales de su perpetración; vestigios, personas, instrumento, y objeto del delito.

El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1931 y el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, reservan a los tribunales penales, la facultad de declarar cuando un hecho es o no delito.

En 1984 al Código en comento se le hicieron reformas en las que se estableció que por cuerpo del delito debería entenderse los elementos de la descripción del hecho típico.

El 10 de diciembre de 1994, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación reformas al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en el que ajustándose a las reformas Constitucionales señaló como elementos del tipo los siguientes: Las calidades del sujeto activo y del pasivo, resultado y su atribubilidad a la acción u omisión, objeto material, medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, elementos normativos, elementos subjetivos específicos, y las demás circunstancias que la ley prevea.

En el año de 1999, volvió a reformarse el Código Federal de Procedimientos Penales para quedar en su artículo 168 como actualmente lo conocemos.

Como podemos ver se trata de un concepto con el cual hemos convivido los juristas mexicanos durante los últimos ciento cincuenta años; pero no obstante ello, no poseemos un modelo paradigmático admitido por la mayoría del foro, lo cual genera en gran medida la oscuridad que caracteriza a la figura en análisis y así vemos cómo se presentan distintas formas de entenderla y explicarla en nuestros tribunales, donde los profesionistas (independientemente de la posición en que se encuentren en el esquema procedimental), no se ponen de acuerdo respecto de cual es el contenido que configura al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad, ni sobre qué debe acreditarse, para la emisión de resoluciones que tienen por fin privar legalmente de la libertad a una persona.

La consecuencia de que se manejen diversas posiciones teóricas en la acreditación del cuerpo del delito, vulnera el principio de seguridad jurídica, que debe prevalecer en todo estado de derecho y genera una conflictiva social que conlleva a la pérdida de confianza y credibilidad del ciudadano en sus instituciones.

Contrario a lo que se pretendía la situación se agravó cuando el legislador quiso solucionar el problema conceptuando desde un punto de vista legal, tanto al cuerpo del delito como a la probable responsabilidad; ya que con ello se generó también un caos legislativo pues cada entidad federativa, estipuló en sus Códigos lo que a su juicio resultaba prudente, situación que agrava el conflicto, pues ahora legalmente no es lo mismo cuerpo del delito a nivel federal o local, en tanto no se integra con los mismos elementos, por disposición normativa.

A mi parecer tal confusión conceptual encuentra su origen en la flagrante violación de la regla de oro en materia de metodología que nos alerta sobre los riesgos sociales que se corren al mezclar diversos sistemas de conocimiento, para la explicación

y solución de un problema; además de haberse hecho caso omiso del postulado de la teoría del conocimiento que sostenía John Locke, en su ensayo sobre el entendimiento humano, donde dijo: “Si los hombres tuvieran ideas definidas en sus investigaciones y discursos, discernirían mejor y evitarían la mayor parte de las disputas y altercados en que se sumen”.

Al no existir consenso mayoritario respecto al cuerpo del delito y probable responsabilidad, se ha generado el problema aludido, pues no olvidemos que la claridad de las definiciones es precisamente el puente que el hombre utiliza para llegar al entendimiento con sus congéneres, siendo el caso que en la especie, no hemos cubierto satisfactoriamente esa necesidad, ya que si bien es cierto que se han emitido hipótesis respecto de la naturaleza jurídica garantista y procesal de las figuras en análisis, no menos cierto resulta que, de facto para acreditar su existencia, ahora por disposición legal recurrimos a una categoría de conocimiento perteneciente a un universo distinto, tal como lo es el derecho sustantivo penal, en el que se ha desarrollado ampliamente durante mas de doscientos años la Teoría del Delito.

No debemos pasar desapercibido que siendo el derecho penal y el procesal penal áreas del conocimiento autónomas e independientes (por gozar de contenido teórico sui generis), han desarrollado conceptos, modelos e hipótesis específicos, y construcciones ideológicas adecuadas a su propio discurso, mediante las cuales cada una aborda el estudio de la parte de la realidad que la justifica en su autonomía e intenta dar respuestas a la problemática que constituye su ámbito de estudio; pero observamos que en nuestro sistema jurídico mexicano, la realidad nos muestra que a falta de doctrina procesal propia y exhaustiva respecto de cuerpo del delito y probable responsabilidad, como se dijo, se ha recurrido de manera analógica y aun por mayoría de razón, a la aplicación de un sistema de conocimiento diverso dentro del estudio de la teoría del delito, con el que en sus orígenes teóricos tuvo mucho en común, pero que al haber sido

rebasadas dichas concepciones por nuevos paradigmas y al haberse reubicado de área de conocimiento, al cuerpo del delito, no es en la actualidad motivo de reflexión, de los Dogmáticos de vanguardia (Italianos y Alemanes, en su mayoría), quienes no se ocupan del estudio del cuerpo del delito, por no considerarlo concepto fundamental de la Teoría del delito.

Así pues, existe confusión, al tratar de entender el concepto cuerpo del delito y probable responsabilidad, porque se ha pretendido explicarlos en base a la teoría del delito, que le es ajena a su naturaleza procesal.

Al respecto recordemos que Federico Reyes Heróles en su libro: CONOCER Y DECIDIR, Editado por el Instituto de Estudios Educativos y Sindicales de América, México, 1998, de páginas 64 a la 68, literalmente nos recuerda: “Categorías y conceptos, ordenamientos artificiales para entender lo que, de otra forma, era inentendible[...] Es muy importante nunca olvidar que son nuestros inventos, inventos muy útiles pero que están al servicio del conocimiento. No hay que casarse con ellos. De pronto hay estudiosos que se pelean con las categorías, o por las categorías[...] Las categorías son como herramientas, si alguna no es capaz de auxiliar a nuestra mente en la tarea, pues la cambiamos. Al igual que estas últimas, las categorías se fastidian, fastidian al objeto y nos fastidian cuando las utilizamos para lo que no fueron creadas[...] la categoría busca asir la realidad, que ésta encaje, se ciña al contorno que fue creado específicamente para ella. La categoría, vive por y para el fenómeno, intenta ser fiel a su perfil. El molde busca en cambio troquelar la realidad, moldearla. Las categorías se van adaptando a las nuevas modalidades de la realidad. Los conceptos, las categorías analíticas, viven en tanto que logran explicar. El día que la realidad las rebasa debemos deshacernos de ellas sin pedir disculpa a nadie, como tampoco pedimos permiso a nadie para usarlas.”

En efecto en el caso del concepto cuerpo del delito nos encontramos efectuando esfuerzos mayúsculos al pretender enca-

jarlo, a una teoría que no fue creada ex profeso para explicarlo. Pero por conveniencia metodológica mientras tanto no se forje una teoría paradigmática en la materia, es adecuado recurrir concientemente a la teoría del delito que nos la explica con sus limitantes propias, pues no podemos configurar el concepto con elementos propios de las hipótesis que se han generado para la cabal comprensión del delito, en tal virtud, y aun con sus defectos debemos ponernos de acuerdo respecto de cuál de las visiones de la teoría del delito es la que se debe utilizar para encuadrar al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad, porque en caso de ponernos de acuerdo mayoritariamente los integrantes del foro, con ello daríamos satisfacción a una necesidad social, dando vigencia a los imperativos constitucionales de certeza legal y seguridad jurídica.

Pero no obstante que existe la definición legal a que se ha hecho alusión, observamos que en la actualidad al cuerpo del delito se le pretende otorgar contenido específico distinto del que la dogmática jurídico-penal confiere al delito.

Nos encontramos pues ante un círculo que a priori puede ser catalogado de vicioso y causante del problema que se analiza; pues en estricto rigor metodológico y con miras a evitar la aparición del conflicto, se debe tener presente que teóricamente es inadmisibile el análisis de las instituciones jurídicas de una materia con base en las hipótesis y paradigmas integrantes del universo cognitivo de otra, pues al no haber sido su objeto de estudio motivo de reflexión, se presume que resultaría incongruente suponer que en un diverso campo del saber humano se encuentren respuestas objetivas y adecuadas a cuestionamientos que por naturaleza son ajenos. Sin embargo esta es una hipótesis que aquí y ahora en nuestro sistema jurídico mexicano se está poniendo a prueba en tanto que siendo el cuerpo del delito y la probable responsabilidad figuras que formalmente pertenecen al derecho procesal, materialmente encuentran su contenido conceptual en el derecho sustantivo, es decir estamos ante

una institución adjetiva que ha sido sustantivada. Teniéndose que contribuyó para ello la decisión legislativa, de conceptualizar legalmente dichas figuras; a cuya concepción puede observarse están sumándose los integrantes del foro, quienes en gran número sin mayor problema explican el cuerpo del delito, con las visiones causalista, finalista ó funcionalista de la teoría del delito. Es decir que ante la ausencia de una teoría del cuerpo del delito (que no han generado los procesalistas penales), en la actualidad en nuestro sistema jurídico mexicano, para estar en aptitud de poder entender y acreditar los conceptos procesales cuerpo del delito y responsabilidad, ineludiblemente se debe recurrir a la teoría del delito, misma que explica los elementos: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Pero no obstante lo anterior, algunos aún se niegan a reconocer la indudable participación de dichos elementos típicos del delito en la conformación de los citados conceptos adjetivos, recurriendo para su comprobación a infinidad de hipótesis que al no ser beligerantes únicamente contribuyen a enrarecer el ambiente y por supuesto generan una nebulosa que impide observar con claridad la sencillez del problema, que debe quedar reducido al reconocimiento y acuerdo implícito de que sin ser lo mismo delito y cuerpo del delito en nuestro sistema jurídico se explican actualmente ambos conceptos mediante la teoría del delito, cuya distinción en su acreditación deberá ser en cantidad y calidad, puesto que para el cuerpo del delito legalmente no existe el deber de acreditar todos los elementos del tipo penal y para la probable responsabilidad se requiere únicamente de prueba indiciaria.

Como ejemplo tenemos que el jurisconsulto Leopoldo de la Cruz Agüero (quien ha tenido una larga trayectoria como servidor público en funciones de administración de la justicia federal), nos dice: “[...]los elementos del Cuerpo del Delito están constituidos por: a) La Conducta, b) el Resultado y c) el Nexo Causal entre la primera y el segundo.”

De lo que desprendemos que lo constriñe a uno de los elemen-

tos del delito, que es la conducta, misma que al presentar un resultado material se concibe como hecho, según lo refiere el Maestro Francisco Pavón Vasconcelos cuando literalmente sostiene: “El delito es un fenómeno fáctico jurídico que tiene relación en el mundo social. Por ello, en el campo del derecho penal, se identifica el termino “hecho” con el delito mismo, dándosele, igualmente una connotación diversa, en sentido restringido como elemento del delito[...]al hecho se le estima como aquel conjunto de elementos materiales que se encuentran en el tipo[...]”

No obstante lo limitado del enfoque, esta es una propuesta con la que se da respuesta al problema de la acreditación de la materialidad del hecho, mediante el análisis de los elementos objetivos: conducta y resultado unidos a través de un nexo causal; esta es una forma de interpretar y cumplir con la exigencia constitucional y procesal de comprobación del cuerpo del delito.

Asímismo se ha observado que algunas autoridades jurisdiccionales, consideran de mayor seguridad y certeza jurídica la concepción que establece los elementos del tipo penal, como base para el libramiento de las diversas resoluciones privativas de libertad, pues contiene mayores exigencias respecto de la del cuerpo del delito y por tal motivo continúan recurriendo a la demostración de los elementos del tipo penal, al analizar el cuerpo del delito, argumentando que ello se hace en beneficio del propio inculpado y de la función garantista que tiene por objeto la multireferida figura procesal, destacándose que inclusive en la exposición de motivos de la propuesta de reforma al artículo 16 constitucional, que se presentó al Congreso de la Unión los últimos días del año de 1997, entre otros argumentos a favor de la misma, se aducía que la reforma de 1993, había impuesto a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión.

Por otra parte, de manera tradicional se ha recurrido en la acreditación del cuerpo del delito, a través de la que se hace, de los llamados



elementos objetivo descriptivos del tipo penal, en donde a semejanza de la gramática que enseña metódicamente la construcción de una oración, así como de los elementos que la componen, de manera similar se considera al injusto normativo, teniéndose en el verbo la conducta específica tutelada por la ley, cuya contravención es precisamente lo que se reprocha al infractor, verbigracia: falsificar, asediar, destruir, etc. Destacando la acreditación de calidades específicas tanto del activo como del pasivo, mediante la formulación de enunciados, que se designan elementos objetivo descriptivos o normativos del tipo penal.

El derecho penal, en el apartado relativo a la teoría del delito, de manera exhaustiva estudia los elementos que conforman el delito, tomando en consideración teorías tales como: Causalista, Finalista, de la Acción Social, Lógica-matemática, y la Funcionalista, entre otras, por lo que en este campo a mi parecer se han resuelto teóricamente de manera favorable muchas de las dudas que surgen al estudiar metodológicamente la acreditación de los delitos, tomando en consideración tanto sus elementos positivos cuanto los negativos.

Pero por otra parte en el ámbito del derecho procesal penal, se tienen que analizar las figuras cuerpo del delito y probable responsabilidad, que además constituyen exigencias constitucionales para el libramiento de las órdenes de aprehensión y en su oportunidad de los autos de formal prisión. Por lo que, desde este punto de vista, sin desconocer que delito y cuerpo del delito no son lo mismo, sin embargo es necesario reconocer que ante la ausencia de un paradigma propio que los explique, ambos están siendo analizados mediante la teoría del delito, que está generando consenso al respecto entre la mayoría, en ausencia como hemos dicho de una teoría específica que explique al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad. Es urgente que los científicos sociales pertenecientes al ámbito del derecho procesal penal hagan la tarea y elaboren propuestas al respecto, pues no es inadvertido que técnicamente es incorrecto confundir delito con cuerpo del delito, porque se trata de conceptos

que difieren en su naturaleza y objetivos y que incluso pertenecen a ciencias de conocimiento independientes, destacándose entre otras las siguientes diferencias:

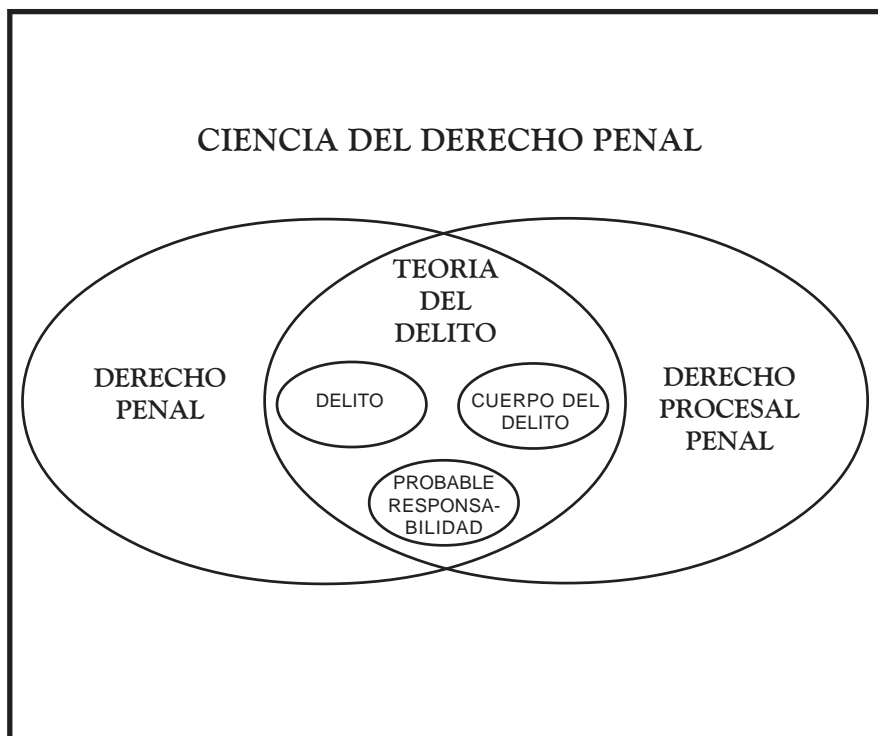
CUERPO DEL DELITO	DELITO
<p>a.- Es de naturaleza procesal.</p> <p>b.- Por definición legal es el conjunto de elementos objetivos o materiales que conforman la descripción típica.</p> <p>c.- Se integra de elementos objetivos y normativos que son los que se perciben a través de los sentidos y aquellos que requieren una valoración jurídica o cultural respectivamente.</p> <p>d.- Es presupuesto del ejercicio de acción penal, requisito de la orden de aprehensión y de la formal prisión.</p> <p>e.- Su existencia se determina por el juez al librar la orden de aprehensión pero debe ser estudiada antes por el Agente del Ministerio Público, en el ejercicio de la acción que le compete.</p> <p>f.- Puede existir sin que se acredite la probable responsabilidad.</p> <p>g.- No se ha formulado una teoría reconocida que se encargue específicamente de su estudio.</p> <p>h.- Es un requisito de procedibilidad sin la cual no se inicia el proceso.</p> <p>i.- Está prevista su acreditación como garantía constitucional del procesado.</p>	<p>a.- Es de naturaleza sustantiva.</p> <p>b.- Por definición legal es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.</p> <p>c.- Se integra con conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.</p> <p>d.- Es presupuesto de la imposición de una pena o medida de seguridad.</p> <p>e.- Su existencia se determina exclusivamente por el Juez al momento de emitir sentencia.</p> <p>f.- No puede existir sin que se haya acreditado la plena responsabilidad.</p> <p>g.- Se ocupa exhaustivamente de su análisis la teoría del delito.</p> <p>h.- Es un presupuesto de la pena.</p> <p>i.- Es un medio que utiliza el Estado para combatir las conductas antisociales.</p>

En conclusión, vivimos un conflicto en nuestro sistema jurídico mexicano por no haberse elaborado una teoría que sea aceptada mayoritariamente, mediante la cual se expliquen los conceptos procesales cuerpo del delito y responsabilidad, por lo que en principio se recurre indistintamente a la gran variedad de hipótesis que pretenden dar contenido a dichas figuras y en tal virtud es que al aceptar cada quien su propio modelo, no existe lógicamente un consenso al respecto, al grado que inclusive legalmente se ha tenido que proponer una definición, que no encuentra explicación en el ámbito procesal, por lo que en la práctica se ha recurrido al mundo del derecho penal en donde por analogía se utiliza la teoría del delito para explicar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, pero en la medida en que no se admite de manera clara y precisa cuál es la participación de dicha teoría en la conformación de las citadas figuras procesales, se genera mayor confusión al grado de que no faltan quienes pretenden considerar especie al cuerpo del delito y género al delito y muchos otros no encuentran diferencia sustancial entre ambos y por tanto desahogadamente identifican al tipo penal con el finalismo y al cuerpo del delito con el causalismo y quieren aplicar estas visiones indistintamente al cuerpo del delito como en su oportunidad a los elementos del tipo penal, olvidando que dichas teorías pretenden explicar al delito pero que no se refieren al ámbito procesal específicamente por cuanto respecta al cuerpo del delito y a la responsabilidad.

En efecto, explicar figuras procesales en base a conceptos del derecho sustantivo, en principio viola reglas metodológicas, lo que por sí es ya algo irregular, pero ya que la realidad ha rebasado esa prohibición teórica, es necesario en principio darnos cuenta de ello, para estar conscientes en qué medida es que se aplica o no la teoría del delito al cuerpo del delito y la responsabilidad puesto que no se trata de instituciones de una misma naturaleza, pero que ya que es un fenómeno que se está presentando hoy en nuestro sistema jurídico, debemos tratar de comprenderlo y en consecuencia explicarlo de la mejor manera posible, pues no falta quien haciendo caso omi-

so de dicha circunstancia, sin importar inclusive que exista mandato legal al respecto que define los elementos conformadores del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, no obstante ello, están recurriendo a formulaciones teóricas que pretenden otorgar contenido propio a dichas figuras procesales, las cuales al no encontrarse teóricamente desarrolladas, crean más dudas de las que en la praxis resuelven, por lo que sin lugar a dudas, debemos reconocer el conflicto que se presenta para estar en posibilidad de plantear soluciones adecuadas en aras de evitar el caos que hoy reina en nuestra sociedad, a falta de una teoría paradigmática del cuerpo del delito y de responsabilidad.

Observemos la representación del problema mediante el siguiente esquema:





## La defensa pública ante el reto de los juicios orales (primera parte)

Jorge Carlos Heredia García\*

Los reclamos más persistentes de los ciudadanos en México son con relación al funcionamiento de la justicia penal. En varios ámbitos de la sociedad se pide una profunda reforma en este campo libre de corrupción.

A este respecto Enrique Bacigalupo ha manifestado: “[...]las reformas más recientes en América Latina no han problematizado la cuestión de la función del derecho penal en la sociedad, sino, buscado simplemente una mejor conformación técnico-jurídica de las leyes penales[...]Estas reformas han definido su tarea como jurídica y no como social. Sin embargo, es dudoso que tenga alguna utilidad una reforma meramente jurídica que, a la vez, no implique el mejoramiento social”.<sup>1</sup>

Una primera vía para resolver estos problemas sociales consiste en reformar el marco institucional aplicable, de manera que se asegure a favor de todas las partes involucradas el debido proceso legal.

El doctor Ricardo Uvalle Berrones ha expresado que: “México no ha sido ajeno a la pérdida de la confianza en las autoridades políticas y designadas. La cultura de la impunidad aún no ha sido erradicada, y en algunos casos se reproduce como la cabeza de la hidra. La existencia de una burocracia moderna, competente, honrada y responsable es todavía un reclamo que no se cumple con plenitud”.<sup>2</sup>

\* Defensor Público Federal.

<sup>1</sup> Bacigalupo, Enrique. “Manual de Derecho Penal”, Santa Fe de Bogotá, Colombia; 1994, editorial Temis, segunda reimpresión, página 6.

<sup>2</sup> Uvalle Berrones, Ricardo. “Visión Contextual de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos”, México D.F. 2005, Secretaría de Gobernación, segunda edición, página 28.

Asimismo, los aparatos de impartición de justicia se ven sometidos a una enorme presión por el alto número de casos que deben resolver, y una de las opciones para darles celeridad, es establecer los juicios orales en el ámbito penal.

Sin embargo, el establecimiento de los juicios orales debe unificarse y coordinarse a nivel nacional y que todas las entidades federativas de este país construyan este marco normativo unificado, y no como generalmente ha acontecido, que cada entidad federativa construye su propio sistema de impartición de justicia sin ninguna coordinación con las demás. Se debe atender al verdadero Federalismo entendido este como: “[...]un sistema político en el cual las distintas partes del territorio del Estado no son gobernadas en forma centralizada como si fuese un todo homogéneo, sino como entidades autónomas, estados libres y soberanos en su régimen interior, según el artículo 40 de nuestra Constitución, pero unidos conforme a una coordinación basada jurídica y administrativamente en un reparto de competencias”.<sup>3</sup>

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad analizar esta posibilidad, que se ha establecido en diversos países, en unos con más éxito que en otros; por tal motivo, de llegarse a emplear los juicios orales en México, se deberá tomar en consideración estas experiencias y además tomar en cuenta la realidad mexicana.

## 1.- ANTECEDENTES DE LOS SISTEMAS PENALES

El proceso penal se ha desarrollado de diversas formas, respecto al trato que se le brinda a las partes que en él han intervenido; principalmente son los tres sistemas que han predominado: *el acusatorio*; *el inquisitivo*; y *el mixto*.

Casi todos los países iniciaron con un sistema penal de corte acusatorio, para luego establecer el sistema inquisitivo y posteriormente, a lo largo del siglo XIX, el sistema mixto.

---

<sup>3</sup> Osorio y Nieto, César Augusto. “La Averiguación Previa”, México, D.F.; 1999, editorial Porrúa, décima edición, página 72.

### 1.1. EL SISTEMA ACUSATORIO

Este sistema se originó en Grecia y se perfeccionó por los romanos. Correspondía a la concepción privada del Derecho Penal, donde el castigo del culpable era un derecho que tenía el ofendido, quien podía ejercer este derecho o abandonarlo; si lo ejercía, el castigo y el resarcimiento del daño se solicitaban en un mismo procedimiento, sin que existiera distinción entre el procedimiento penal y el procedimiento civil. Se basaba en la facultad que tenía todo ciudadano de acusar; así como en la necesidad de que alguien distinto al Juez formulara la acusación para que pueda existir un juicio. El Juez no procedía “de oficio”; además quien juzgaba era una Asamblea o Jurado Popular, por lo que las sentencias no eran apelables, sino que regían los principios de instancia única; el principio de libertad personal, es decir que el acusado permanecía en libertad hasta que existiera una sentencia condenatoria; así como el principio de igualdad absoluta de derechos y deberes entre acusador y acusado; y por último el principio de que el Juzgador limite su juicio a los hechos alegados y probados.

### 1.2 EL SISTEMA INQUISITIVO

Este sistema es una creación del Derecho Canónico de la Edad Media, extendiéndose a toda la Europa continental y persistiendo hasta el siglo XVIII. Descansaba en los siguientes principios:

La concentración de las tres funciones de acusar, defender y juzgar en manos de un mismo órgano. Esas funciones se encomiendan a unos órganos permanentes, con exclusión de cualquier forma de justicia popular. El procedimiento es escrito, secreto y no contradictorio. No existe, pues, debate oral y público. Como contrapartida se establecen los principios de la prueba legal o tasada, y de la doble instancia o posibilidad de apelación y se admite como prueba bastante para la condena, la de la confesión del reo.

### 1.3 EL SISTEMA ACUSATORIO FORMAL O MIXTO

Fruto de las nuevas ideas filosóficas, como reacción ante las denuncias secretas, las confesiones forzadas y la tortura, surge, en Francia,



un nuevo sistema procesal penal que respeta el derecho de todo ciudadano a ser juzgado públicamente en un proceso contradictorio, pero conservando un elemento del sistema anterior, el de la acusación oficial, encargada a funcionarios que de modo permanente suplan la carencia de acusadores particulares, con lo que nace el Ministerio Fiscal, que es un órgano independiente de los juzgadores y representante de la ley y de la sociedad. Además, se conserva una fase de investigación secreta, escrita y no contradictoria, que a diferencia del sistema inquisitivo no sirve de base a la sentencia, sino a la acusación. La sentencia sólo puede basarse en las pruebas practicadas en el juicio. Por esa mezcla de caracteres se le denomina sistema mixto y se caracteriza porque el poder estatal no abandona a la iniciativa de los particulares, la investigación y la persecución de los delitos, pero el Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte, y con ello peligraría la objetividad de su juicio. Los principios en que descansa este sistema son:

La separación de la función de investigación y acusación y la función de juzgar. Para que haya juicio es preciso que exista acusación y la función de acusar corresponde, no siempre en exclusiva, a órganos públicos especiales. Ahora bien, del resultado de la instrucción depende que haya acusación y juicio pero el juzgador ha de basarse en las pruebas del juicio oral, toda vez que el acto del juicio es oral, público y confrontativo, y se rige por el principio de inmediación, dependiendo la sentencia de la apreciación por el Juez, no sometida a regla alguna.

Según el modelo francés, la sentencia se da mediante una cooperación de Magistrados y Jurados. La combinación de ambos elementos en la Administración de Justicia varía según los distintos países. Puede excluirse la participación del jurado y conservarse todas las demás notas esenciales.

#### **1.4 SISTEMA MIXTO EN ESPAÑA**

El sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el proceso ordinario por delitos es el sistema acusatorio formal o mixto, donde

el principio acusatorio es el que rige para la fase de juicio oral, pues sin acusador, público o privado, no existe juicio.

Ahora bien, el juzgador podrá realizar actos que contradicen el principio acusatorio, tales como: castigar por delito más grave que el que ha sido objeto de acusación, siempre que previamente plantee a las partes tal posibilidad; acordar la práctica de pruebas no propuestas por las partes siempre que las considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos objeto de acusación; ordenar la práctica de diligencias sumariales o nuevos procesamientos al revocar el auto de conclusión del sumario.

El sistema acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no acepta el principio dispositivo puesto que el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal. Por otra parte, las calificaciones jurídicas de las partes no vinculan al Tribunal salvo cuando se pidan penas inferiores a tres años y se conformen el procesado y su defensor, dictándose entonces la sentencia que proceda según la calificación aceptada.

No se acepta tampoco el principio de aportación de parte, en el sentido de que la aportación de hechos no se deja exclusivamente a la actividad de las partes, pues la confesión del inculcado o la admisión de hechos por la parte a quien perjudiquen no vincula al Juzgador. Por otra parte, se establece que todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal están obligados a consignar y apreciar tanto las circunstancias adversas como favorables al presunto reo.

En la fase sumarial no se requiere acusación para su iniciación, pues, salvo en los delitos privados y semipúblicos, la mera "noticia criminis" obliga al Juez instructor a investigar el hecho y a dictar las oportunas medidas preventivas.

Otro de los principios o características en que descansa el sistema que nos ocupa, es el del juicio basado en los principios de oralidad, publicidad y contradicción, y el principio de inmediación, en el sentido de que el Tribunal juzga sólo según el resultado de las pruebas practicadas ante él y no según las recogidas en el sumario.

También el principio de valoración libre de la prueba, debiendo el Tribunal apreciar las pruebas "según su conciencia", prohibiéndose la absolución en la instancia y debiendo terminar el proceso con la condena o absolución de los procesados.

Finalmente, la misión de juzgar se encomienda a órganos profesionales, con excepción de los supuestos atribuidos al Tribunal del Jurado.

El aumento de la delincuencia en Europa ha obligado a la implementación de una serie de medidas para controlar la seguridad de la ciudadanía, por lo que el gobierno español presentó en el año de 2002 una reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que permite juzgar en un máximo de 15 días las infracciones penales menos graves. Por la relevancia que estas reformas tienen y por la situación que impera en los procesos penales mexicanos, ha provocado serias discusiones en torno a la conveniencia de instaurar los juicios orales en materia penal, y por la reformas favorables implementadas por España y Chile es que se hace un análisis comparado entre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de España y Chile.

Si existe una crítica común en las democracias de todo el mundo, sin duda es la falta de eficiencia y eficacia que tienen los sistemas judiciales frente a la implementación de justicia. Así, hoy una de las áreas de menor modernización de la sociedad de la información, es la de los sistemas judiciales, por lo que tras el aumento de la delincuencia, también aumenta la presión social y política para su pronta y rápida solución.

En España, el Gobierno que presidió José María Aznar envió una reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual está siendo aplicada desde el año de 2002.

El objetivo de la reforma es permitir el enjuiciamiento rápido de delitos de poca gravedad y cuya trascendencia social aconseja hacerlos prolongados, evitando la percepción ciudadana de la impunidad e indefensión ante ciertos delitos. De igual manera, se ofrece a los procesados una especie de "premio", consistente en la reducción de la condena en un tercio de la punibilidad, si el procesado acepta

en el juicio la pena más grave del o de los delitos de que se le acusen.

Y al seguir estudiando ideas comunes entre la Reforma Procesal Penal en Chile y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, se tiene que decir que el primer ordenamiento legal es una de las fuentes de inspiración de la reforma española, aunque las ideas básicas fueron tomadas en su mayoría del procedimiento penal alemán y, en menor grado, del sistema de los Estados Unidos de Norteamérica. Aunque en España se ha logrado mayor celeridad en la resolución de los juicios orales porque, mientras en Chile los delitos pueden ser juzgados hasta 60 días tras la notificación, potencialmente podrían demorarse otros 30 para dictar sentencia, si es que se encuentra culpable al imputado, siendo que en España el Juez tiene un plazo máximo de 3 días para dictar sentencia y existe un plazo de 15 días para la presentación al juicio oral, tiempo que sólo podría ser ampliado en 15 días si por motivos excepcionales éste no se pudiera realizar.

Otra diferencia se refiere al hecho que la Policía Española remite al detenido a declarar ante el Juzgado de Guardia en un plazo máximo de setenta y dos horas, período donde deben recabar todas las declaraciones, investigaciones y diligencias urgentes. Además, el acusado tiene cinco días para presentar su escrito de defensa, y el Juez debe dictar su sentencia en siete días, y el Juzgador de Instrucción debe decidir si lo envía a Juicio oral o da sobreseimiento.

Es interesante señalar la relación directa que existe entre el “procedimiento abreviado” de la reforma chilena con los nuevos procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español, ya que en ambos sistemas se busca la celeridad de los procedimientos, estableciendo salidas alternativas a los juicios orales, ofreciendo reducciones de pena en el caso de aceptar la culpabilidad de los delitos y evitando acumular en el sistema judicial con causas menores, y pretendiendo juzgar mejor en los procedimientos penales con mayor gravedad.

Es por ello necesario hacer un mayor análisis del procedimiento abreviado de Chile, por ser este uno de los países pioneros en Latinoamérica, en la instauración del procedimiento penal con sistema de juicio oral.

### 1.5 EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUICIOS ORALES EN CHILE

En el año 2000, se reformó el sistema de administración de justicia penal en Chile, en el que se reemplazó gradualmente al sistema que regía en el país desde el siglo pasado, vigente desde 1906.

Se sustituyó el 12 de octubre de 2000, el antiguo sistema inquisitivo (en el que el juez, previo a acusar, conduce una investigación eminentemente escrita y sin mayor contacto por las partes) por un sistema acusatorio (el juez, en una audiencia oral, escucha a un fiscal investigador y acusador y a un defensor del acusado antes de dar su fallo). La razón es crear un sistema de administración de justicia penal más rápida; en el que los acusados y víctimas de delitos cuenten con derechos explícitos y los juicios no se acumulen.

Los pilares de este sistema son la separación de las funciones de investigar y condenar que el juez del sistema antiguo tenía, los juicios orales y públicos y el establecimiento de un servicio público de defensoría para los acusados que no pueden costear un abogado, conformado por profesionales que en esta materia reemplazan a los de la Corporación de Asistencia Judicial.

Ahora las tareas de investigación recaen sobre el Ministerio Público, entidad autónoma creada para este efecto. Es el fiscal del Ministerio quien debe reunir las evidencias de un delito, con la ayuda de la policía, para presentarlas ante el juez, que debe sólo preocuparse de conocer la causa, escuchar a las partes y dictar sentencia.

El juicio oral y público permite que el proceso sea, en primera instancia, más transparente: porque los juicios son a puerta abierta, presenciados por cualquier ciudadano. Se establece también que el juicio debe ser único: en una sola audiencia deben exhibirse las pruebas, presentarse los argumentos y darse el fallo. Además el juicio oral hace que la relación entre el imputado, la víctima y el juez sea directa, sin necesidad de actuarios, diligencias por escrito ni intermediarios de ninguna clase. Todo lo anterior redundará en un proceso más rápido.

Otra novedad se observa en que, como alternativas a un fallo condenatorio, hay la posibilidad de que las partes lleguen a un acuer-

do de reparación o que el juez dicte la suspensión del procedimiento bajo condiciones impuestas al acusado. Y la existencia de procedimientos simplificados para delitos leves.

La defensa penal recae principalmente en la Institución de la Defensoría Penal Pública, quien tiene que proveer defensa legal a los imputados que no puedan pagar su propio abogado, ya que uno de los principios regentes de la reforma es que los acusados deben tener derecho a una defensa adecuada, es decir, profesional. De allí que los defensores deben ser abogados particulares o integrantes de la Defensoría Penal Pública, quienes son titulados, a diferencia de lo que ocurría con la desaparecida Corporación de Asistencia Judicial, integrada en su mayoría por pasantes en derecho que estaban en amplia desventaja frente a un fiscal profesional.

Este modelo de justicia no se aplicó de una sola vez en todo el territorio chileno, sino que fue en forma gradual. El proceso comenzó el año 2000 y concluyó en junio de 2005 cuando entró en vigor en la Región más importante que es la Metropolitana.

La reforma penal no fue retroactiva, ya que sólo se aplicó a los procesos iniciados tras haber entrado en vigencia en el territorio correspondiente. Los procesos ya existentes seguirán con el sistema antiguo hasta que haya sentencia definitiva y concluido el último caso abierto del antiguo sistema, el Código de Procedimiento Penal quedaría derogado.

## **2.- BREVE RESEÑA DEL NUEVO PROCESO PENAL EN CHILE**

El proceso penal chileno, ahora está dividido en cuatro etapas: la primera etapa denominada de Inicio; una segunda etapa conocida como investigación formalizada; una tercera etapa llamada intermedia y por último la cuarta etapa donde se lleva a cabo el Juicio Oral.

### **2.1.- PRIMERA ETAPA: INICIO**

La primera etapa de inicio, comienza a consecuencia de una denuncia ante el Ministerio Público, Juez de Garantía o de Juicio Oral, o policía de Chile; también con una querrella ante el Juez de Garantía quien la

remite al Ministerio Público; o bien de Oficio por el Ministerio Público.

Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere cometiendo un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la policía, al Ministerio Público, o a la autoridad judicial más próxima. Los agentes de la policía, en cambio, están obligados a detener en caso de flagrancia. En este caso, así como en la detención por orden judicial, el imputado deberá ser presentado dentro de las veinticuatro horas siguientes ante el Juez de Garantía para una audiencia de control de la detención.

Luego, el Ministerio Público recibe los antecedentes y realiza una investigación desformalizada. Luego puede optar por la facultad de no iniciar la investigación; o aplicar el principio de oportunidad; también puede optar por archivar provisionalmente el asunto y por último tiene como opción la facultad de iniciar la investigación.

## **2.2 EJERCER LA FACULTAD DE NO INICIAR LA INVESTIGACIÓN**

El Fiscal puede abstenerse de investigar si los hechos denunciados no constituyen delito, o si se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión la somete a la aprobación del Juez de Garantía.

## **2.3 APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

El Fiscal puede no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando los hechos denunciados no comprometan gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de prisión o reclusión menor en su grado mínimo o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Para estos efectos el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al Juez de Garantía, el que notificará a los intervinientes si es que los hubiere.

## **2.4 ARCHIVAR PROVISIONALMENTE**

Si el Fiscal considera que no existen antecedentes suficientes para aclarar los hechos denunciados, o que no hay pistas que contribu-

yan al avance de la investigación, puede archivar provisionalmente y se puede reabrir el caso cuando existan nuevas pruebas.

## 2.5. INICIAR LA INVESTIGACIÓN

O bien, si el Fiscal considera, *a contrario sensu*, que existen antecedentes suficientes para aclarar los hechos denunciados, o que si hay pruebas que contribuyan al avance de la investigación, puede optar por iniciar la investigación y, por consiguiente, se procedería a tramitar las siguientes etapas:

## 3.- SEGUNDA ETAPA: INVESTIGACIÓN FORMALIZADA

**3.1. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: FRENTE AL JUEZ DE GARANTÍA, EL MINISTERIO PÚBLICO LE COMUNICA AL IMPUTADO QUE SE ENCUENTRA REALIZANDO UNA INVESTIGACIÓN EN SU CONTRA POR UNO O MÁS HECHOS QUE CONSTITUYEN DELITOS. LA DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN NO PUEDE SER MAYOR DEL PLAZO LEGAL DE DOS AÑOS. EL JUEZ PUEDE, DE OFICIO O A PETICIÓN DE PARTES, FIJAR UN PLAZO INFERIOR PARA LA DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN NO CONSTITUYE ACUSACIÓN**

Diligencias de investigación: el Ministerio Público dirige la investigación y coordina para ello la labor de las policías y de otros organismos auxiliares en la práctica de las diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho punible, la determinación de los partícipes y la delimitación de las circunstancias en el plazo fijado en la audiencia de formalización de la investigación.

Una vez formalizada la investigación sólo a solicitud del Fiscal o al Querellante, el Juez de Garantía podrá aplicar medidas cautelares, en caso de que sean necesarias para la realización de los fines del procedimiento. Las podrá aplicar sobre los bienes del imputado o sobre su persona (ejemplo, prisión preventiva).

Una vez agotada su investigación, el Ministerio Público procederá al cierre de la misma, lo que deberá comunicar formalmente y podrá optar por la facultad de no perseverar, o el sobreseimiento, y en su caso por la acusación.



### *3.1.1 Facultad de no perseverar*

En este supuesto el Ministerio Público comunicará su decisión de no perseverar en el procedimiento por no haber reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, dejando sin efecto la formalización de la investigación y dando lugar a la revocación por parte del Juez de las medidas cautelares.

### *3.1.2 Sobreseimiento*

El sobreseimiento puede ser temporal o definitivo. El temporal es aquel que no pone término a la causa y, por lo tanto, si cesa la causa puede reabrirse el procedimiento. El definitivo, en cambio, pone término al procedimiento y tiene autoridad de cosa juzgada.

### *3.1.3 Acusación*

Surge cuando el Ministerio Público después de la investigación determina que sí hay elementos para acusar el delito que se investiga.

## **4.- SALIDAS ALTERNATIVAS**

Durante esta etapa y hasta la audiencia de preparación de Juicio Oral se podrá acordar la aplicación de salidas alternativas, que son soluciones al conflicto que acortan el proceso y evitan que el caso llegue a juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para la aplicación de las mismas.

Estas soluciones tienen ventajas para la víctima, porque obtiene una oportuna y reparadora solución por el daño que le causaron; ventajas para el imputado, porque aumenta sus posibilidades de rehabilitación a la comunidad; y ventajas para el Estado, porque ahorra recursos materiales y humanos. Satisface con rapidez la demanda de justicia de las personas.

Las salidas alternativas pueden ser de dos formas: suspensión condicional del procedimiento, y acuerdos reparatorios.

### **4.1.- LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO**

La suspensión condicional del procedimiento se puede aplicar cuan-

do el delito cometido es de escasa o mediana gravedad. La suspensión debe ser solicitada al Juez de Garantía, previo acuerdo del imputado, el que fijará las condiciones a las que éste deberá someterse por un plazo no inferior a un año ni superior a tres años.

Pueden acceder a esta salida, los imputados por delito cuya pena probable no sea superior a tres años y que no hayan sido condenados anteriormente por delito alguno.

Los efectos son que el procedimiento queda suspendido. Al menos por un año, y máximo tres, la persona deberá cumplir las condiciones que le aplicará el Juez de Garantía. Estas pueden ser, por ejemplo, pagar una indemnización a la víctima o someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza. Si el imputado no cumple con las condiciones se revoca la suspensión del procedimiento y se continúa con el proceso como si nunca hubiera sido suspendido.

Si durante la suspensión del procedimiento el imputado comete otro delito, se inicia una investigación por el nuevo delito, pero también se continúa con el proceso por el delito anterior, por lo tanto, se sentenciará por los dos delitos.

#### **4.2.- LOS ACUERDOS REPARATORIOS**

Se pueden aplicar cuando con la aprobación del Juez de Garantía, la víctima y el imputado acuerden una forma de reparar el daño causado, con el fin de poner término al conflicto.

Para que procedan los acuerdos reparatorios, deberán referirse a delitos de carácter patrimonial, lesiones no graves y delitos culposos.

Los efectos son que la víctima recibe una reparación satisfactoria y se pone fin a la causa.

#### **5.- TERCERA ETAPA: INTERMEDIA**

Esta etapa comienza con la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público, la que dará lugar a la citación a una audiencia de preparación de juicio oral.

### **5.1.- AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DE JUICIO ORAL**

En esta audiencia oral y pública el Fiscal, la defensa y el querellante discutirán públicamente sobre las pruebas que serán presentadas en el Juicio Oral, los hechos que se darán por probados por convención probatoria y cuáles pruebas serán excluidas del juicio. Posteriormente el Juez de Garantía dicta el Auto de Apertura del Juicio Oral, indicando la acusación objeto del juicio, y las pruebas que deberán rendirse en él, señalando en qué Tribunal Oral en lo penal se llevará a cabo. Esta constituye la última instancia para acordar salidas alternativas.

### **5.2.- PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Durante la audiencia de preparación, el imputado, asesorado por su abogado, podrá renunciar, libre e informadamente, a su derecho a tener un Juicio Oral, aceptando expresamente los hechos contenidos en la acusación y con los antecedentes en que se funda la investigación. Para que proceda es necesario que el fiscal requiera la imposición de una pena no superior a cinco años. El Juez de garantía, si considera procedente el juicio abreviado, no puede aplicar una pena superior a la solicitada por el Fiscal o del querellante en su caso.

## **6.- CUARTA ETAPA: JUICIO ORAL**

### **6.1.- AUDIENCIA DE JUICIO ORAL**

En una o más audiencias continuas, concentradas, orales y públicas se lleva a cabo el Juicio Oral a cargo de un Tribunal en lo Penal, colegiado, integrado por tres jueces que conocen directamente la acusación, la defensa y las pruebas de la siguiente manera:

El Presidente del Tribunal Oral en lo Penal expone el auto de apertura del juicio oral y da inicio al Juicio; el Fiscal, los querellantes y el defensor presentan sus alegatos de apertura; si el acusado lo desea, puede declarar ante el Tribunal Oral en este momento o durante el interrogatorio de la defensa; se presentan las pruebas (testigos, periciales, documentales, etc.). El Tribunal conoce directamente las pruebas y las valora libremente. El fiscal, los querellantes y el

defensor presentan sus alegatos de clausura. Interviene el acusado si estima conveniente su intervención, declarándose cerrado el debate. El Tribunal delibera y dicta el veredicto de condena o absolución. A más tardar en cinco días más se da lectura de la sentencia. Contra ésta procede el recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones o Suprema dependiendo la causal en que se funde.

### **6.2.- JUECES**

En el antiguo sistema de administración de justicia criminal sólo existían 79 jueces del crimen, que debían investigar, acusar y juzgar para todo el país. Con la reforma procesal penal estas funciones se separan y se crean las figuras de Juez de Garantía y los jueces que conforman el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

### **6.3.- JUEZ DE GARANTÍA**

Es el encargado de asegurar que no se vulneren los derechos de los intervinientes en el procedimiento, incluidas las víctimas, testigos e imputados.

### **6.4.- JUECES DE TRIBUNAL DE JUICIO ORAL**

Son los jueces que integran el Tribunal Colegiado (compuesto por tres jueces profesionales) llamado a conocer y conducir el debate durante el Juicio Oral, para luego determinar la culpabilidad o inocencia del imputado.

### **6.5.- FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público es un organismo autónomo e independiente de cualquier otro poder del Estado, creado mediante la reforma constitucional del 16 de septiembre de 1997. Es la institución encargada de dirigir la investigación de los hechos constitutivos del delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. Sobre la base de su investigación, debe ejercer la acción penal formulando la acusación en contra de los responsables y sosteniendo dicha acusación en un juicio, ante los Tribunales de Justicia.

El Ministerio Público está compuesto por el Fiscal Nacional, por los Fiscales regionales y los Fiscales adjuntos.

## **6.6.- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA**

La Defensoría Penal Pública es una Institución pública, descentralizada funcionalmente y desconcentrada territorialmente, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio, creada en 2001 y está vigilada por el Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia. Su función es proporcionar defensa penal de calidad a los imputados. El Estado asegura la defensa con defensores públicos (funcionarios de la Defensoría Penal Pública) y defensores públicos licitados, que pertenecen al sector privado, pero se adjudican casos penales sometidos al nuevo proceso penal, bajo el sistema de licitación pública.

## **7.- EL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUICIOS ORALES Y DEBIDO PROCESO PENAL EN MÉXICO**

Es conocido que para contar con una impartición de justicia confiable es menester que la tarea de los jueces se lleve a cabo a la vista de la sociedad; existen suficientes evidencias que nos demuestran que un sistema de juicios orales, en el que las pruebas se rinden bajo la mirada del público y en el que el juzgador escucha directamente a las partes.

Se encuentra en estudio en la Cámara de Diputados la iniciativa de reforma constitucional que se limita a la modificación de siete artículos de la Carta Magna, es decir del 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21.

### **7.1.-BREVE ANÁLISIS DE LA REFORMA PROPUESTA A CADA ARTÍCULO**

#### **7.1.2.- Artículo 14 Constitucional**

Se propone modificarlo en su párrafo tercero para incluir dos principios de derecho penal sustantivo; tales principios son el de proporcionalidad entre delitos y penas y el de lesividad.

El principio de proporcionalidad supone que el legislador deberá tomar en cuenta el daño del bien jurídico afectado por

una conducta delictiva para establecer la sanción que debe aplicarse, de modo que a una conducta que dañe un bien jurídico de menor importancia no se le aplique una sanción que supere a una conducta que sanciona un bien jurídico de mayor importancia.

El principio de lesividad consiste en que el legislador debe sancionar penalmente sólo aquellas conductas que en verdad dañen bienes jurídicos relevantes, con ello se pretende establecer el carácter del derecho penal como “*última ratio*”, es decir como recurso extremo del Estado para sancionar a personas que realicen conductas antijurídicas.

### 7.1.3.- Artículo 16 Constitucional

Son dos modificaciones que se proponen a este artículo. La primera consiste en la obligación de que toda persona que sea detenida por el Ministerio Público sea conducida inmediatamente ante una autoridad jurisdiccional. De esta manera desaparecería la figura de la *retención* realizada por el Ministerio Público. Se le otorga un plazo de cuarenta y ocho horas al Ministerio Público para que pueda recabar los elementos de prueba que considere suficientes para que el juzgador competente emita, en su caso, un auto de sujeción a proceso, si excede el plazo citado y el juez no recibe los elementos de prueba suficientes para sujetar a proceso al detenido, deberá ordenar su inmediata libertad.

Esta modificación es muy importante porque: “*No existe en la Constitución término alguno que establezca los momentos en que debe concluirse la Averiguación Previa, estos términos están al arbitrio del Ministerio Público, sujetando sus integraciones principalmente en aquellos casos cuando no exista detenido, por el simple hecho de que no se haya dado la flagrancia, no se trate de un caso grave y mucho menos que se haya librado Orden de Apreensión. El problema se da cuando no hay detenido, ya que cuando lo hay (detenido) la ley es concreta al establecer los términos y momentos para la integración de la Averiguación Previa*”.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Martínez Garnelo, Jesús. “La investigación Ministerial Previa”, México D.F. editorial Porrúa, sexta edición 2002. página 326.

La segunda modificación que se propone consiste en impedir la incomunicación de la persona privada de la libertad, ya sea en régimen de detención, de prisión preventiva o de prisión con motivo de una sentencia definitiva o de prisión con motivo de una sentencia definitiva de carácter condenatorio. La comunicación del detenido con su abogado deberá asegurarse en todas las etapas del proceso penal.

#### *7.1.4.- Artículo 17 Constitucional*

Con el nuevo sistema de justicia penal, se propone una justicia penal, que permita resolver el conflicto con medidas alternas bajo el control jurisdiccional, para asegurar la reparación del daño por parte de la víctima.

#### *7.1.5.- Artículo 18 Constitucional*

Se propone asimismo complementar la redacción vigente del artículo 18 constitucional para prescindir de la prisión preventiva para ser sustituida por una pena alternativa a la prisión, por ejemplo el tratamiento en libertad, el trabajo a favor de la comunidad, etc.

#### *7.1.6.- Artículo 19 Constitucional*

Se propone modificar este artículo para distinguir los supuestos y consecuencias del nuevo auto de vinculación a proceso. Este cambio pretende abandonar el actual concepto de “sujeción a proceso”, porque tiene su origen en el sistema inquisitivo, anteriormente aludido.

Otra diferencia con el auto de formal prisión, es que éste exige la demostración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado y el auto de vinculación a proceso se sustenta únicamente en la existencia de un hecho punible, sin la imposición de la prisión preventiva, pero con otras medidas cautelares leves como es el caso de la prohibición de abandonar determinada circunscripción territorial.

En este nuevo sistema el Ministerio Público podrá reunir las probanzas suficientes y pedir la apertura del juicio, aun cuando ya

haya intervenido la autoridad jurisdiccional, sin necesidad de acreditar la probable responsabilidad del inculcado, este cambio es acorde a la reforma establecida en Chile, donde ya no existe el auto de formal procesamiento, como lo hemos visto líneas atrás.

A este respecto, en la actualidad existe una etapa de averiguación previa la cual es considerada: “[...] como el conjunto de actividades de investigación para acreditar la existencia del Tipo penal y de la Probable Responsabilidad, diligencias que en su conjunto representarán los hechos y las acciones indiciarias más contundentes y determinadas que puedan efectuarse por parte del Ministerio Público o bien por la Policía Judicial y en forma excepcional por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público, un caso concreto son los cateos y la reconstrucción de hechos”.<sup>5</sup>

#### 7.1.7.- Artículo 20 Constitucional.

Este artículo se pretende modificar por completo para incorporar las bases del debido proceso legal y los juicios orales, tanto en el ámbito federal como en el local; se propone un proceso penal acusatorio, adversial y oral, con principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

También se proponen diversas fracciones en las que se enumeran los derechos de las partes en el proceso, como son la presunción de inocencia, dicho principio se desprende de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, misma que establece en el artículo 11, párrafo primero, que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

También se propone delimitar el uso de la prisión preventiva de manera cautelar, para llevarse a cabo sólo en excepción, es decir la regla general será que el inculcado permanezca libre mientras no se dicte una sentencia condenatoria.

---

<sup>5</sup> Martínez Garnelo, Jesús. “Opus citae”, página 312.



Además de proponer un límite a la duración de la prisión preventiva, en la iniciativa se considera el plazo de dos años en prisión preventiva sin haber recibido sentencia condenatoria, para que se ponga en libertad y permanezca vinculada al proceso penal hasta que se resuelva el proceso penal.

Se establece la prohibición de que una persona rinda prueba confesional ante el Ministerio Público, con la finalidad de evitar presiones y evitar una sentencia condenatoria sobre la base de la confesión.

#### 7.1.8.- Artículo 21 Constitucional

Se proponen ciertos cambios al primer párrafo del artículo 21 constitucional, para que el Ministerio Público tenga la obligación de investigar la comisión de delitos y de ejercer la acción penal cuando hubiere elementos suficientes, y además se propone dotar a los particulares de ejercer directamente la acción penal.

Actualmente, “[...]el Ministerio Público, tiene la obligación de recibir o ser receptor de la denuncias, querellas o realizar acciones oficiosas cuando el caso lo amerite, sobre hechos determinados que la ley señala como delito, tal y como lo establece el artículo 16 Constitucional”.<sup>6</sup>

En este artículo se propone introducir el principio de oportunidad en el caso de delincuencia organizada, donde se permite que las autoridades no persigan al probable responsable que decide cooperar con la justicia y suministrar elementos para someter a proceso a sus copartícipes o altos responsables de la organización criminal.

---

<sup>6</sup> Idem. página 370.

## Los principales problemas de la defensa pública federal en averiguación previa

*Francisco Lomelí Hernández\**

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Entre los problemas que se pueden detectar en la averiguación previa, que es el período de preparación de la acción penal, contemplado en el artículo 1° Fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales, tenemos los siguientes:

PRIMERO: La designación de personas de confianza en las declaraciones ministeriales que rinden los indiciados de un delito en materia federal, sin que se designe, además, por parte de los Agentes del Ministerio Público Federal, para una defensa adecuada, a un Defensor Público Federal, quien está facultado para intervenir en defensa de los indiciados, cuando así lo soliciten éstos, o el propio Ministerio Público de la Federación, de conformidad con las atribuciones que estos defensores tienen, conforme a lo dispuesto por los artículos 11 de la Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de mayo de 1998, en relación con el 21, Fracción II, de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de noviembre de 1998; considerando que esas designaciones de personas de confianza, vulneran la garantía de adecuada defensa de los indiciados en averiguación previa.

---

\* Defensor Público Federal.

SEGUNDO: Otro problema que se presenta en esta fase del procedimiento penal, y que también considero es una violación de garantías para el indiciado, es que no se le haga saber inmediatamente después de que es detenido, o de que es puesto a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación, que tiene derecho a una defensa adecuada, y que tiene derecho a designar un Defensor Público Federal, violándose con ello, lo dispuesto en el artículo 128, fracción III, inciso b), del Código Federal de Procedimientos Penales, mismo que a continuación me permito transcribir en su parte relativa:

Artículo 128.- “Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

[...]

III. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

[...]

b). Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

[...]

Para efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes.

De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones.

[...]”

Lo anterior tiene relación además, con lo dispuesto por el artículo 21, fracción II, de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, que contempla la entrevista previa del Defensor Público Federal, inmediatamente después de que el indiciado es privado de su libertad, y si bien es cierto que

gracias a la labor constante de la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública y de los propios Defensores Públicos Federales adscritos a averiguación previa, en la actualidad, en la mayoría de los casos, se permite la entrevista previa con los indiciados, esto es, al momento en que ya se encuentran a punto de rendir declaración ante el Agente del Ministerio Público de la Federación.

## **ANÁLISIS DEL PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

Nuestra Constitución señala que el inculpado puede defenderse por sí mismo, por su abogado, o por persona de su confianza; y en caso de no tener quien lo defienda después de haber sido requerido para ello, el juez le designará un defensor de oficio.

Para el caso de que decida defenderse por sí mismo, o por persona de su confianza, es obligación para el juez designarle un defensor de oficio, ya que en estos supuestos se carecería de los conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo una adecuada defensa.

Por lo que respecta a este derecho del indiciado a nivel de averiguación previa, en el ámbito federal, si bien es cierto que el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala en su fracción III, inciso b), que tiene derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiera o no pudiese designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio; sin embargo, lo señalado en último término, no ocurre así, ya que el Ministerio Público, aprovechándose de que a nivel constitucional sólo se hace referencia a que el juez es quien, después de requerir al procesado para que nombre defensor, y si no lo hace, éste le designará un defensor de oficio, por lo tanto, si el indiciado “designa” a persona de su confianza, el Ministerio Público Federal, así lo asienta, sin nombrarle un defensor de oficio; apoyándose además el Ministerio Público, en un artículo procesal, que señala que sólo el Juez, es quien está obligado a designar un defensor de oficio, cuando se presente una situación así, siendo este artículo el 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, que textualmente establece, en su parte relativa, lo siguiente:

“Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculcado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa”.

Este es el primer problema detectado en la averiguación previa, lo cual, como se dijo, constituye una violación a la garantía de adecuada defensa, y que se encuentra contemplada en el artículo 20 apartado “A”, Fracción IX, y último párrafo de dicho apartado, de la Constitución Federal, en relación con el 128, fracción III, inciso b), del Código Federal de Procedimientos Penales.

Considerando que sí constituye una violación a la garantía de una adecuada defensa, ya que la “persona de confianza”, en ocasiones es familiar del probable responsable, y en muchas ocasiones esa “persona de confianza”, ni siquiera conoce al indiciado, siendo por el contrario “persona de confianza”, pero del Agente del Ministerio Público de la Federación, que lo designa, y sin que tenga conocimientos jurídicos, para que pueda asesorar y orientar adecuadamente al indiciado.

Lo anterior afecta además las funciones encomendadas a los Defensores Públicos Federales, y que se encuentran contempladas en los artículos 11 de la Ley Federal de Defensoría Pública y 21, fracción II, de las Bases de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Lamentablemente la interpretación que se ha dado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por un Tribunal Colegiado de Circuito, respecto a esta situación, ha sido desafortunada, permitiéndome transcribir los criterios que se han emitido, al respecto:

**"DECLARACIÓN ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN. NO CONSTITUYE REQUISITO LEGAL QUE LA PERSONA QUE ASISTA A LOS INCULPADOS EN**

SU DESAHOGO SEA UN LICENCIADO EN DERECHO. De la interpretación del artículo 20, apartado A, fracción X, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que no necesariamente debe ser un profesional del derecho la persona que asista a los inculcados cuando rindan sus declaraciones ministeriales en una averiguación previa federal, porque la garantía de defensa consagrada en dicho precepto fundamental, que textualmente refiere: “Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan”, está sujeta a las limitaciones y reglamentaciones que al respecto establezca el legislador ordinario en la legislación procesal respectiva. En ese sentido, si el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales –el cual resulta aplicable al regir específicamente a esa garantía en esta fase previa procedimental– no señala la mencionada exigencia, es inconcuso que los inculcados pueden ejercer dicha garantía constitucional por sí, por un abogado, o por persona de su confianza. De ahí que para el debido desahogo de esas diligencias ministeriales no se requiera que la designación aludida recaiga forzosamente en un licenciado en derecho”.

T.J. 9/2006. Amparo directo en revisión 198/99. 21 de junio de 2000. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Amparo directo en revisión 1050/2000. 14 de febrero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Javier Carreño Caballero.

Amparo directo en revisión 1012/2000. 4 de julio de 2001. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Javier Carreño Caballero.

Amparo directo en revisión 1747/2005. 23 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Amparo directo en revisión 1908/2005. 30 de noviembre de

2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

“DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO. La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé tres formas a través de las cuales el inculcado puede ejercer su defensa, a saber: a) por sí mismo, b) por abogado, y c) por persona de su confianza; y, además, dispone que en caso de que el inculcado no elija una de estas posibilidades, después de que haya sido requerido para ello, el Juez deberá nombrarle un defensor. En concordancia con esa disposición, el numeral 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo conducente señala que cuando el inculcado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, deberán hacérsele saber los derechos que le otorga la Constitución Federal, entre otros, el de: “... Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio ...”. Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o Ministerio Público), debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, debe contar con título de licenciado en derecho. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos, cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos, de que durante el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, estén asesorados por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. En contraposición con esa disposición, es claro que la designación que haga el propio inculcado de su defensa puede no satisfacer ese requisito; por tanto,

el nombramiento de defensor podrá ejercerlo cualquier persona”.

No. Registro: 188,418. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Noviembre de 2001. Tesis: 1a./J. 91/2001. Página: 9. Contradicción de tesis 87/99-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 27 de junio de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto. Tesis de jurisprudencia 91/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de tres de octubre de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

“DECLARACIÓN MINISTERIAL FEDERAL. NO CONSTITUYE REQUISITO LEGAL QUE LA PERSONA QUE ASISTA A LOS INCULPADOS EN SU DESAHOGO SEA NECESARIAMENTE UN LICENCIADO EN DERECHO. Una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 20, fracción X, párrafo cuarto, constitucional, lleva a considerar que no necesariamente debe ser un profesional del ramo la persona que asista a los inculpados cuando rindan sus declaraciones ministeriales en una averiguación previa federal. Ello es así, porque la garantía de defensa consagrada en ese precepto fundamental, que textualmente refiere que: “Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan”, se encuentra sujeta a las limitaciones y reglamentaciones que al respecto se establezcan por el legislador ordinario en la legislación procesal respectiva y, al no señalarse la mencionada exigencia para colmar tal garantía en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual resulta aplicable al regir específicamente a esa garantía en esta fase



previa procedimental, es inconcuso que los inculpados se encuentran autorizados para ejercer dicha garantía constitucional por sí, por un abogado, o por persona de su confianza. De ahí, que para el debido desahogo de esas diligencias ministeriales no se requiera que la designación aludida recaiga, forzosamente, en un perito en derecho o profesional del ramo”.

No. Registro: 190,606. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Diciembre de 2000. Tesis: 1a. XXXVI/2000. Página: 241.

“DEFENSOR DEL INDICIADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. NO SE REQUIERE QUE SE TRATE DE UN PROFESIONAL DEL DERECHO O QUE TENGA RELACIÓN ESTRECHA O DE AFINIDAD CON AQUÉL. Es evidente que cuando en la fracción II del apartado A del artículo 20 constitucional se hace alusión al concepto de “defensor”, no puede pretenderse asignarle a éste una connotación única y exclusivamente como de profesional del derecho, pues además de que no se exige así, ello sería descontextualizar el contenido de los diversos preceptos constitucionales que hacen alusión a las formas en que el inculpado puede ser asistido, esto es, por sí, por abogado o por persona de su confianza, como refieren las fracciones IX y X, párrafo cuarto, del propio artículo 20 constitucional, sin que pueda soslayarse que tratándose de la averiguación previa, es precisamente en los términos que refieren estas fracciones que el indiciado tiene el derecho de verse asistido. Lo anterior significa, por un lado, que durante la etapa de averiguación previa el indiciado puede ser asistido, para efectos de su declaración, por abogado o por persona de su confianza, y que incluso puede hacerlo “por sí”, y no obstante, en cualquier caso, se cumple con el derecho de una defensa adecuada; por otra parte, por “persona de confianza”, ni la Constitución ni la ley exigen una relación previa de amistad, parentesco o afinidad tal que genere un motivo posible de “confianza” en el sentido personal, sino que con tal expresión se designa a quien, fuera de los supuestos relativos a

una defensa por abogado, o por sí mismo, el indiciado opta por designar a una persona distinta, es decir, se trata del otorgamiento de diversas opciones para el indiciado, a fin de no restringir la facultad de designación respecto de quienes no contasen con determinados atributos”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 641/2002. 27 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz. Amparo directo 560/2004. 10 de diciembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz. Amparo directo 513/2005. 8 de diciembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Omar Fuentes Cerdán. Amparo directo 612/2005. 17 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega. Amparo directo 9/2006. 17 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Omar Fuentes Cerdán. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Mayo de 2006, Tesis: II.2o.P. J/19, Página: 1524.

## ANÁLISIS DEL SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

De acuerdo con lo que establece nuestra Constitución Federal en el artículo 20, fracción IX, se designará al defensor en el momento en que se vaya a tomar al inculcado su declaración preparatoria; pero lo anterior lógicamente se refiere al proceso, ya cuando el inculcado es puesto a disposición de la autoridad judicial.

El problema se presenta en averiguación previa, en el ámbito federal, ya que, al ser detenida una persona, por órdenes del ministerio público, o a partir de que ésta es puesta a su disposición, no se le notifica de inmediato que tiene derecho a designar defensor particular o de oficio, para que éste lo asesore y oriente, y solicite, en su caso, las pruebas pertinentes en su favor; haciéndole saber de este derecho, generalmente, hasta el momento en que el inculcado está

a punto de rendir declaración, y es hasta ese momento, en que se requieren los servicios del Defensor Público Federal, para que lo asista, siendo éste, el segundo problema detectado en la integración de averiguaciones Previas, en el ámbito Federal.

Y, si bien es cierto, se permite la entrevista previa con el inculcado, ésta se realiza en forma apresurada, porque es al momento en que el inculcado está a punto de rendir su declaración, y lo que acarrea, por lo general, esta situación, es que, en primer lugar, el defensor pide tiempo para dar una lectura rápida a las constancias de la averiguación previa, y enseguida, al entrevistarse con el inculcado, en ocasiones, al ver que éste va a aceptar las imputaciones hechas en su contra, se les explica por parte del Defensor Público Federal, que tiene derecho a no autoincriminarse, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 apartado "A", fracción II, de la Constitución Federal, y es cuando se generan fricciones con los Agentes del Ministerio Público, ya que éstos lo interpretan, en el sentido de que el defensor le está indicando al indiciado que no declare, cuando lo que en verdad acontece, es que se le explica que su situación jurídica es delicada, y si termina por confesar el delito, su situación se empeoraría más, y lo que se le recomienda al indiciado, es que lo mas conveniente para sus intereses, es que no rinda declaración ministerial. Esto se presenta, sobre todo en asuntos relevantes, como por ejemplo, cuando existen imputaciones de posesión en cantidades considerables de narcóticos, comercialización, tráfico, suministro y transporte de narcóticos; portación de armas de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, de las que no alcanzan el beneficio de la libertad provisional bajo caución, tráfico de indocumentados, etcétera; asuntos, en los que, además, por lo general, la declaración ministerial se recaba casi al vencerse el termino legal de retención de 48 horas, y, si bien es cierto, se solicitan al ministerio público, por parte de la defensa, las pruebas pertinentes, éste no las acuerda de conformidad, en virtud de que ya le queda poco tiempo, para efectuar la consignación al Juez de Distrito.

Tal como puede apreciarse en este tipo de asuntos, la función del Defensor Público Federal, se concreta a ofrecer las pruebas, y hacer los alegatos a favor de los defendidos, tanto en la declaración ministerial, como por escrito, pero las pruebas solicitadas, como se dijo, no se desahogan, por falta de tiempo.

Considerando que el hecho de que no se designe en forma inmediata a su detención, o al momento en que los indiciados son puestos a disposición del Ministerio Público Federal, a un defensor, es un impedimento, para que puedan tener una adecuada defensa; violándose con ello lo dispuesto por el artículo 20 apartado "A", fracciones II y IX, y último párrafo de dicho apartado, de la Constitución Federal, en relación con el 128 fracción III, inciso b), del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con lo dispuesto por el artículo 21, fracción II, de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, que contempla también la entrevista en forma inmediata a su detención, de los detenidos.

¿Qué criterios ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación a este problema?

Tenemos que en primer lugar, consideró que no era jurídica, ni factiblemente posible, que se les nombrara defensor a los indiciados, antes de rendir declaración ministerial; para lo cual nos permitimos transcribir la tesis de jurisprudencia emitida al efecto:

**"DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.** Una recta interpretación de lo dispuesto en las fracciones IX y X, párrafo cuarto, apartado A, del artículo 20 constitucional, permite deducir la existencia de significativas diferencias entre los alcances y efectos de las garantías de defensa adecuada consagradas en dichas fracciones; esto es así, porque jurídica y fácticamente existe imposibilidad para que ambas sean observadas en igualdad de circunstancias, en virtud de que el campo de su aplicación pertenece a fases

procedimentales distintas, además de que se rigen por reglamentaciones específicas contenidas en los artículos 128 y 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible y existan condicionantes reales para que su otorgamiento pueda hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculpadados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe ser interpretado en forma sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconcuso que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía sea observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación, en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedimental (toma de declaraciones ministeriales), la autoridad persecutora de delitos se encuentra real y jurídicamente en condiciones de saber si los hechos investigados son constitutivos de delito federal y si el o los detenidos se encuentran en calidad de inculpadados o de testigos de esos hechos, pues sólo hasta ese momento ministerial, el representante social federal, con base en los resultados que arrojen las diligencias probatorias aludidas, es factible que cronológicamente se encuentre en posibilidad de cumplir y hacer cumplir la garantía constitucional aludida, lo que no sucede respecto del derecho de defensa ejercido en las diversas etapas que en términos de lo previsto en el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales, conforman el proceso penal federal (preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia) pues en tales casos, el juzgador federal desde el auto de radicación tiene conocimiento de los hechos consignados y de la calidad de las personas puestas a su disposición, por lo que no existe impedimento alguno para que desde ese momento procesal y hasta la total conclusión del juicio pueda ser ejercida y cumplida la

garantía constitucional en cita; luego entonces, los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos periodos que comprenden el proceso penal federal”.

No. Registro: 184,164. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII, Junio de 2003. Tesis: 1a./J. 31/2003. Página: 49. Tesis de jurisprudencia 31/2003. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de junio de dos mil tres.

Después consideró que la declaración obtenida sin que se permitiera al defensor la entrevista previa con su defendido, originaba la falta de valor probatorio de la confesión así obtenida, y que incluso el detenido podía solicitar inmediatamente a su detención, la asistencia de un defensor, para lo cual nos permitimos transcribir la tesis emitida al efecto:

“DEFENSA ADECUADA, ALCANCE EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20 APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquélla se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal pueden ser concebidas como un mero requisito formal, sino que deben hacerse efectivas y permitir su implementación real para una participación efectiva en el proceso por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión

rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la "asistencia" no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor".

Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXI, Enero de 2005 Tesis: 1a. CLXXI/2004 Página: 412 Materia: Constitucional, Penal Tesis aislada. Amparo directo en revisión 1236/2004. 10 de noviembre de 2004. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Míreles.

Luego consideró que la declaración obtenida, sin la entrevista previa, no restaba en todos los casos eficacia probatoria a la confesión:

"DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDICIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFESIÓN RENDIDA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. CLXXI/2004, consultable en la página 412 del Tomo XXI, enero de 2005, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, al interpretar dicha disposición constitucional en sus diversas fracciones, sostuvo que el detenido en flagrancia podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente

que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial; asimismo, que la primera declaración rendida ante el Ministerio Público estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor. En ese sentido, si bien es cierto que, el incumplimiento a lo anterior constituye una violación procesal, también lo es que ésta no trasciende en perjuicio del derecho de defensa del indiciado, en caso de que la declaración rendida al respecto no esté desvirtuada, sea verosímil y, además, se encuentre corroborada por otros elementos de convicción, siempre y cuando el defensor lo haya asistido en la diligencia ministerial respectiva, por lo que la circunstancia referida no es suficiente, por sí misma, para restar eficacia probatoria a la confesión de mérito. Además, en estos casos no puede afirmarse que se esté ante actos prohibidos como la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la presencia de su defensor, que es de lo que específicamente protege la fracción II del artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

T.A. CC/2005. Amparo directo en revisión 808/2005. 24 de agosto de 2005. Mayoría de 3 votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Por fortuna, la última interpretación que ha hecho la Corte, es en el sentido de que la confesión obtenida sin que se permita al defensor la entrevista previa con su defendido, origina la falta de valor probatorio de la confesión así obtenida, e incluso el detenido puede solicitar inmediatamente a su detención, la asistencia de un defensor, para lo cual nos permitimos transcribir la tesis de jurisprudencia emitida al efecto:

“DEFENSA ADECUADA, ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20 APARTADO A, DE LA CONSTITU-



CIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquélla se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la "asistencia" no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor".

T.J. 23/2006. Amparo directo en revisión 1236/2004. 10 de noviembre de 2004. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Míreles. Amparo directo en revisión 759/2005. 15 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo. Amparo directo en revisión 1782/2005. 23 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. Amparo directo en revisión 1908/2005. 30 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ra-

món Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Amparo directo en revisión 2151/2005. 22 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Arnoldo Castellanos Morfín.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta tesis de jurisprudencia, se contrapone con la primera tesis de jurisprudencia citada, ya que en esta última se interpreta que la confesión obtenida, sin que se permita al defensor la entrevista previa con su defendido, origina la falta de valor probatorio de la confesión así obtenida, e incluso el detenido puede solicitar inmediatamente a su detención, la asistencia de un defensor; mientras que la primera tesis de jurisprudencia establece que no es jurídica, ni factiblemente posible, que se les nombre defensor a los indiciados, antes de rendir declaración ministerial, porque antes de esa diligencia, aún no se puede tener la certeza de si tienen o no la calidad de inculpados.

Por lo que consideramos que el problema no ha sido resuelto en su totalidad, ya que tanto el Ministerio Público, como la Defensa pueden apegar al criterio que más les convenga, y ambas partes, de acuerdo a estos criterios pueden tener razón; por lo que se hace necesario que se denuncie la Contradicción de tesis, para que, en caso de que ésta proceda, se establezca un criterio definitivo; o que se haga una reforma constitucional y procesal, que sea clara y no deje lugar a dudas, de a partir de qué momento el indiciado en Averiguación Previa, puede nombrar defensor, y se proporcionen las herramientas necesarias, para que la garantía se haga efectiva.

## COMENTARIOS FINALES

Para tratar de resolver los problemas detectados en esta Fase del Procedimiento Penal, que es la Averiguación Previa, se formulan las siguientes propuestas:

PRIMERA: Por lo que respecta al primer problema analizado, se hace necesaria una reforma, tanto a nivel Constitucional como en Materia Procesal Penal Federal, a fin de que los Agentes del Ministerio Público de la Federación se vean obligados a tener que de-

signar un Defensor Público Federal, en aquellos casos en que los indiciados manifiesten que desean ser asistidos por una persona de confianza, para que, de esta forma, aquellos puedan tener una defensa adecuada, por parte de un profesional con experiencia en Averiguación Previa a nivel Federal, y, ya no tener que estar dependiendo de las interpretaciones, en ocasiones tan desafortunadas, que hace nuestro máximo tribunal de Justicia en México.

SEGUNDA: Por lo que respecta al segundo problema analizado, se hace necesaria una reforma, tanto a nivel Constitucional como en Materia Procesal Penal Federal, a fin de que los Agentes del Ministerio Público de la Federación se vean obligados a comunicar inmediatamente a los indiciados a partir de su detención, o de que sean puestos a su disposición, que tienen derecho a designar un Defensor, para que los asesore legalmente, y no nada más hacerlo constar en un acta, sino que se haga efectivo este derecho, incluso en presencia de un Defensor Público Federal, para el caso de que el indiciado manifieste que no cuenta con defensor particular, y de esta forma, al no tener quien lo defienda, designe o le designe el Ministerio Público en el acto, al Defensor Público Federal, firmando todos y cada uno de ellos el acta que se levante al efecto, y a partir de ahí se le dé acceso, tanto al indiciado como al defensor, a las constancias que integran la Averiguación Previa, para llevar a cabo una adecuada defensa.

Lo anterior, ayudaría además, a no tener que estar dependiendo de las interpretaciones tan cambiantes de postura, que hace nuestro máximo tribunal de Justicia en México.

## El paradigma de la inconstitucionalidad de la ficha signalética, a partir de una perspectiva de control social

*Ivonne Mares Ahedo\**

“Es mejor prevenir los delitos que punirlos, este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad o al mínimo de infelicidad posible”.  
Cesare Beccaria

Antes de adentrarnos al fondo del presente ensayo; es necesario puntualizar que las reformas constitucionales y legales que surgieron con el advenimiento del Estado Liberal moderno y que abarcaron por igual, procedimientos de investigación judicial y de ejecución, son el basamento de un pretendido humanismo de todo aquello que se relaciona con la cuestión criminal. La pena de prisión surge en sustitución de penas corporales como la tortura, la mutilación, los azotes, viéndonos endeudados con ese Estado que entiende, analiza y resuelve los conflictos a través de una justicia abstracta.

El mayor legado de esta transformación humanista, es el principio de legalidad en materia penal, el cual establece una limitación a la intervención del Estado, instaurándose la garantía de seguridad jurídica; panorama correlacionado a una intervención diáfana, inquestionable y perfectamente acorde con las normas axiológicas de lo conceptualizado como Derecho Positivo.

Por lo tanto, la premisa, sobre la cual partimos, es cuestionar si se ha superado el período de venganza pública y, si estamos en pre-

---

\* Defensora Pública Federal.

sencia de un auténtico derecho penal, dando como resultado que el sistema penal está estructuralmente cimentado para que la legalidad procesal no funcione, sino para que el poder se ejerza en un altísimo grado de arbitrariedad selectiva. Constituyéndose así, la piedra angular del poder, mediante el cual se ejerce el control social legitimado. En tal virtud, el Estado que conocemos y ante quien debatimos, utiliza la legalidad para legitimar su intervención y poder represivo, presentándola como bandera ideológica y dando como resultado que el Derecho en sentido taxativo, sea tan sólo un instrumento del poder.

Es por lo vertido con anterioridad que podemos inferir que la intervención del Estado se ve infiltrada de deformación de leyes penales en blanco, la tipificación con límites inciertos, con empleo de elementos descriptivos o normativos sin precisión semántica, con inclusión de elementos valorativos y con referencias de ánimo, técnicas ampliamente conocidas y recurridas por los legisladores.

De ahí, que podamos aseverar que la ficha signalética, también denominada orden de identificación administrativa, sea considerada como una medida de control social; expresada en el discurso formal, misma que encuentra su representación en La Ley<sup>1</sup> que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados; entendiendo ésta como una estrategia del poder, objetivado tanto como Estado, como aparato ideológico; conformándose así en un instrumento manipulador orientado a la imposición del consenso y a la represión de la disidencia, aplicada sólo a aquellos sujetos exitosamente captados por el Sistema de Justicia Penal y dirigido en esencia a los potenciales violadores de esa formalidad,<sup>2</sup> buscando además el consentimiento espontáneo que

---

<sup>1</sup> Por Ley, se comprende el Discurso normativo en sentido amplio, como deber ser, no sólo el jurídico y menos aun el jurídico penal, y en un sentido lacaniano, como el orden simbólico preexistente a todo sujeto, en el que este inscribe su deseo y que en este contexto, no puede ser otro más que el discurso de la modernidad ( *La reflexión de los conceptos de Freud, en la obra de Lacan*, México, Siglo XXI, 1983).

<sup>2</sup> Esto, ha sido evidenciado por la criminología crítica; toda vez que el Sistema de Justicia Penal, así como la función intimidatoria de su discurso, está dirigida sólo a los sectores más vulnerables. (Sobre las nociones de dureza y suavidad del control, Pavarini Massimo, *Dos Siglos de Pena. Prolegómenos de una historia carcelaria*, Manuscrito inédito).

otorguen las mayorías a la orientación que imprime a la vida social, el grupo dominante.

En corolario a lo expuesto en líneas precedentes; es importante tomar en consideración que el Diputado Federal de Chihuahua, José Mario Wong Pérez, por el Partido Revolucionario Institucional, presentó ante el Congreso la Iniciativa de Ley que propone eliminar la ficha sinaléctica al entrar a un reclusorio, estableciendo que la ficha debería ser tomada en cuenta al ser condenado por sentencia judicial, y no antes; es decir al comenzar el proceso, por lo que la misma se encuentra en proceso de discusión.

El proceso de aplicación de las normas, que privan o restringen el valor fundamental de las personas, es decir, la libertad, en nuestro país se lleva al cabo mediante dos controles duros, debidamente institucionalizados y que a saber, lo conforman en primer término el Poder Judicial Federal, por cuanto hace a la aplicación e interpretación del Derecho Penal Formal por parte de los Jueces, Magistrados, y Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en un segundo plano, está el Poder Ejecutivo, al margen de la Constitución, justificado algunas veces por la Ley y los Reglamentos y en los demás casos por razones de Seguridad Nacional.

Por lo que el *Principio de Legalidad*, constreñido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se cumple en la medida que, cuando se quiere aplicar el derecho formal e imponer las penas, éstos preexisten al momento de aplicarse, aunado a que dichos controles resultan objetivos al mostrarse como una realidad y como derecho, para futuras generaciones que las recibirán como historia y verdad; siendo necesariamente justificados y explicados por los dominadores. Todo esto constituye la conciencia de lo real, es decir la visión superficial del mundo-universo que aparece ante los hombres como objetividad, verdad, realidad y totalidad.

Dentro del metalenguaje de Foucault,<sup>3</sup> podemos aseverar que la verdad no se encuentra fuera del poder, ni carece de poder. Cada

<sup>3</sup> Foucault, Michael, *La verdad y las Formas Jurídicas*, México, Editorial Gedisa, 1984, páginas 35-47

sociedad posee su propio régimen de verdad, su política general de verdad. Esto es, los tipos de discurso que ella acepta y que hace funcionar como verdaderos o falsos; el modo en que son sancionados unos y otros, las técnicas y los procedimientos valorizados como medios para llegar a la verdad, el estatuto de los que están encargados de designar lo que funciona como verdad. Entendiéndose por verdad: “Al conjunto de procedimientos reglamentados para la legalidad, la repartición, la puesta en circulación y el funcionamiento de los discursos o proposiciones vigentes en el conocimiento y los saberes de una época y una sociedad determinada”.

Por lo que podemos inferir que sistematizando la concepción foucaultiana, la verdad así construida, se encuentra ligada circularmente a sistemas de poderes que la producen y la sostienen; interviniendo el poder sobre el discurso desde el exterior, manipulándose las fibras más sensibles de las personas, por cuanto hace la inseguridad social, aceptando ineludiblemente mayores y mejores sistemas de represión contra aquellos individuos que se seleccionan como sospechosos de ser peligrosos sociales y en una segunda instancia, el poder se hace inminente en el mismo discurso, construyendo sus objetos y sujetos e imponiendo sus modos de enunciación.<sup>4</sup>

El mundo cerrado de las normas jurídicas nace, se desarrolla y muere en el mundo de un *deber ser* futuro, que nunca llega a ser acto en el presente; por ende, el Derecho visto desde esta óptica, es una construcción particular de la realidad y por lo tanto es una artificialidad, que obedece a sus propios principios teóricos de formación, que lo dotan de una sustantividad específica y que evoluciona de acuerdo a sus mismas reglas de construcción.

Cabe destacarse, en consecuencia, que la norma jurídica es un discurso que se estructura con base en dos elementos, el primero de ellos, es el sentido deóntico, que trae aparejado el mandato o deber obligatorio que debe ser cumplido y un sentido ideológico, que ex-

---

<sup>4</sup> Jiménez G., *La herencia de Foucault, Pensar en la Diferencia*, México, UNAM, 1989, páginas 2 y 6.

presa la materia de su existencia en sí. En tal virtud, la norma institucionalizada, al ser un enunciado teórico, no requiere tener ningún referente con los hechos sociales, ni con la realidad que está afuera del sistema jurídico, aunque diga que se refiera a ellos.

Al respecto, la Suprema Corte de la Nación, se pronunció mediante el criterio jurisprudencial, que a continuación se reproduce por guardar identidad de razón, con lo vertido en líneas precedentes:

No. Registro: 188,636

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIV, Octubre de 2001

Tesis: 1a./J. 76/2001

Página: 79

CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. Del proceso legislativo de la referida reforma se advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto como núcleo del esquema, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca, en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la



reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el derecho penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador, al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no.

Contradicción de tesis 16/2000. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito. 4 de abril de 2001. Mayoría de tres votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

Tesis de jurisprudencia 76/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de quince de agosto de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presiden-

te en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

Cabe destacarse, que se comparte la disidencia del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, validada mediante su voto particular, misma que obedece medularmente a lo siguiente: “Difiero de la opinión de la mayoría, porque considero que en la reforma que sufrió el artículo 52 del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, se introdujo la figura de grado de culpabilidad para efectos de la individualización de la pena, abandonando los conceptos de peligrosidad o temibilidad, razón por la cual la culpabilidad se debe determinar con base exclusivamente en aspectos objetivos que concurrieron al hecho delictuoso y no atender a los antecedentes del sujeto, pues al sustituirse la temibilidad o peligrosidad por la culpabilidad implica que al momento de individualizar las penas, el juzgador debe tomar en cuenta exclusivamente los aspectos objetivos del hecho ilícito cometido y no se tomen en consideración los antecedentes penales.-Las razones antes expuestas, sustentan mi convicción de no compartir la decisión de la mayoría”.

Por lo que haciendo un acucioso análisis, de la citada tesis, se esgrime que atendiendo a los postulados de la Criminología, los exámenes deben estar encaminados a establecer la personalidad del autor del delito, en el momento preciso en que el hecho ocurrió, siendo indiscutiblemente necesario, establecer con certeza, mediante un proceso penal, quién fue el autor, para ulteriormente conocer las circunstancias que intervinieron para la comisión del delito; destacando que, en nuestro sistema jurídico es contrario; partiendo de que el estudio de personalidad se practica a los sujetos que están en proceso, exigiéndose en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que: “Los procesos se sigan forzosamente por el delito o los delitos, indicados en el auto de formal prisión, excluyendo categóricamente que se sigan con base en mo-

tivos diversos y menos en base a la personalidad de los gobernados[...]", estando esto dentro del marco de nuestra Constitución.

Aduciendo lo vertido con antelación, puede dilucidarse que el estudio de personalidad, la ficha signalética o bien, la orden de identificación administrativa, como medios para incriminar o agravar la incriminación penal, como consecuencia directa tanto del auto de sujeción a proceso, como del de formal prisión, constituyen una medida de naturaleza administrativa-procesal, por ser sistemáticamente una pena infamante por el tipo de tormento que se sufre por la etiqueta y marca que encierra en sí misma; a pesar de lo anterior, ha emergido la tesis aislada que sustenta que no debe atribuírsele el carácter de pena infamante o tormentosa en relación con el numeral 22 de nuestra Carta Magna, criterio que a continuación se plasma:

No. Registro: 232,610

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

Séptima Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

121-126 Primera Parte

Tesis:

Página: 67

FICHAS SIGNALÉTICAS, FORMACIÓN DE. IDENTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE PROCESADOS. No es verdad que la identificación administrativa del inculpado que ordena el artículo 165 del Código Federal de Procedimientos Penales sea violatoria del artículo 22 constitucional, por constituir una pena infamante y trascendental. Tal apreciación es incorrecta, en tanto que la citada identificación, o sea, la elaboración de la ficha signalética, no tiene la naturaleza jurídica de una pena, sino que constituye una simple medida administrativa necesaria para la identificación y conocimiento de los antecedentes del procesado, cuya finalidad no es otra sino la de aportar al Juez del proceso y a los futuros procesos, elementos

necesarios para la individualización de la pena. Además, como la citada identificación del inculcado se lleva al cabo inmediatamente después de dictado el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, resulta evidente que no es jurídico considerarla como pena, pues ésta se impone en la sentencia y tiene como finalidad el sancionar la conducta activa u omisiva que resulta delictuosa, lo que no sucede con la tantas veces citada identificación del procesado, cuya naturaleza es, según se acaba de precisar, la de una simple medida administrativa que, por otro lado, no puede estimarse de carácter trascendente, porque no va más allá de la persona del inculcado. Así pues, si la identificación del procesado que prevé el artículo 165 del Código Federal de Procedimientos Penales no tiene la naturaleza jurídica de una pena, no puede considerarse que sea contraria a lo dispuesto por el artículo 22 constitucional.

Amparo en revisión 560/78. Hermilo Tamez Chávez. 2 de mayo de 1979. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Séptima Epoca, Primera Parte:

Volúmenes 115-120, página 59. Amparo en revisión 4890/77. Jesús Domínguez Hernández. 12 de septiembre de 1978. Unanimidad de quince votos. Ponente: Mario G. Rebolledo.

Volumen 86, página 29. Amparo en revisión 2359/66. Otto Especer López. 23 de febrero de 1976. Unanimidad de diecisiete votos en sus puntos resolutivos y por mayoría de catorce votos. Disidentes: Rocha Cordero, Téllez Cruces y Palacios Vargas. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Vista la tesis preliminar, es de considerarse que dentro del doble discurso, sustentado en dicho criterio, se advierte que el mismo es resultado de una labor sobre ideas concebidas como entidades con propia sustantividad, con un desarrollo independiente y sometidas a su particular conciencia de la realidad, durante un determinado espacio y circunstancias históricas institucionalizadas por quien detenta el poder, manteniendo su ideología mediante el control social formal, derivado de mecanismo de sumisión y obediencia jerár-

quica, como instrumento político o como garantía de realidad, toda vez que, como señala Habermas,<sup>5</sup> la técnica es dominio metódico, científico, calculado y calculante sobre la naturaleza y sobre los hombres. Recurriendo que la ontología de la ideología, puede o no obtenerse de la experiencia de la relación objeto-sujeto; resultando arbitraria, no requiriendo ser coincidente con la conciencia de otros hombres; pero que al institucionalizarse como norma-discurso, a través del lenguaje se impone como conciencia colectiva.

Por otra parte, deviene precisarse que el tratamiento para procesados, respaldado en el estudio de la personalidad, no se encuentra contemplado en la Constitución General de la República, como medio de Readaptación Social, en tal virtud no puede adherirse a la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, partiendo que el artículo 18 de nuestra Constitución instituye que: “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”. Al respecto, se infiere que al hablarse de Sistema Penal y Readaptación Social de los Delincuentes, nuestra Ley Suprema, apunta hacia la ejecución de la pena en las cárceles y a las personas que han sido sentenciadas; por lo que no debe darse una interpretación literal, por el contrario, ésta debe situarse dentro del contexto en el que fue desarrollada por el legislador, desprendiéndose por ende, que el espíritu del legislador no constrictó su ámbito de aplicación a los procesados.

En tal virtud, resulta violatorio e inconstitucional, toda vez que vulnera el Principio de Inocencia, lacerando adyacentemente el artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de los Ciudadanos, al someter a quienes están en prisión preventiva, al estudio de personalidad, al trabajo o a la educación.

---

<sup>5</sup> Habermas, J., *Ciencia y Técnica como Ideología*, México, Editorial, Red Editorial Iberoamericana, Rei, Serie Universitaria, 1983.

Lo que estipula el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la exigencia tácita de que el Ejecutivo sea el encargado de controlar y administrar el sistema penitenciario, mediante la infraestructura y los medios efectivos que permitan las finalidades ahí enmarcadas; para de esa forma contar con los instrumentos tendientes a lograr la readaptación social del sentenciado “como fin de la pena”, pero como es de advertirse, dicha finalidad no puede objetivarse por múltiples factores que son permeables al vislumbrar nuestra realidad; en consecuencia, al no observar dicho mandato constitucional, las cárceles deberían desaparecer, pero como reseña Beccaria: “La cárcel es el peor de todos los males, pero por desgracia resulta un mal necesario”.

Por otra parte, el artículo 20 constitucional constriñe como garantía la Libertad Provisional Bajo Caución, y para fijarla el operador ministerial, deberá atender a las circunstancias personales del inculcado y a la gravedad del delito, por lo que haciendo una interpretación lógica, el constituyente buscaba proteger al sujeto, al efecto de que el monto de dicha garantía, fuera proporcional a la situación económica, resultando inoperante e infundado interpretar que dicho artículo sea, el que prevea el estudio de personalidad, tendiente a justificar la peligrosidad social de un procesado, o bien, de acuerdo a la reforma de 1994 del ordinal 52 del código sustantivo de la materia, la culpabilidad como axioma y presupuesto del reproche penal; para sacarlo de los sujetos considerados como buenos, aplicándole la etiqueta de delincuente, entregándolo desnudo al juez, para que cuente con más elementos de condena y para justificar primordialmente la decisión judicial, constituyendo una coacción física y psicológica, cuya finalidad intrínseca es estereotipar de esa forma al sujeto, antes de que se haya determinado si está o no involucrado en un delito, o, si es o no responsable; porque dentro de una sociedad vertical como la nuestra las etiquetas marcan, dejando a los entes en un estado de indefensión; toda vez que no está en posibilidad de mostrar su “no potencialidad” de violar la norma.

De ahí que la “Doctrina Penal”, democráticamente configurada en el numeral 19 de nuestra Carta Magna, estipule que: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad. Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Todo mal tratamiento que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”. Y el artículo 52 del Código Sustantivo Penal describe que: “El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

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

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

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

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

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

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

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

De los citados preceptos se infiere que en su doble discurso, sólo se acepta la responsabilidad de las personas por sus actos u omisiones, que hayan sido comprobados; pero deja a la discrecionalidad del juez la valoración de estos extremos a partir de su construcción de la realidad, idiosincrasia, prejuicios y temores, no aplicándose el derecho, sino el poder de criminalizar,<sup>6</sup> particularizándose la pena por la responsabilidad del acto cometido e incrementándose o disminuyéndose ésta por causas exógenas de su personalidad o de comisiones anteriores que hayan sido sujetas de reproche penal.

No debiendo argüirse el apotegma de que “lo que no está prohibido, está permitido”, en virtud de que ésto se reduciría en la pérdida de todo valor humano, toda vez que, de una garantía individual, no puede derivarse en un instrumento jurídico de estigmatización o de castigo, ratificando que el poder no debería hacer lo que taxativamente le permite la norma.

<sup>6</sup> Entendiendo al Proceso de Criminalización, como el conjunto de actos selectivos, administrativos y jurídicos a través de los cuales, se va escogiendo a las personas a las que se les aplicará el derecho penal; en tal virtud en un sistema dominante y ante la existencia del sometimiento paulatinamente nos adherimos a la voluntad de quien detenta el poder.



No obstante, en nuestro sistema de control social, la racionalidad y la lógica se invierten en beneficio de la violencia oficial. En principio, el Poder Ejecutivo no cumple con el Imperativo Constitucional; toda vez que no se cuentan con los instrumentos que garanticen el trabajo y la capacitación, máxime si consideramos que en una sociedad como la nuestra, donde no se dan oportunidades a los ciudadanos no privados de su libertad; resultando más fácil y económico inventarse para los detenidos el concepto de individualización de la pena, a través del estudio de personalidad; aunque este siempre sea el mismo la pena de prisión y la multa.

Entonces, sin derivarse de un mandato constitucional y en contra de lo que ella consagra, la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 19 de mayo de 1971, establece en su numeral 7º. lo siguiente: “El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente. Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquél dependa”, desprendiéndose que dicha descripción normativa es una lisa y llana copia de un Proyecto de la Organización de las Naciones Unidas, sobre “Tratamiento basado en el Estudio de Personalidad” colmándose con un último párrafo, el cual sirve para agravar la incriminación, en el cual se instituye que el tratamiento se procurará iniciar desde que la persona quede sujeta a proceso, esta adhesión viola los siguientes principios:

A) Principio de Inocencia.- Si bien es cierto que el mismo no está implícitamente contenido en la Constitución Política, se encuentra previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 y en los artículos 14 ordinal 2º Y 26 del Pacto de

Derechos Civiles y Políticos ratificado por México y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 y 20 de Mayo de 1981; también lo es que, en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la letra dice: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, 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”. A nuestro país le resulta vinculante jurídicamente, por lo que es de considerar que se quebranta dicho principio atendiendo a que dicho estudio recae sobre un sujeto sobre el cual únicamente hay indicios, en virtud de que aún no se ha probado su responsabilidad, apartándose de la técnica jurídica; por que la ley se conceptúa en Readaptación Social de Sentenciados, pero con ánimo autoritario y dominante, instaura que ésta también se aplique a los procesados, tratando de legitimar el estudio de personalidad, aunque no constitucionalmente, para justificar con elementos pseudotécnicos la atribución de la etiqueta de peligroso social a toda persona que por cualquier motivo ingrese a las instituciones rimbombantemente llamadas de “Readaptación Social”.

B) Principio de Igualdad ante la Ley y ante Tribunales y Cortes de Justicia, así como el Principio de Responsabilidad de Acto.- Contenido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 14-I; 26 y 15 y en los numerales 19 y 2do. de la Constitución General de la República, toda vez que se crea un estereotipo de delincuente, y no obedezcan al modelo social de hombre de éxito; no debiendo reprochársele a los juzgadores que discrecionalmente priven de la libertad a aquellas personas cuyas circunstancias exteriores sean precarias, justipreciando únicamente la responsabilidad del acto y no la responsabilidad por lo que el autor es, o fue, en un pasado (antecedentes penales); atendiendo a que los estereotipos sociales establecen que las clases sociales bajas se representan como entes feos y

malos, y las clases con un nivel económico alto, se perciben como gente bonita y buena; en tal virtud estos complejos son manifestados consciente o inconscientemente por los operadores de la justicia en la aplicación de las penas con sus parámetros de bondad, belleza, justicia, reproduciendo la desigualdad de clase, de manera que a mayor marginalidad se determina una mayor represión.

C) Principio Non Bis Idem y de Irretroactividad de la Ley.- Hace referencia a que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, y tampoco puede aplicarse la pena dos veces por el mismo; pero con la presunción de culpabilidad, el poder se justifica para mantener institucionalizada una venganza más, en contra de todos aquellos que habiendo sido ya reprimidos por un delito, posteriormente cometen otros. En tales escenarios, las penas de estos nuevos injustos penales, se aumentan en función de los anteriormente cometidos etiquetándose en su perjuicio como reincidentes o delincuentes habituales. De ahí que se vulneren los artículos 14 párrafo primero y 23 de la Constitución, y el artículo 14 numeral 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de los Ciudadanos, porque que más allá de cualquier sutileza teórica, estos factores sirven para valorar una mayor culpabilidad y por lo tanto, hacen más larga y dolorosa la nueva pena; con lo que se cobra doblemente el Sistema de Control Formal. Quedando en el aire la pregunta, de por qué el Poder Ejecutivo da más importancia a tener encerrado a cierto número de personas considerándolas culpables, para dar la imagen ante el resto de la población de que la protege de los malos, justificando, de esa forma, el aparato represor; sin importar si los fines declarados en la privación de la libertad, se logran o no; toda vez que el objetivo real, es el castigo y por ende, la segregación.

D) Principio de Defensa.- Se transgrede el contenido de la fracción IX del artículo 20 Constitucional y el artículo 11, 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de los Ciudadanos, artículo 14, 3 (5), porque, ante ese estudio de personalidad, el individuo como ente dominado, no puede oponerse; ya que no se está en posibilidad de

probar que no va a violar alguna norma, o que la va a lacerar en un futuro; derivando ineludiblemente en un *estado de indefensión* y si se quiere acreditar, se hará mediante un círculo interminable de peritajes, que se contradigan entre sí, hasta que los empates científicos, sean dirimidos por el órgano jurisdiccional, echando una moneda al aire para tomar la decisión de su grado de culpabilidad.

Por lo que, se colige que, todos los humanos estamos en posibilidad de rebelarnos ante las normas institucionales de poder, porque todos estamos propensos a ser etiquetados como culpables, por el dominante, y si quien domina es un opresor, la culpabilidad se convierte en virtud y en un derecho humano; toda vez que, a quien se le cierran todos los caminos e incluso se les avasalla en nombre del derecho, está compelido al supremo recurso de rebelión contra la tiranía, como lo establece el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Para concluir, no debe soslayarse que el campo de intervención del Estado debe ser mínimo, por cuanto hace a la población en general y a los destinatarios de la pena. Por lo que, parafraseando a Ferrajoli, se considera que un sistema está justificado sí y sólo sí, la suma de las violencias y puniciones arbitrarias, que él puede prevenir, es superior a la de las violencias construidas, asintiendo que no; toda vez, que hoy en día el *Discurso Jurídico Penal*, tanto como el *Sistema de Justicia*, están completamente desconectados del derecho y la realidad social; por lo que los esfuerzos deben ir encaminados a minimizar tanto la represión como la constante violación al *Principio de Legalidad*, mismo que se ve reducido a ser sólo un instrumento de legitimación ideologizante.



# **A** nálisis jurídico de la Ley de Sociedad de Convivencia

*Carlos Alberto Morales Gutiérrez\**

## **INTRODUCCIÓN**

La dinámica social trae como consecuencia la estructuración de nuevos marcos legislativos que favorezcan las relaciones personales que se presentan en la actualidad en el derecho civil, situación que acontece con la creación de la ley de sociedades de convivencia; tema del cual desarrollaré comentarios en el presente ensayo, así como también forjaré referencias a otros cuerpos normativos como el Código Civil y así mismo agrego un modelo del documento que constituye la sociedad de convivencia.

## **CAPÍTULO I. GENERALIDADES**

En un primer término hay que señalar que respecto del ámbito de aplicación, la temporalidad de esta ley es en la actualidad, y su especialidad se encuentra circunscrito al Distrito Federal, cabe mencionar que este precepto normativo es omiso en términos generales al mencionar un cuerpo supletorio, sin embargo en el presente trabajo de investigación se hará relación al Código Civil por ser este el principal cuerpo normativo en la materia.

A continuación se procede a realizar un análisis del concepto de la Sociedad de Convivencia. Se hace mención de que la Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral, es decir un acuer-

---

\* Oficial administrativo.

do de dos voluntades, el cual se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, considerando innecesario hacer la distinción respecto de las personas físicas y morales puesto que por la naturaleza propia de estas últimas no se consideran como atributos de su personalidad el sexo, como se verá más adelante, de igual forma señala que deben ser mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, he aquí la primera cuestión a analizar ya que este concepto persigue finalidades muy parecidas al matrimonio<sup>1</sup>, con la referencia de la falta de posibilidad de procrear hijos en el caso de sociedades de convivencia de personas del mismo sexo.

Dejando en contrapartida al concubinato, el cual también tiene finalidades parecidas al matrimonio con la diferencia de que este último es una figura jurídica con validez reconocida en el Código Civil, la cual de igual manera tiene como consecuencia de su existencia el otorgamiento de derechos a las personas sujetas a este régimen siendo uno de los ejemplos más importante los derechos sucesorios, como lo señala el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, con independencia de los que se generen en materia de seguridad social y laboral, resulta claro que el objeto de la creación de esta ley es el otorgamiento de derechos a uniones de personas del mismo sexo, dejando a un lado la finalidad de procreación que conlleva la instauración del matrimonio o en su caso el concubinato.

El mismo concepto señala como requerimiento de fondo para la constitución de dicha sociedad de convivencia el establecimiento de un "hogar común"<sup>2</sup> probablemente el legislador quiso establecer en este sentido un símil al domicilio conyugal, ya que no define

---

<sup>1</sup> CC Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

<sup>2</sup> Hogar. Circulo Familiar constituido por los parientes que conviven en un mismo domicilio, cualquiera que sea el grado de parentesco que entre ellos exista. De Pina, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, México. Año 2000.

propiamente en el Código Civil la definición de "hogar", sin señalar algún tiempo de duración del mismo ya sea previo o posterior; en su caso se debió dejar claro en la redacción de dicha ley que se homologa dicho domicilio a lo preceptuado por el domicilio conyugal en el Código Civil<sup>3</sup> con respecto a la redacción de dicho artículo.

De la misma manera se fija una especie de unión monogámica, entendiéndose la misma como el sistema matrimonial caracterizado por la unión de un hombre y una mujer, sin la posibilidad legal de que ninguno de ellos pueda celebrar nuevo matrimonio en tanto no fallezca su cónyuge u obtenga el divorcio vincular<sup>4</sup>. Aunque aquí se presenta la posibilidad de que la sociedad de convivencia la integren personas del mismo sexo, como ya se ha señalado en líneas anteriores, sin que exista la posibilidad de que las personas que integran la misma puedan permanecer durante la vigencia de la sociedad de convivencia en algún otro régimen como matrimonio o concubinato u otra sociedad de convivencia. Lo cual se establece en el artículo que a continuación se transcribe:

*Artículo 4.- No podrán constituir Sociedad de Convivencia, las personas unidas en matrimonio, concubinato y aquellas que mantengan vigente otra Sociedad de Convivencia.*

Dicho artículo en su parte final señala como limitantes para celebrar dicha sociedad a los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado, ello constituye una contradicción con el concepto enmarcado en el artículo segundo, puesto que en la práctica dichos sujetos puedan convivir con fines de ayuda y convivencia mutua en un hogar común, y en su caso el Código Civil ya les reconocía derechos ya sea de índole alimenticia o sucesoria, como los regulados por esta ley, sin embargo se debe hacer esta distinción puesto que se presupone una relación afectiva entre las partes y que preponderantemente serían personas del mismo sexo las que se inclinarían a la adopción de sociedades de convivencia.

<sup>3</sup> Artículo 163 Código Civil para el Distrito Federal. <http://www.asambleadf.gob.mx/>

<sup>4</sup> De Pina, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, México. Año 2000.



Cierto es que con el acuerdo de voluntades se establecen las obligaciones entre las partes que realizan la sociedad de convivencia, sin embargo mediante la debida inscripción de la misma en el Registro correspondiente, como lo señala el artículo tercero de dicha ley, la inscripción trae como consecuencias jurídicas la publicidad necesaria a un acto jurídico que fue celebrado con anterioridad con los contratantes, con lo cual dicha sociedad ya tiene derechos y obligaciones nacidos del acto, como se advierte en la siguiente jurisprudencia:

**REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LO RIGEN.** *El Registro Público de la Propiedad no genera, por sí mismo, la situación jurídica a la que da publicidad, esto es, no constituye la causa jurídica de su nacimiento, ni tampoco es el título del derecho inscrito, sino que se limita por regla general a declarar, a ser “un reflejo” de un derecho nacido extraregistralmente mediante un acto jurídico que fue celebrado con anterioridad por las partes contratantes, y la causa o título del derecho generado es lo que realmente se inscribe o se asienta en la anotación relativa con la finalidad de hacerlo del conocimiento de terceros, se declara así para que sea conocido por quienes acudan a consultar sus folios y adquieran certeza jurídica del estado que guardan los bienes sobre los que muestran interés. Por las razones aludidas, en el Registro Público de la Propiedad existen una serie de principios fundamentales, a saber: El de publicidad, conforme al cual el público además de tener acceso a las inscripciones, también tiene el derecho de enterarse de su contenido; el de inscripción, por el que los derechos nacidos extraregistralmente pueden ser oponibles a terceros; el de especialidad, que exige determinar en forma precisa el bien o derecho de que se trate; el de consentimiento, en virtud del cual sólo puede modificarse una inscripción, con la voluntad de la persona titular, y el titular del registro debe consentir la modificación de ese asentamiento; el de tracto sucesivo, que impide el que un mismo derecho real esté inscrito al mismo tiempo a nombre de dos o más personas, a menos que se trate de copropiedad, puesto que toda inscripción tiene un antecedente y debe extinguirse para dar lugar a una nueva;*

*el de rogación, que prohíbe al registrador practicar inscripciones de motu proprio, pues es necesario para ello que quien lo solicite se encuentre legitimado, esto es, debió ser parte en el acto o bien tratarse del notario autorizante de la escritura o el Juez del conocimiento; el de propiedad, que es uno de los pilares del registro, y conforme al cual ante la existencia de dos títulos contradictorios, prevalece el primero que se hubiese inscrito; el de legalidad, que impide se inscriban en el registro títulos contrarios a derecho o irregulares y faculta al registrador para calificar estas circunstancias; el de tercero registral, conforme al cual, para efectos del registro, se entiende por tercero a quien sin ser parte en el acto jurídico que originó la inscripción, tiene un derecho real sobre el bien inscrito; y finalmente, el de fe pública registral o legitimación registral, cuyo efecto es que se tenga por verdad legal en relación con un derecho real inmobiliario, lo que aparece asentado en el Registro Público; principios todos ellos que se encuentran contenidos en los artículos 3001, 3003, 3009, 3010, 3013, 3015, 3030, 3031, 3064 del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>5</sup>*

Derivado de una interpretación armónica y total del presente precepto normativo se tiene que dicha ley señala en su artículo quinto características similares al concubinato, razón por la cual es que se ha confirmado lo mencionado anteriormente, es decir finalmente hay el establecimiento de un vínculo afectivo en las sociedades de convivencia, razón por la cual es que se le da el matiz de concubinato. Dicho artículo señala:

*Artículo 5.- Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad de Convivencia se registrará, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes.*

---

<sup>5</sup> Registro No. 172932.

Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Marzo de 2007. Página: 1757. Tesis: I.3o.C.600 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

## CAPÍTULO II. DEL REGISTRO DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

La constitución de una sociedad de convivencia tiene su partida en el estado civil de los convivientes y así mismo genera limitaciones de facto puesto que parte de que los mismos no se encuentren unidos por matrimonio o concubinato, por ello es que se considera que debe ser el Registro Civil la Institución en la cual se registre la misma por tener en sus archivos la información correspondiente a la existencia o no de un matrimonio previo de cualquiera de los convivientes, o en su caso solicitarse previamente al registro de dichas sociedades gire informes la Dirección del Registro Civil del Distrito Federal; así mismo señala que la competencia para la inscripción dependerá del domicilio de los convivientes, lo anterior se encuentra estipulado en el artículo correspondiente:

*Artículo 6.- La Sociedad de Convivencia deberá hacerse constar por escrito, mismo que será ratificado y registrado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común, instancia que actuará como autoridad registradora.*

A continuación se transcribe un modelo de constitución de sociedad de convivencia en base a los elementos instaurados en el artículo 7 de la ley de referencia, y tomando como base que nos encontramos con un acuerdo de voluntades, le daremos la forma al mismo de contrato.<sup>6</sup>

Como segundo paso se realizará la ratificación de dicho documento compareciendo los convivientes de manera personal ante el órgano encargado de hacer dicho registro junto con los testigos de asistencia, señalando el mismo articulado que deberán cerciorarse fehacientemente, ello puede hacerse mediante la exhibición de un documento oficial. El artículo que menciona lo anterior se transcribe a continuación:

*Artículo 8.- La ratificación y registro del documento a que se refiere el artículo 6 de esta ley, deberá hacerse personalmente por las*

<sup>6</sup> Ver anexo 1.

*o los convivientes acompañados por las o los testigos.*

*La autoridad registradora deberá cerciorarse fehacientemente de la identidad de las o los comparecientes.*

Por otro lado al igual que una sociedad civil las partes en todo momento tienen el derecho de realizar cambios a la estructura de la misma, cumpliendo los requisitos de registro estipulados en los artículos séptimo, octavo, noveno, décimo, decimoprimer y decimosegundo. Por otra parte en dichos articulados propiamente se señala el trámite administrativo que deben realizar los interesados para llevar a cabo la inscripción, como el pago que se estipule en las leyes financieras correspondientes, así como llevar las copias necesarias para el depósito de dicho documento ante la Dirección, y Archivo General de Notarías, señalando en esta parte nuevamente la insistencia de enviar esta constitución de la sociedad de convivencia, por ser modificaciones al estado civil, ya sea a la Dirección del Registro Civil, o en su caso enviar otra copia al mismo puesto que de esta manera se estaría en una posibilidad más amplia de saber si las partes han contraído matrimonio o lo contraen con posterioridad de la constitución de la sociedad, ello para los efectos propios de la sociedad de convivencia.

En otro orden de ideas se señala que la negativa del registro se dará porque el documento que constituya una sociedad de convivencia no reúna los requisitos señalados en el artículo 7 de la ley, siendo en este caso una prevención para subsanar los mismos, ello derivado de que la ley le da el tratamiento de “orientación”.<sup>7</sup>

En caso de negativa al registro, ratificación, modificación y adición a la sociedad de convivencia, se le da a dicho acto la naturaleza de acto administrativo, y por la tanto es factible la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, ya sea mediante la interposición del recurso de inconformidad en contra de dicho acto o intentar el juicio de nulidad en su

---

<sup>7</sup> El cual en su parte conducente señala: “Cuando falte alguno de los requisitos señalados, la autoridad registradora deberá orientar a las o los convivientes a efectos de que cumplan con los mismos, sin que ello sea motivo para negar el registro”.

caso conforme a lo estipulado en el artículo de la citada ley.<sup>8</sup> Sin perjuicio de que resulte ser aplicable cualquier sanción en caso de una actuación deficiente por parte del servidor público correspondiente.

Por ultimo cabe señalar que desde el momento del registro es cuando empieza a surtir efectos contra terceros.

### CAPÍTULO III. DERECHOS DE LOS CONVIVIENTES

La parte medular de la presente legislación es el establecimiento de los derechos alimenticios, entendiéndose estos como las asistencias debidas y que deben prestarse para el sustento adecuado de una persona en virtud de disposición legal, siendo recíproca la obligación correspondiente (artículo 301 a 323 del Código Civil para el Distrito Federal)<sup>9</sup> así como los derechos sucesorios *mortis causa*, entendiéndose lo anterior como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra<sup>10</sup>; esto es derechos sucesorios entre cónyuges como lo estipula el artículo 1635 del Código civil; el cual señala que deben de reunir las características de los concubinos artículo 291 bis al artículo 291 quintus del mencionado Código respecto a los alimentos se encuentra lo anterior estipulado en el artículo 13 de la ley, el cual señala:

*Artículo 13.- En virtud de la Sociedad de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos.*

Señalando que los derechos alimenticios se generan desde el momento mismo de la suscripción de la sociedad de convivencia, lo cual puede generar derechos desde momentos distintos en comparación a los derechos sucesorios los cuales van a surtir plena validez únicamente en el momento en que se lleve efectivamente a cabo el registro de la sociedad de convivencia.

<sup>8</sup> "Artículo 108.- Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas podrán, a su elección interponer el recurso de inconformidad previsto en esta Ley o intentar el juicio de nulidad ante el Tribunal. El recurso de inconformidad tendrá por objeto que el superior jerárquico de la autoridad emisora, confirme, modifique, revoque o anule el acto administrativo recurrido"

<sup>9</sup> De Pina Rafael. *Diccionario de Derecho*. Edit. Porrúa, México. Año 2000.

<sup>10</sup> *Idem.* supra.

*Artículo 14.- Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia, aplicándose al efecto lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos.*

En el caso de la interdicción de uno de los convivientes dicha ley le otorga la posibilidad de tener la tutela al otro conviviente, señalando como requisito un período mínimo de dos años de convivencia a partir de la constitución de la sociedad, conforme a las reglas de la tutela entre cónyuges del Código Civil, como lo señala el artículo quince del ordenamiento en estudio.

Respecto a lo señalado en el artículo 16 y 18 del ordenamiento en estudio los derechos concedidos en esta ley, tales como alimentos, sucesorios, tutela en caso de interdicción, patrimoniales y la subrogación de derechos en el caso de un contrato de arrendamiento, como se verá en el capítulo siguiente, tendrán como marco normativo el Código Civil para el Distrito Federal.

Así mismo los terceros, ni acreedores alimenticios podrán ser perjudicados por la constitución de la sociedad de convivencia, así como en caso de existir algún dolo o engaño por parte de alguno de los convivientes, el conviviente afectado puede solicitar la correspondiente reparación de daños y perjuicios; lo anterior se encuentra manifestado en el artículo 17 y 19 de dicha ley; los cuales a continuación se transcriben para su conocimiento:

*Artículo 17.- Se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la Sociedad de Convivencia que perjudique derechos de terceros. El tercero que sea acreedor alimentario tendrá derecho a recibir la pensión alimenticia que en derecho le corresponda, subsistiendo la Sociedad de Convivencia en todo lo que no contravenga ese derecho.*

*Serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente y los contrarios a la Constitución y a las leyes.*

*Todo conviviente que actúe de buena fe, deberá ser resarcido de los daños y perjuicios que se le ocasionen.*

*Artículo 19.- En caso de que alguno de las o los convivientes de la*

*Sociedad de Convivencia haya actuado dolosamente al momento de suscribirla, perderá los derechos generados y deberá cubrir los daños y perjuicios que ocasione.*

## **CAPÍTULO IV. TERMINACIÓN DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA**

En el último capítulo de esta ley se regula lo relativo a la culminación de la sociedad de convivencia; a continuación se hará un breve comentario a cada uno de los supuestos establecidos por el artículo 20 de la ley en comento; la fracción I señala:

*Artículo 20.- La Sociedad de Convivencia termina:*

*I. Por la voluntad de ambos o de cualquiera de las o los convivientes.*

En este apartado señala el acuerdo de voluntades de las partes para llevar a cabo la terminación de dicha sociedad sin la necesidad de la existencia de algun periodo mínimo de duración de la misma. Así mismo existe una causal análoga a la señalada en el artículo 267 del Código Civil<sup>11</sup> relativa al divorcio, la cual se encuentra estipulada en la fracción segunda, sin embargo ésta establece una separación por un tiempo menor, el cual es de tres meses, como se señala en la fracción II, la cual dice:

*“II. Por el abandono del hogar común de uno de las o los convivientes por más de tres meses, sin que haya causa justificada”.*

En cuyo caso para no violentar la garantía de audiencia se le ordenará notificar al ausente por medio de estrados la disolución de la sociedad.

Así mismo si el citado artículo cuarto de la presente ley manifiesta que las partes no podrán celebrar el contrato de matrimonio o tener una relación de concubinato, en consecuencia de ello la realización de los mismos genera la terminación de la sociedad conyugal como lo señala la fracción III, la cual se lee:

*“III. Porque alguno de las o los convivientes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato”.*

<sup>11</sup> “Artículo 267. Son causales de divorcio: VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses[...]”.

Por otra parte el dolo es una causa por medio de la cual se puede terminar la sociedad de convivencia, haciendo referencia a que no se menciona en la ley la posibilidad de confirmación de dicho vicio; lo cual debería de permitirse de conformidad con lo establecido en la teoría general de las obligaciones; ya que dicho vicio genera una nulidad relativa, la cual puede ser convalidada por las partes, con independencia de ser la parte afectada la encargada de solicitar por la parte que ha sido perjudicada o lesionada en sus derechos, como se señalan los artículos 2228, 2230 y demás relativos y aplicables del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>12</sup> Dicha fracción a continuación se transcribe:

*“IV. Porque alguno de las o los convivientes haya actuado dolosamente al suscribir la Sociedad de Convivencia”.*

La fracción V señala la terminación *mortis causa*, ello es debido a que los actos inherentes al estado civil de la persona no son susceptibles de transmisión *mortis causa* como los derechos patrimoniales o de crédito por citar un ejemplo, ya que los mismos terminan con la muerte del sujeto al ser a la persona. Dicha fracción señala:

*“V. Por la defunción de alguno de las o los convivientes”.*

En otro punto los artículos veintiuno, veintidós y veintitrés de la ley señalan una serie de derechos que se generan derivados de la terminación de la sociedad de convivencia las cuales se consideran a continuación:

1.- El derecho a una pensión alimenticia al conviviente que carezca de ingresos y bienes para su sostenimiento, dicha pensión tendrá una temporalidad de la mitad de la duración de la sociedad de convivencia; mientras no incurra en alguno de los supuestos señalados en el artículo cuarto y teniendo el acreedor un término de un año para el ejercicio de dicho derecho.

---

<sup>12</sup> “Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.[...]”

Artículo 2230. La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz”.



2.- Si el hogar común se encuentra establecido en un inmueble propiedad de un conviviente el otro deberá desocuparlo en tres meses, señalando que en caso de poner en riesgo la integridad de la persona dicha desocupación deberá ser de inmediato.

3.- En caso de fallecer un conviviente y existir un contrato de arrendamiento del cual es titular, el sobreviviente quedará subrogado en dicho contrato.

En otro aspecto el artículo 24 de la citada ley indica el procedimiento administrativo a realizarse ante el Órgano Político Administrativo para dar por concluida la terminación de la sociedad de convivencia el cual estipula:

*Artículo 24.- En caso de terminación de una Sociedad de Convivencia, cualquiera de sus convivientes deberá dar aviso por escrito de este hecho a la autoridad registradora del Órgano Político Administrativo del hogar en común, la que deberá hacer del conocimiento de dicha terminación al Archivo General de Notarías. La misma autoridad deberá notificar de esto al otro conviviente en un plazo no mayor de 20 días hábiles, excepto cuando la terminación se dé por la muerte de alguno de las o los convivientes en cuyo caso deberá exhibirse el acta de defunción correspondiente, ante la autoridad registradora.*

Por ultimo se señala en el artículo 25 de dicho apartado la manifestación de competencia dándole dicha facultad al Juez de Primera Instancia correspondiente.

## CONCLUSIÓN

Con la creación de cuerpos normativos se busca colmar las necesidades que presenta la dinámica social actual, es por esto que con la creación de esta ley se regulan situaciones sociales que facticamente se presentan, las cuales en ciertos casos no son vistos con total aprobación por la sociedad mexicana, ya sea por cuestiones teológicas o morales; sin embargo, ello no es óbice de poder otorgarles derechos alimenticios y sucesorios, puesto que ya se encuentra regulado en el derecho vigente y positivo mexicano; sin olvidar que cualquier sujeto podrá hacer uso de los derechos y prerrogativas otorgados por

esta ley, toda vez que México es un país que regula constitucionalmente la libertad de asociación y en tal caso al no perjudicarse los derechos de terceros se encontrarán en posibilidad de suscribir la sociedad de convivencia cuando así lo consideren pertinente a sus intereses.

Por otro, la ley de sociedades de convivencia no modifica el estado civil de los convivientes pero sí es necesario que las partes no tengan ningún vínculo matrimonial, concubinato, u otra sociedad de convivencia para el establecimiento de la sociedad de convivencia, dichos vínculos también ocasionan la finalización de la sociedad de convivencia, finalmente será en la práctica donde se verán las controversias jurídicas que puedan derivar de la aplicación de esta ley.

## ANEXO 1

En la ciudad de México, Distrito Federal a \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de \_\_\_\_, constitución de sociedad de convivencia que celebran por una parte el C. \_\_\_\_\_ y por otra parte el C. \_\_\_\_\_ los cuales en lo sucesivo se denominarán los "CONVIVIENTES", conforme a las siguientes declaraciones y cláusulas:

I. Declara el conviviente \_\_\_\_\_ tener la edad de \_\_\_\_ años; estar domiciliado en \_\_\_\_\_ siendo su estado civil \_\_\_\_\_.

II. Declara el conviviente \_\_\_\_\_ tener la edad de \_\_\_\_ años; estar domiciliado en \_\_\_\_\_ siendo su estado civil \_\_\_\_\_.

III. Declaran los convivientes encontrarse libre de matrimonio y concubinato, encontrándose libres de cualquiera de los impedimentos señalados por el artículo cuarto de la ley de sociedad de convivencia.

IV. Comparecen como testigos los C. \_\_\_\_\_ y la C. \_\_\_\_\_ los cuales tienen como domicilio el ubicado en \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ respectivamente.

Acto seguido los convivientes otorgan las siguientes:

### CLAUSULAS

PRIMERA.- Manifiestan los convivientes establecer un hogar común el cual tendrá su ubicación en \_\_\_\_\_.

SEGUNDA.- Así mismo manifiestan los convivientes su voluntad de realizar todos los actos tendientes a la ayuda mutua entre los mismos así como su voluntad de permanecer juntos viviendo en un mismo hogar durante todo el tiempo que dure la sociedad de convivencia.

TERCERO.- Señalan el conviviente \_\_\_\_\_ ser propietario de los siguientes bienes inmuebles:

1.- \_\_\_\_\_.

2.- \_\_\_\_\_.

Señalando que los mismos pertenecerán a la sociedad de convivencia, para su uso y disfrute única y exclusivamente durante el tiempo que dure la misma.

Manifiesta el conviviente \_\_\_\_\_ no poseer ningún bien inmueble de su propiedad, así mismo señala que no aporta ningún bien mueble e inmueble a la sociedad de convivencia.

Así mismo que los bienes estarán bajo administración única y exclusivamente del conviviente que sea propietario de los mismos, sin embargo los mismos no saldrán de la propiedad del conviviente durante todo el tiempo que dure la sociedad conyugal.

CUARTO.- Que los bienes adquiridos con posterioridad pertenecerán exclusivamente al conviviente que lo haya adquirido.

QUINTO.-Que se reservan el derecho de poder realizar cualquier modificación posterior a lo estipulado en este acuerdo de voluntades.

SEXTO.- Las partes señalan que se procuraran los derechos establecidos por esta ley.

SEPTIMO.- Así mismo señalan que cualquier controversia derivada de esta sociedad de convivencia se ventilara ante los Tribunales de Distrito Federal.

Rúbricas de los convivientes.

Rúbrica de los testigos.

El modelo anteriormente mencionado se encuentra regulado por el artículo 7 de la ley de la materia.<sup>13</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

DE PINA, RAFAEL, *Diccionario de derecho*, Editorial Porrúa, México, D.F. 2000.

## LEGISLACIÓN

LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA PARA EL DISTRITO FEDERAL

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

<http://www.asambleadf.gob.mx/>

IUS 2006 Jurisprudencias y Tesis Aisladas.

<sup>13</sup> Artículo 7.- El documento por el que se constituya la Sociedad de Convivencia deberá contener los siguientes requisitos:

I. El nombre de cada conviviente, su edad, domicilio y estado civil, así como, los nombres y domicilios de dos testigos mayores de edad.

II. El domicilio donde se establecerá el hogar común;

III. La manifestación expresa de las o los convivientes de vivir juntos en el hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua; y

IV. Puede contener la forma en que las o los convivientes regularán la Sociedad de Convivencia y sus relaciones patrimoniales. La falta de este requisito no será causa para negar el Registro de la Sociedad, por lo que a falta de este, se entenderá que cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración.

V. Las firmas de las o los convivientes y de las o los testigos.

## La denuncia anónima En nuestro sistema procesal mexicano

*Juan Carlos Orihuela Clemente\**

### PREÁMBULO

Nuestro sistema procesal mexicano ha enfrentado diversas transformaciones a través del tiempo, con el único fin de que la impartición de justicia sea más ágil y eficaz, pero en algunos casos, las pruebas que han valorado nuestros juzgadores no siempre dan certeza jurídica a los gobernados, entre las pruebas que le dan un valor legal, es la hoy famosa “denuncia anónima”, “prueba” que es recabada en la etapa de la averiguación previa, por el agente del ministerio público, a raíz de una llamada “telefónica anónima”, medio que vino a suplir la deficiencia del ministerio público en la investigación del delito, tal y como se lo ordenan los artículos 21 y 102 constitucionales, ya que con esa “denuncia anónima y un testigo”, la representación social, pretende obtener una sentencia favorable a los intereses que representa, soslayando lo que le ordena la Constitución, que es la investigación y la persecución del delito que le incumbe a dicha institución por mandato constitucional.

A raíz de esa circunstancia, el ministerio público no se preocupa durante la secuela del proceso para aportar pruebas en contra del procesado y únicamente es un simple espectador durante el proceso, a sabiendas de que el juzgador le dará valor legal a las pruebas que recabó su similar durante la etapa de averiguación previa (“una

---

\* Defensor Público Federal.

denuncia anónima y un testigo”), afirmando este último, por lo general, que el ministerio público acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del activo, en dichas sentencias le dan valor jurídico a la “denuncia anónima”, para formar en conjunto con otras pruebas e integrar “la prueba circunstancial”.

Veamos pues, el problema que se plantea es respecto de “la denuncia anónima”, y que el ministerio público ha dado pie a que muchas personas sean citadas en calidad de inculpado para que declaren en relación a un hecho delictivo que es denunciado mediante “la denuncia anónima”, con lo que falta a su deber de investigar el delito (tal y como debe ser), y crea malestar en las personas que son citadas a declarar, con la zozobra de que la policía utilice esa denuncia para presionarlas y poder obtener beneficios personales contrarios a la ley, pues basta recordar que “la famosa policía científica”, está lejos de ser tal.

## **1.- LA DENUNCIA Y LA QUERELLA EN NUESTRO MARCO LEGAL**

Primeramente, entremos a analizar lo que nuestro marco legal mexicano dice respecto de la denuncia y querella.

El artículo 16 constitucional indica que no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sin que proceda denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionando cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Como es de verse, la Constitución prohíbe las pesquisas, aprehensiones o detenciones, de las personas si no existe una orden judicial, con la única excepción de la flagrancia.

De acuerdo, con diferentes autores la denuncia y querella la definen como:

Los juristas Acosta Romero y López Betancourt definen a la denuncia como la comunicación sobre algún hecho que podría considerarse como delictuoso, que una persona realiza ante la autoridad competente.

El autor César Osorio y Nieto define a la querella como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el ministerio público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente, y en su caso, ejercite la acción penal.

## **2.- LA DENUNCIA EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL MEXICANO**

La denuncia es una opinión personal, es en sentido estricto, la comunicación personal de un hecho delictivo a la autoridad competente.

Tal aseveración, la encontramos en nuestra ley secundaria, precisamente en el Código Federal de Procedimientos Penales, en los artículos siguientes:

“ARTÍCULO 2.- Compete al ministerio público federal, llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá al ministerio público:

I.- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito”.

“ARTÍCULO 113.- El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querella necesaria, si ésta no se ha presentado;

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

Cuando para la persecución de un delito se requiera querella u otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el

Ministerio Público Federal actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querella o satisface el requisito de procedibilidad equivalente”.

En la ley orgánica de la Procuraduría General de la Republica, el artículo 4, establece:

Investigar y perseguir de los delitos del orden federal, a que refiere la fracción I del artículo 4 de esta ley, comprende:

A.- En la averiguación previa:

a) recibir denuncias o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;

En el Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con la querella, también dispone:

“ARTÍCULO 114.- Es necesaria la querella del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley”.

“ARTÍCULO 116.- Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía”.

El maestro Manuel Rivera Silva, en su obra intitulada, “El Procedimiento Penal”, dice: la denuncia es la relación de actos que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora, con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos.

Los elementos que arroja la definición anterior son, los siguientes:

- a) relación de actos que se estiman delictuosos;
- b) hecha ante el órgano investigador, y
- c) hecha por cualquier persona.

La relación de actos, consiste en un exponer en forma oral o por escrito de lo que ha sucedido sin presentar queja alguna.

El segundo elemento puede requisitarse con hacerlo saber a la policía.

En lo que se refiere al tercer elemento, el autor Rivera Silva expone que la denuncia puede ser formulada tanto por un particular como por una autoridad.

Ahora bien, de la transcripción de los preceptos legales citados, el común denominador es que toda persona que tenga conocimiento de un delito, tiene la obligación de denunciarlo ante el ministerio público, o en caso excepcional ante la policía cuando se trate de delitos perseguibles de oficio.

Pero la denuncia no es exclusiva de los particulares, sino que esta obligación va mucho más allá, es decir, involucra a todos los servidores públicos, sean estos municipales, de los estados y del ámbito federal, esto es así, ya que por disposición expresa de la misma ley, obliga a que todos los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones públicas, tengan conocimiento de un hecho delictuoso deben denunciarlo, es decir, el Estado impone un deber a dichos servidores públicos, so pena de una sanción penal o administrativa.

Veamos el artículo 117 de la norma en estudio, que dispone al respecto:

“ARTÍCULO 117.- Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligado a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculcados, si hubieren sido detenidos”.

En tanto, que los numerales 118 y 119, refieren lo siguiente:

“ARTÍCULO 118.- Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querella no reúna estos requisitos el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento



según se trate de delito perseguible de oficio o por querella.

En el caso de que la denuncia o querella se presenten verbalmente, se harán constar en acta que levantará el funcionario que las reciba. Tanto en este caso como cuando se hagan por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio.

Cuando el denunciante o querellante hagan publicar la denuncia o la querella, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiesen formulado dichas denuncia o querella, y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquéllos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables”.

Hasta aquí, la ley secundaria nos habla de las denuncias, cómo y cuándo deben presentarse y ante qué autoridad competente.

En tanto que el artículo 119 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece literalmente lo siguiente:

“ARTÍCULO 119.- Cuando la denuncia o la querella se presenten por escrito, el servidor público que conozca de la averiguación, deberá asegurarse de la identidad del denunciante o querellante, de la legitimación de este último, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querella y en los que se apoyen ésta o la denuncia.

En todo caso, el servidor público que reciba una denuncia o querella formuladas verbalmente o por escrito, requerirá al denunciante o querellante para que se produzcan bajo protesta de decir verdad, con el apercibimiento a que se refiere el artículo 118 y les formulará las preguntas que estime conducentes”.

Como es de verse, estos dos artículos que son parte medular de este trabajo, nos dicen que cuando se presente una denuncia o querella, se dejará constancia de la persona o personas que la presenten, así como que la autoridad, en este caso, el ministerio público “deberá” asegurarse de la identidad del denunciante, a efecto de que todos los datos aportados por el denunciante obren en la averi-

guación previa, y lo más importante, para que el inculpado conozca a la persona que lo está denunciando, y en su caso pueda carearse con él, por que puede suceder, que de denunciante pueda pasar a ser denunciado, es decir, que se controvierta lo que está denunciando.

Lo anterior, lo encontramos fundamentado en el capítulo II, relativas para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa, particularmente en los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, que disponen al respecto:

“ARTÍCULO 123.- Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para: proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber qué personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada.

El Ministerio Público sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución y en los términos de los artículos 193 y 194 respectivamente.

ARTÍCULO 124.- En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes y la del inculpado, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los

testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellas intervengan; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.

ARTÍCULO 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos [sic] sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación”.

Así las cosas, como es de verse, los denunciantes deben identificarse ante la autoridad ministerial, para que en todo caso el inculcado tenga conocimiento de quién lo señala como responsable de un delito, y así poder defenderse de dicha imputación, no como en la actualidad sucede, que la autoridad ministerial toma la declaración a personas a diestra y siniestra, con una simple denuncia anónima, sin tener la certeza de que efectivamente se trate de la persona denunciada, o lo más importante, sin que reunidos los elementos del delito y la probable responsabilidad, como lo exige el artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, y lo más grave sin tener la certeza de que se trate de la persona denunciada, con lo que se infringen las garantías individuales, puesto que deja en estado de indefensión al “inculcado”, al no conocer a la persona que le hace una imputación a su persona.

### 3.- INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA ANÓNIMA

Antes de hacer alguna consideración respecto del estudio de “la denuncia anónima”, debe quedar bien claro que, todo inculcado goza de la presunción de inocencia, siendo ésta una presunción *iuris tantum*, es decir, que puede ser destruida por prueba en contrario,

pero la carga de esa prueba recae en el órgano acusador. El acusado no tiene la carga de probar su inocencia, toda vez que la ley le reconoce tal estado, es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado, así, la carga de probar los elementos del delito imputado al inculcado, así como la probable responsabilidad de éste en su comisión, corresponde al Ministerio Público de la Federación, habida cuenta que el procedimiento penal se rige por los principios del debido proceso y acusatorio, y conforme a éste último, corresponde a esa autoridad del Ministerio Público, probar los elementos constitutivos del delito y de la probable responsabilidad del activo de un delito, principios que se obtienen de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21 párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En apoyo a lo sostenido, encuentra aplicación la tesis XXXV/2002, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 14 del Tomo XVI, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente al mes de agosto de 2002, cuyos rubro y texto expresan:

**“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.-** De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21 párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra, en el que se respetan las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sen-

tencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado”.

Ahora bien, precisado lo anterior, debemos establecer que cualquier delito que se imputa a una persona, a quien se le integra averiguación previa como inculpado por un delito “X”, a dicho inculpado se le debe hacer de su conocimiento el nombre de la persona que lo señala, así como el delito que le imputan, para poder defenderse de dicha acusación.

Pues cabe recordar, que el contenido del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece requisitos que, si bien es cierto se encomienda su cumplimiento a la autoridad jurisdiccional, también es cierto que en dicho precepto se

establecen requisitos que deberá acreditar el Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, por lo que su cita textual es obligada para señalar esos elementos o requisitos.

“ARTÍCULO 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del palazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se le impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”.

Como podemos ver, los requisitos que está obligado a probar el Ministerio Público, conforme al artículo 19 de nuestro Código Político Federal son: el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito de que se trate, asimismo, acreditar que los datos que arroje la averiguación previa *sean bastantes* para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

El anterior precepto, de manera indudable, ordena al Ministerio Público que, entre otros requisitos, acredite las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que en su conjunto *demuestren* (que no deduzcan como en varias ocasiones lo hacen) el grado de culpabilidad del agente para el ejercicio de la acción penal, luego, no basta con deducir la culpabilidad del agente, sino que es necesario que se demuestre, a través de las circunstancias de tiempo, lugar y modo el grado de culpabilidad del agente, lo cual, viene a ser la ampliación de la garantía constitucional que contempla el artículo 19 de nuestro Código Político Federal, por lo que, resulta necesario e indispensable, que el Ministerio Público demuestre el grado de culpabilidad del agente dentro de la averiguación previa, a través de la demostración de las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.

Así las cosas, es grave el proceder del ministerio público, cuando toma declaración ministerial a una persona sin que este tipo de denuncia anónima esté regulada por nuestro sistema procesal penal

mexicano, es decir, al no estar apegada a derecho, y por esa razón, no debe considerarse como imputación directa en contra de una persona, pues dichas denuncias anónimas, no reúnen los requisitos de una denuncia o querella propiamente dicha, como lo exige el artículo 16, segundo párrafo de nuestra carta magna, tampoco debe tomarse en cuenta como una prueba, sea ésta documental pública o privada, dada la naturaleza del medio empleado para denunciar un hecho supuestamente delictuoso, y la falta de veracidad en la información del informante; también debe considerarse, que dicho “informante” no reúne los requisitos que exige el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, y por tanto, la misma carece de todo valor jurídico, pues hay que recordar que ese tipo de denuncias no las contempla el Código Federal de Procedimientos Penales, ante todo por que las personas que interpongan querella o denuncias se deben identificar ante el representante social de la federación, para los efectos de corroborar su identidad y protestarlo de acuerdo a los artículos 113, 114, 116, 117, 118, 119, 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, y en la mayoría de las veces, no acontece esa circunstancia, en tanto “la denuncia anónima” al no ser una documental publica, tampoco una testimonial, es inconstitucional, y por tanto, no se le debe dar pleno valor probatorio en términos de ley.

Como ejemplo, vemos que A imputa a B venta de droga, pero B, al conocer dicha imputación, dice: ¡no!, es A quien vende droga y aporta pruebas de ese hecho en contra de A; en el ejemplo anterior, se aprecia que efectivamente la persona que denuncie un hecho delictivo, debe comparecer de manera personal ante la autoridad competente.

En las condiciones apuntadas, desde un punto de vista personal, no se debe citar o solicitar su localización y presentación, a persona alguna por una simple denuncia anónima, sin que esté corroborada con otros medios de pruebas que la hagan verosímil, a efecto de que el órgano acusador pueda citar a una persona para que declare en relación en los hechos que le imputen, pues de no

ser así, el inculcado queda en estado de indefensión.

Todo lo anterior tiene sustento en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte dogmática, ya que en el artículo 20, apartado A, elevó a rango de garantía individual, el proporcionar elementos para la defensa de todo inculcado, al establecer textualmente lo siguiente:

“ARTÍCULO. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:[...]

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para la defensa y que consten en el proceso. [...]

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;[...]

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan[...]

Ahora bien, entre los datos o constancias que deben ser proporcionados al inculcado para que éste pueda ejercer su garantía constitucional de defensa, se encuentran:

a).- El que se le dé a conocer el delito que se le imputa al acusado y por el cual se substanciará la averiguación previa y, en su momento, el juicio penal en su contra;

b).- El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito;

c).- Los demás datos que arroje la averiguación previa, y que sean bastantes y suficientes para comprobar el cuerpo del delito;

d).- Los demás datos que arroje la averiguación previa, y que serán bastantes para comprobar la probable responsabilidad del indiciado.

Así pues, el no proporcionar estos elementos para la defensa,



constituye, sin duda alguna, una violación de garantías en la etapa de averiguación previa y durante el proceso. Luego, debemos concluir que en la Averiguación Previa, deben existir elementos de prueba que determinen que el inculpado se dedique a algo ilícito, pues no basta la simple denuncia de una persona anónima, sino que deben existir elementos de prueba que corroboren la existencia de un delito, para así poder defenderse de esas pruebas que existen en contra del indiciado, pues es éste el espíritu que el legislador elevó a rango de la garantía individual la defensa que se contiene en la parte dogmática de la Constitución Federal, a saber:

a) Defenderse; y

b) Poder ofrecer pruebas a la vez que puedan desvirtuar las que existen en su contra; pero si en el caso solamente no existen otras pruebas en contra del inculpado, más que una "denuncia anónima", las preguntas son: ¿sobre qué base se pueden defender?, es claro que se violenta, en perjuicio de todo inculpado, su garantía de defensa constitucional contenida en el artículo 20, apartado A, del Pacto Federal. ¿Qué objeto tiene que se le cite a rendir una declaración ministerial si los hechos narrados en una denuncia anónima no se encuentran apoyados, al menos con otros medios de pruebas y que éstas sean bastantes a efecto de poder defenderse?, por lo que en esos casos los inculcados comparecen a "ciegas" pues no tienen manera de ofrecer pruebas que pudieran desvirtuar las que existen en su contra (contra "la denuncia anónima"), pues repito, no es suficiente una denuncia anónima que no se encuentra corroborada con otros medios de prueba, para generar certidumbre de que existe un hecho delictuoso sancionado por la ley penal, pues se estima que se violenta en perjuicio de todo inculpado la garantía de defensa, pues con una "denuncia anónima" no es posible establecer una defensa adecuada, que es a final de cuentas, lo que protege y tutela la garantía individual que se establece en el artículo 20, apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que al inculpado le den a conocer la naturaleza y causa de la acusación, así como los demás datos que acrediten el cuerpo del delito y la proba-

ble responsabilidad, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, artículo que establece:

“ARTÍCULO 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpa-  
do, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

A.- Del inculpado:

I.- [...]

II.- [...]

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria[...]

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

Evidentemente, los datos a que se refiere la fracción VII, son los señalados en el artículo 19 de la misma Constitución Federal, es decir, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito que se le imputa, así como los datos que arroje la averiguación, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado; en esta medida se justifica la garantía de defensa constitucional que el indiciado pueda defenderse tanto de la imputación que hay en su contra, como de los datos que existan en la averiguación previa, y que sirvan para comprobar el cuerpo del delito que le imputa al indiciado y pueda, en su caso, hacer probable su responsabilidad, pues de otro modo quedaría en estado de indefensión, como en el caso que nos ocupa, puesto que no es suficiente la mera presencia del Defensor para cumplir con la garantía de defensa, debe a éste dársele las facilidades y la intervención que corresponda, pero siempre y cuando existan pruebas que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, pues de otro modo se haría nugatoria la garantía de defensa del indiciado.

De igual manera, ampliando la garantía constitucional mencionada, el artículo 128, fracción II, del Código Federal de Procedi-

mientos Penales establece que, cuando el inculcado fuese detenido se procederá a hacerle saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante, claro está que esa imputación ha de ser de un hecho punible, según lo determina la misma Constitución Federal en su artículo 20 apartado A fracción III que acabamos de transcribir.

“ARTÍCULO 128.- Cuando el inculcado fuese detenido o se presentará voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

I.-[...]

II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante.

III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

a).-[...]

d).- Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa”.

Como es de verse, con una simple “denuncia anónima”, se priva al inculcado de su garantía de defensa, y se quebranta además, el artículo 16 del Pacto Federal, pues éste es claro al señalar que, no sólo una “denuncia anónima” basta para considerar que existe un delito, pues habrán de practicarse más diligencias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, pero no es válido pretender, hoy en día que, con una denuncia anónima, se tome su declaración ministerial a una persona en calidad de inculcado pretendiendo obtener con ello elementos para acreditar el cuerpo del delito, no es esa la finalidad que se persigue con la declaración ministerial de un indiciado, la finalidad de ésta es que pueda defenderse de las imputaciones y pruebas que hay en su contra, así se justifican las garantías de defensa que establece el artículo 20, apartado A del Pacto Federal, puesto que las garantías contenidas en las fracciones I, II, V, VII y IX de este ordenamiento también deberán ser observadas en la etapa de averiguación previa, pues

debemos recordar que la confesión no es ya la reina de las pruebas, por lo que, la labor del Ministerio Público es la de investigación de los delitos (Artículo 21 de la Constitución Federal), y en esa función debe investigar y perseguir el delito, pues al hacer uso de ese monopolio que la Constitución le da, debería acatar ese mandato constitucional, y no con una simple “denuncia anónima”, querer pretender acreditar el delito y la probable responsabilidad en contra del “indiciado”.

Sin embargo, lo bueno y sobresaliente es que nuestros tribunales colegiados se han pronunciado al respecto sobre este tema, a efecto de salvaguardar la garantía de defensa de los ciudadanos al momento de ser procesados ante los tribunales, y así no quedar en estado de indefensión, tal y como lo vemos en tesis bajo el rubro y texto siguiente:

**DENUNCIA ANÓNIMA. NO TIENE VALOR PROBATORIO PARA INTEGRAR LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público y sus auxiliares están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. Por tanto, si en la averiguación previa consta la existencia de una denuncia anónima en la que se proporcionó información sobre actividades delictuosas, dicha comunicación constituye sólo la noticia de esos hechos, en términos del citado numeral, cuyo alcance únicamente es el de revestir de legalidad las actuaciones posteriores a la denuncia, ordenadas de manera oficiosa por el Ministerio Público en la investigación de ese supuesto delito, pero no constituye en sí una denuncia formal, pues se desconoce su origen y quién la formula, lo que imposibilita tenerla como elemento de cargo toda vez que el indiciado está indefenso al no saber quién le atribuye la conducta ilícita y por ello no puede considerarse como un indicio que pruebe en contra del sujeto activo, de ahí que ninguna eficacia demostrativa alcanza para integrar la prueba circunstancial.

## TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 56/2006. 15 de junio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Mejía Ponce de León. Secretaria: Rosaura Isabel Padilla Lezama.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Agosto de 2006 Tesis: XVI.P5 P, Página: 2174

Cabe hacer mención, que el suscrito defensor y mis compañeros de trabajo, hemos objetado ese tipo de "denuncias anónimas" en la declaración de los representados y los alegatos que se formulan por escrito, a efecto de que en el caso de que la representación social ejercite acción penal, en base a esa "denuncia anónima", nuestros similares hagan lo propio ante los órganos jurisdiccionales, y así el inculpado no quede en estado de indefensión.

Pero mientras nuestra legislación secundaria no sea modificada a efecto de que se regulen esas prácticas, los agentes del ministerio público seguirán citando a cualquier persona por una "denuncia anónima", lo grave es de que esas "denuncias anónimas" se presten para que la ciudadanía, en un acto de venganza, impute un delito a una persona y así quedar satisfecho su ego o sed de venganza, con el consecuentemente acto de molestia para las personas que son citadas a declarar.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel y LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos especiales*. Editorial Porrúa, México, 1994.

OSORIO Y NIETO, César Augusto. *La averiguación previa*. Editorial Porrúa, México, 1999.

H. CONGRESO DE LA UNIÓN. *Agenda Penal Federal 2007*. Ediciones Fiscales ISEF, México, 2007.

## Suspensión en amparo indirecto en materia penal

*Enrique Palomares Valdez\**

### ASPECTOS GENERALES DEL JUICIO DE AMPARO

El hombre es libre por naturaleza, tiene libertad de pensamiento, de trasladarse a donde él quiera, de tomar el destino que desee, de vestirse, comer, trabajar, ser como le convenga, sin embargo, esa libertad absoluta está restringida en virtud de que vive en sociedad, de ahí que su libertad termina donde empieza la de los demás. Por vivir en sociedad y existir esas restricciones que la misma impone fue que nació el Estado, y éste creó el derecho, por medio del cual se regulan esas libertades. El Estado está representado en las autoridades que aplican el derecho, para poder vivir en armonía, y cuando éstas rebasan los límites que les señala la ley y afectan la esfera de libertad que tiene el gobernado, es entonces cuando nace la necesidad de crear un procedimiento para proteger al gobernado de esos excesos de la autoridad; en México, a través del tiempo y de nuestras leyes fundamentales se creó (el juicio de amparo), y es al Poder Judicial de la Federación al que se le ha encomendado la noble tarea de vigilar que las autoridades actúen dentro del marco que la ley precisa. Nuestra Ley de Amparo, contiene normas que rigen el procedimiento contra actos de las autoridades que quebrantan normas penales y conforman lo que se denomina amparo en materia penal, y es dentro de esta figura jurídica en donde se ventila la figura jurídica de la suspensión.

---

\* Defensor Público Federal.

## 1.- PRIMER CASO DE UNA SUSPENSIÓN POR COMPARENCIA

### *Caso Chiapas*

En Tuxtla Gutiérrez a 20 de noviembre de 1917, el personal del juzgado regresó del panteón municipal de esta ciudad, el Juez de Distrito ante el secretario del despacho, hace constar: Que habiendo obtenido aviso verbal dado por los señores licenciados José María Marín y Fidel Ruiz, Mayor Virgilio López, licenciado Raque D. Cal y Mayor y Mario Solís de que había salido una escolta con rumbo al panteón municipal, con el objeto de fusilar a los señores licenciados Humberto C. Ruiz y Sarain López, inmediatamente el Juez se dirigió al lugar de la ejecución acompañado del señor agente del Ministerio Público y del secretario del despacho, con objeto de suspender el acto como lo previene la fracción I del artículo 709 y 715 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Poco antes de llegar al panteón se escuchó una descarga que, según se averiguó al llegar, dio fin con la vida del licenciado Humberto C. Ruiz. El Juez de Distrito, en el acto, se dirigió al comandante de la escolta previéndolo que suspendiera la ejecución. El comandante de la escolta Mayor Moisés Gamas contestó: Que procedía por órdenes, que no presentó, del General Blas Corral, Jefe de las Operaciones Militares en el Estado y exigió orden escrita para la suspensión, orden que el Juez extendió y firmó inmediatamente en el primer pedazo de papel que encontró a mano. Presentada la orden, el comandante puso algunas dificultades por carecer la orden de sello; pero habiéndosele hecho notar que la orden estaba firmada por el Juez de Distrito, y que éste estaba presente, de hecho suspendió el acto mandando consultar el caso con el Jefe de Operaciones. Poco después se presentó el general Blas Corral, Jefe de las Operaciones Militares en el Estado, requiriendo el Juez para que suspendiera la ejecución, dio la orden de suspensión al Mayor Games, manifestando que sólo estaba vivo el licenciado Sarain López, respecto del cual quedaba suspenso el acto, ordenando que fuera llevado al cuartel.

## **2.- CONCEPTO DE SUSPENSIÓN**

La palabra suspensión es de origen latino, pues deriva de “suspensionis” que significa la acción o efecto de suspender; a su vez equivale a detener o diferir por algún tiempo una acción u obra.

En ese sentido se utiliza el vocablo suspensión en el ámbito del juicio de amparo, pues conforme a los preceptos relativos constituye la paralización temporal del acto reclamado, que hace cesar o impide el inicio de sus consecuencias ó efectos.

Gracias a la suspensión se protege provisionalmente al peticionario de amparo, ya que se detiene el actuar de la autoridad responsable, mientras se tramita el juicio y se resuelve en definitiva si el actuar viola o no algún postulado constitucional.

La suspensión del acto reclamado es una institución jurídica fundamental en el juicio de garantías, ya que con su concesión se mantiene viva la materia del mismo, y se le evitan al quejoso los perjuicios que la ejecución del acto pudiera ocasionarle; de esta forma se preserva que pueda lograrse el objeto de la sentencia protectora, que en su caso se dicte en beneficio del agraviado.

En términos prácticos por suspensión se entiende: detener, paralizar, diferir, impedir un acto.

## **3.- CONCEPTO DE SUSPENSIÓN SEGÚN MANUEL BERNARDO ESPINOZA BARRAGÁN**

Es la institución jurídica por medio de la cual, el órgano jurisdiccional competente, ordena la paralización temporal del acto reclamado haciendo cesar o impidiendo el inicio de sus consecuencias o efectos, hasta en tanto no cause ejecutoria la sentencia dictada sobre la constitucionalidad de dicho acto.

## **4.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUSPENSIÓN**

El juicio de amparo por primera vez se instaura en el artículo 25 de la Constitución del 18 de mayo de 1847, en la que Mariano Otero tuvo significativa participación; tenemos como padres del juicio de amparo a Ignacio L. Vallarta, Crescencio Rejón, Mariano Otero y



actualmente a Ignacio Burgoa Orihuela. El antecedente de la suspensión nace en 1868 en donde Ignacio Mariscal, cuando fue ministro de justicia, e influenciado por el derecho estadounidense de donde fue tomado el amparo (Habeas Corpus) presentó la iniciativa en la cual proponía que sólo la Suprema Corte de Justicia conociera de la suspensión y no los jueces de Distrito, salvo que el acto reclamado consistiera en la privación de la vida, argumentando que fuera de esos actos privativos, los demás eran reparables como los pecuniarios, pues puede indemnizarse al agraviado, en cambio decía los males propiciados por la suspensión son incalculables “al ser concedida por jueces de Distrito con criterios anárquicos”.

Su postura fue objetada por León Guzmán, Procurador General de la República, y por Manuel Dublán quien en 1866 fungió como abogado general del tribunal supremo del imperio y conocía muy bien el sistema jurídico europeo, él era de la opinión de que los jueces tuvieran la facultad de suspender los actos reclamados, pues con frecuencia eran irreparables o de difícil reparación, y que la autoridad no tenía la presunción de legalidad de sus actos.

Finalmente se impuso la postura de Dublán, los jueces de Distrito conocerían de la suspensión.

#### **5.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA SUSPENSIÓN**

Se encuentra contemplada por el artículo 107 fracción X y XVII de la Constitución.

#### **6.- FUNDAMENTO LEGAL SEGÚN LA LEY DE AMPARO**

Se encuentra en los artículos 122 al 144 de la Ley de Amparo.

#### **7.- SUSPENSIÓN EN MATERIA PENAL**

Se advierte del artículo 136 al 138 de la Ley de Amparo.

#### **8.- SUSPENSIÓN DE OFICIO**

Es de oficio porque de ejecutarse el acto reclamado queda sin materia el juicio de amparo. Y es aquella que conoce el Juez de Distrito, sin que

previamente exista ninguna gestión del quejoso solicitando su otorgamiento. Se tramita en el cuaderno principal que es de color verde.

#### **9.- EN QUÉ CASOS PROCEDE LA SUSPENSIÓN DE OFICIO**

El numeral 123 de la ley de la materia señala los casos en que procede la suspensión de oficio, y son:

a) Cuando se reclamen actos que impliquen peligro de privación de la vida, de portación, destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal: mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento, multa excesiva, confiscación de bienes, penas inusitadas y trascendentales.

b) Cuando se reclamen actos que de consumarse, harían físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

Por lo tanto, para la procedencia de la suspensión de oficio, el Juez de Distrito debe atender dos circunstancias:

1.- La naturaleza del acto reclamado, el cual debe implicar gravedad en los efectos de su ejecución para el quejoso y,

2.- La necesidad de conservar la materia del amparo.

Se advierte que el elemento que determina la procedencia de la suspensión de oficio, es la imposibilidad material o física de reparar la violación a la garantía individual en que incurra la autoridad responsable dejando al arbitrio del juzgador, apreciar cuando se trata de actos cuya ejecución, de consumarse, haría imposible la restitución al agraviado del goce y disfrute de la garantía individual infringida.

Asimismo, el artículo 123 de la ley de la materia, en su fracción II, párrafo segundo, señala que la suspensión de oficio se decretará de plano en el auto admisorio de la demanda y debe comunicarse a la autoridad responsable para su cumplimiento, haciendo uso de la vía telegráfica (como se puede advertir, de acuerdo a esta disposición no se forma incidente por separado del expediente relativo al fondo del amparo, por ende, en la suspensión de oficio no existe la suspensión provisional ni la definitiva).

Por otra parte, el artículo 123 en comento, en su último párrafo señala que los efectos de la suspensión de oficio o de plano, consisten en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, que permitan la deportación o el destierro del quejoso, o bien, la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, y respecto a los actos que de llegar a consumarse harían físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual violada, la suspensión surtirá los efectos de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guardan.

Por otra parte, cuando el acto reclamado se hace consistir en multa excesiva o confiscación de bienes no debe concederse la suspensión de oficio con el solo dicho del quejoso, sino que es necesario alguna prueba documental que indique que efectivamente se trata de esos actos, puesto que puede tratarse de una simple multa o de algún embargo, o de expropiación de bienes.

### **TRÁMITE DE LA SUSPENSIÓN DE OFICIO**

Este tipo de suspensión se decreta de plano en el mismo auto en que el Juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable para su inmediato cumplimiento, haciendo uso de la vía telegráfica.

### **EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE OFICIO**

Consisten en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso, o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional; y tratándose de los previstos en la fracción II, es decir, que si llegara a consumarse el acto haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el Juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados.

### 10.- LA SUSPENSIÓN A PETICIÓN DE PARTE

Cuando no se trate de alguno de los casos a que se refiere el artículo 123 el quejoso, debe solicitar la suspensión, como lo dispone el precepto 124 fracción I de la Ley de Amparo, el cual requiere lo siguiente:

a) Que lo solicite el agraviado. Generalmente su petición debe ser por escrito, ya sea en la misma demanda de amparo, o por separado después de haber presentado el escrito de demanda, siempre y cuando se pida antes de que cause ejecutoria la sentencia de amparo. En materia penal, existen excepciones en la forma de gestionarla, previstas en los artículos 17 y 117 de la Ley de Amparo, que contemplan respectivamente, que cuando el agraviado se encuentre imposibilitado para promover, podrá hacerlos cualquier otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad, y que pueda formarse por comparecencia ante el Juez.

b) Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público. Por orden público se entiende cuando por la suspensión se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiere un daño que de otra manera no resentirá.

c) Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

### 11.- SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La suspensión provisional se tramita en amparo indirecto, ante el Juez de Distrito, a solicitud del quejoso, ya sea en su demanda de garantías o bien, antes de que se dicte sentencia ejecutoriada en el juicio de amparo, conforme a lo que establece el artículo 141 de la Ley de Amparo, el cual dispone: Cuando al presentarse la demanda no se hubiese promovido el incidente de suspensión el quejoso podrá promoverlo en cualquier tiempo, mientras no se dicte sentencia ejecutoria.

Para la concesión de la suspensión provisional deben llenarse los requisitos que señala el numeral 124 de la Ley de Amparo del cual se desprende que para la concesión de la suspensión provisio-

nal se requiere que haya peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado y que esa ejecución pueda producir notorios perjuicios al quejoso (la privación de la libertad, causa perjuicios de imposible reparación, sin embargo, no se le da ese tratamiento).

Por otra parte, el artículo 130 de la Ley de Amparo, refiere a la suspensión provisional y señala que sus efectos son para mantener las cosas en el estado que guarden, por tanto, no tienen efectos restitutorios, asimismo, que su tiempo de duración es desde que se notifique a la autoridad responsable o al quejoso la suspensión hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva, sin embargo, tratándose de un acto penal, no se suspende el procedimiento respectivo penal que en su caso se encuentra en trámite, en contra del quejoso ante la autoridad responsable pues así lo establecen los artículos 136 párrafo primero y 138 de la ley de la materia.

La reforma del 8 de febrero de 1999, adicionó al artículo 125 de la Ley de Amparo, a efecto de que cuando se trate de actos derivados de un procedimiento penal (ante el ministerio público o durante el proceso judicial), se tome en cuenta para fijar el monto de la garantía. A) La naturaleza, modalidades y características del delito, B) La situación económica del quejoso, C) La posibilidad de que el quejoso se sustraiga de la acción de la justicia.

## 12.- INFORME PREVIO

La autoridad responsable debe, dentro del término de 24 horas, rendir su informe previo, en el que deberá indicar si son ciertos o no los actos que se le atribuyen, exponer las razones que estime pertinentes acerca de la procedencia o improcedencia de la medida suspensiva, y si tiene conocimiento de que en un diverso juicio de amparo promovido por el mismo quejoso contra las mismas autoridades y respecto de los mismos actos reclamados, se resolvió acerca de la suspensión definitiva, comunicarlo al Juez de Distrito para que éste esté en aptitud de declarar sin materia el incidente relativo (Artículo 134 de la Ley de Amparo).

### 13.- SUSPENSIÓN DEFINITIVA

El Juez de Distrito deberá conceder la suspensión definitiva cuando se satisfagan los siguientes requisitos:

- a) Que la solicite el quejoso.
- b) Que el acto reclamado sea cierto, bien porque su existencia haya sido demostrada plenamente con las pruebas aportadas al efecto (documental e inspección judicial) o bien porque la responsable haya omitido rendir el informe previo correspondiente, en cuyo caso la certeza del acto debe presumirse, de conformidad con lo estatuido por el artículo 132 de la Ley de Amparo.
- c) Que el acto reclamado no se haya ejecutado.
- d) Que de concederse la suspensión no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.
- e) Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causa al quejoso, con la ejecución del acto reclamado.
- f) Que la medida suspensiva no resulte ser constitutiva de derechos sino que permita el disfrute de éstos mientras no se resuelva en cuanto al fondo el juicio de amparo.

El Juez de Distrito, al conceder la suspensión procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio (Artículo 124 último párrafo de la Ley de Amparo).

## CONDICIONES DE PROCEDENCIA SEGÚN LA NATURALEZA DEL ACTO RECLAMADO

### 1.- ACTOS POSITIVOS

Estos actos consisten en la actividad autoritaria que se traduce en la decisión de un hacer o en la ejecución de esa determinación, y que el quejoso considera violatorio de sus garantías individuales, ya porque a través de él se le haya impuesto una obligación de hacer o no hacer, se le haya privado de un derecho o se le haya causado una molestia.

La suspensión sólo opera contra los actos de autoridad que sean de carácter positivo y se conceden para el efecto de que no se reali-

cen, que se mantengan las cosas en el estado de que se encuentran o para que no se produzcan nuevas consecuencias jurídicas.

## **2.- ACTOS NEGATIVOS**

Son aquellos en los que la autoridad responsable se rehúsa expresamente a conceder al quejoso su petición; respecto a los actos negativos no procede la suspensión porque no es susceptible de detener o frenar lo que no tiene un principio de ejecución.

Ejemplo.- La negativa de licencia para abrir un comercio.

## **3.- ACTOS NEGATIVOS CON EFECTOS POSITIVOS**

Estos actos, no obstante que implican un no hacer por parte de la autoridad responsable, tienen como consecuencia inmediata una modificación de los derechos u obligaciones del quejoso como sucede por ejemplo cuando se niega la revalidación de una licencia o la confirmación de una concesión.

## **4.- ACTOS PROHIBITIVOS**

Estos actos comúnmente suelen confundirse con los actos negativos, si existe materia para la suspensión, en tanto que constituyen una limitación a las actividades de los particulares, al imponerles la obligación de abstenerse de realizar cierta conducta, o impedirles ejercitar las acciones o derecho que legalmente les corresponden.

## **5.- ACTOS CONSUMADOS**

Se entiende por acto consumado o acto pasado, aquel que se haya realizado totalmente, en consecuencia es evidente que la suspensión contra él es improcedente, puesto que ya no hay materia en la que surta sus efectos, es decir, ya no hay consecuencia que detener.

## **6.- ACTOS DECLARATIVOS**

Son aquellos actos de autoridad que sólo se concretan a reconocer una situación preexistente, sin introducir ninguna modificación o alteración, en ellos la autoridad se concreta a manifestar la existen-

cia de derechos u obligaciones, sin extinguirlos, sin modificarlos y sin transmitirlos. Contra ellos la suspensión no procede, en cambio cuando el acto trae aparejada una consecuencia jurídica positiva si opera la suspensión.

Ejemplo.- Un acto desposesorio.

### **7.- ACTOS DE TRACTO SUCESIVO**

Se entienden aquellos cuya realización no se agota, sino que continúan momento a momento. Ejemplo: El embargo con intervención a la caja de un negocio, pues se embarga lo que ingresa a la caja diariamente hasta garantizar la deuda.

### **8.- ACTOS PRESENTES**

Son aquellos que están sucediendo en el momento del reclamo de la garantía. En tratándose de la privación ilegal de la libertad ésta puede ser consumada o pasada, cuando al gobernado ya se le dejó en libertad y después pide la suspensión; presente, cuando se está ejecutando; y futura cuando existe la posibilidad de que se ejecute esa privación. En estos casos es procedente la suspensión.

## **SUSPENSION CONTRA ACTOS QUE AFECTAN LA LIBERTAD PERSONAL DEL AGRAVIADO**

El artículo 136 de la ley de la materia alude a la suspensión contra mandamientos de autoridad que incidan en la libertad personal del quejoso. Dicho numeral en su primer párrafo refiere que la suspensión en estos casos sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito, únicamente en cuanto a su libertad personal, y quede a disposición de la autoridad que debe juzgarlo, respecto a la continuación del proceso penal.

En el segundo párrafo del precepto referido se prevé que cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas distintas del Ministerio Público, como probable responsable de algún delito, como son las autoridades policíacas o militares, la suspensión se otorgará sin perjuicio de que sin dilación



sea puesto a disposición del Ministerio Público para que éste determine su libertad o retención, o bien su consignación en el plazo y en los términos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional (48 horas o 96 horas en caso de delincuencia organizada).

El tercer párrafo contempla la hipótesis relativa a que el acto reclamado consista en la detención efectuada por el Ministerio Público y dispone que la suspensión se concederá y se pondrá en inmediata libertad al agraviado si en el informe previo que rinda la autoridad responsable no se acredite, con constancias de averiguación previa la flagrancia o la urgencia, o bien si el informe no se rinde en el término de 24 horas.

En este párrafo se establece que aun en el supuesto de que si se demuestra la flagrancia o la urgencia a que se refiere el artículo 16 constitucional, de cualquier manera deberá prevenirse al Ministerio Público para que ponga en libertad o consigne al quejoso en el término de 48 o 96 horas según sea el caso a partir de su detención.

Los párrafos cuarto y quinto del numeral 136 hacen referencia a los casos en que se reclaman ordenes de aprehensión giradas por autoridades judiciales con motivo de un procedimiento penal y dispone que cuando la orden de captura se expida, por delitos considerados no graves, la suspensión surtirá el efecto de que el peticionario de amparo no sea privado de su libertad personal, en cambio, si la orden de aprehensión obedece a un delito que conforme a la ley no permite la libertad provisional bajo caución, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso permanezca a disposición del Juez de Distrito, en el lugar que éste señale únicamente en lo que se refiere a su libertad personal y queda a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal respectivo, para los efectos de su continuación. Para que surta efectos esta suspensión el Juez de Distrito debe fijar una garantía, que el quejoso deberá exhibir ante el Juez de Distrito, dentro del término de cinco días. Asimismo, obligatoriamente se presente ante el Juez responsable a rendir su declaración preparatoria y cuantas veces sea requerido por dicho Juez para la continuación de su pro-

ceso, que no se ausente del lugar de su residencia sin permiso del tribunal federal. Si no llena estos requisitos, la suspensión deja de surtir efectos (artículo 139 de la Ley de Amparo).

Esta medida ha sido criticada debido a que cuando se dicta auto de formal prisión cambia la situación jurídica del quejoso y se sobresee el juicio de amparo.

Es importante recordar que se puede promover la suspensión hasta antes de que se dicte sentencia ejecutoria.

### **SOLICITUD DE LA SUSPENSIÓN POR CONDUCTO DE TERCERA PERSONA**

La suspensión puede ser solicitada por cualquier persona, cuando exista una imposibilidad por parte del quejoso; en estos casos el Juez de Distrito mandará ratificar la demanda de amparo solicitando la comparecencia del quejoso para tal efecto, y si no logra la comparecencia del agraviado, la autoridad que conozca del juicio de amparo, después de que se haya resuelto sobre la suspensión definitiva mandará suspender el procedimiento en lo principal y consignará los hechos al Ministerio Público. Transcurrido un año sin que nadie se apersona en juicio en representación legal del agraviado, se tendrá por no interpuesta la demanda.

### **REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN POR HECHOS SUPERVINIENTES**

Mientras no se pronuncie sentencia ejecutoria, en el juicio de amparo, el Juez de Distrito puede modificar o revocar el auto en que haya concedido o negado la suspensión, cuando ocurra un hecho superveniente que le sirva de fundamento.

Por causa superveniente debe entenderse la verificación con posterioridad al auto de suspensión, de un hecho que cambie el estado jurídico en que las cosas estaban colocadas al resolverse el incidente, y de tal naturaleza, que ese cambio lleve consigo, como consecuencia natural y jurídica, la revocación fundada y motivada de la suspensión.

Si se ha negado la suspensión, el hecho superveniente sólo puede provenir de la autoridad responsable para que sirva de base a la revocación, porque sólo son susceptibles de suspensión los actos de esa autoridad responsable.

A la inversa, si se ha concedido una suspensión debe ocurrir un acontecimiento natural y ajeno a la autoridad responsable para que sirva de fundamento a la revocación de la suspensión.

Si al promoverse el incidente de revocación el interesado solicita la suspensión provisional y satisface los requisitos del artículo 130 de la Ley de Amparo, debe decretarse la suspensión provisional en relación con el hecho que se invoca como superveniente, para evitar que se ejecute y se pierda la materia de la suspensión definitiva.

Las partes podrán objetar en cualquier tiempo el contenido del informe previo en los casos previstos en el artículo 204 de la Ley de Amparo (precisamente aquellos en que se procede penalmente contra las autoridades responsables por haber rendido informes "en los que afirman una falsedad o negaran la verdad, en todo o en parte"). Se consideran hechos supervenientes la demostración de la falsedad, que se refiere exclusivamente a la suspensión en materia penal, u omisión de datos en el contenido del informe y el Juez podrá modificar o revocar la interlocutoria en que hubiese concedido o negado la suspensión.

## **EN QUÉ CONSISTE LA JURISDICCIÓN CONCURRENTES**

Es aquella en la cual por violaciones de las garantías de los artículos 16, 19 y 20, fracciones I, VIII y X, párrafo primero y segundo de la Constitución federal, podrá reclamarse ante el superior del tribunal que haya cometido la violación, es decir, en casos del orden común el Tribunal Superior de Justicia podrá conocer del juicio de amparo.

## **JURISDICCIÓN AUXILIAR**

En los lugares en donde no resida Juez de Distrito, los jueces de primera instancia dentro de cuya jurisdicción radique la autoridad

que ejecuta o trata de ejecutar el acto reclamado, tendrán facultad para recibir la demanda de amparo pudiendo ordenar que se mantengan las cosas en el estado en que se encuentren por el término de 72 horas, que deberá ampliarse en lo que sea necesario, atenta la distancia que haya a la residencia del Juez de Distrito; ordenará que se rindan a éste los informes previos, y procederá a formar por separado un expediente en el que se consigne un extracto de la demanda de amparo, la resolución en que se mande suspender provisionalmente el acto reclamado, copias de los oficios o mensajes que se hubiesen girado para el efecto, y constancia de entrega. Hecho lo anterior el Juez de Primera Instancia remitirá al de Distrito sin demora alguna la demanda original con sus anexos.

La facultad que reconoce a los Jueces de Primera Instancia para suspender provisionalmente el acto reclamado, sólo podrá ejercerse cuando se trate de actos que importen peligro de la privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación o destierro, o de alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal.

## **RECURSO QUE PROCEDE EN CONTRA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

### **RECURSO DE QUEJA**

Teniendo veinticuatro horas para promoverla, la cual es resuelta por el Tribunal Colegiado en un término de cuarenta y ocho horas.

## **RECURSO QUE PROCEDE EN CONTRA DE LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA**

### **RECURSO DE REVISIÓN**

Teniendo un tiempo para promoverla de diez días los cuales se cuentan a partir del día siguiente de que surta efectos la notificación, y lo resuelve el Tribunal Colegiado en un término de quince días.



## Consideraciones sobre el derecho penal del enemigo y sus aproximaciones en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

*Javier Alfonso Pérez Chávez\**

### I. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. SU DESCRIPCIÓN

Previo a exponer la composición teórica del derecho penal del enemigo, es importante precisar que serían necesarios varios trabajos para abordar lo relativo al tema, por lo cual únicamente realizaré una síntesis muy general que permita una aproximación fidedigna a su concepción, acorde con los fines del presente estudio.

El concepto de derecho penal del enemigo fue introducido en el debate por el jurista alemán Günther Jakobs a partir de una primera fase en un congreso de derecho penal celebrado en Frankfurt, Alemania en el año 1985. Y es a partir del Congreso de Berlín de 1999 que comienza a ser discutido por los académicos del derecho penal, por lo cual estamos ante un planteamiento relativamente reciente.

Desde una perspectiva general, derecho penal del enemigo constituye una manifestación de los rasgos característicos del llamado derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del derecho penal que se caracteriza por una ampliación en los ámbitos de su intervención generando un exceso de poder punitivo ejercido por los estados a través del sistema penal –policía, jurisdicción, tratamiento penitenciario–, en perjuicio de todos los individuos quienes a consecuencia de esto se conducen de manera

---

\* Jefe de Departamento.

permanente sobre los límites del derecho penal y sometidos al control social estatal.

Dentro del contexto referido y con un fundamento filosófico sólido, elabora Jakobs la teoría del derecho penal del enemigo; así, como parte medular de su planteamiento se adopta el modelo sociológico de Niklas Luhmann, en donde en términos generales, el individuo pasa a segundo plano en relación con la sociedad que es lo más importante y donde lo relevante es la comunicación que llevan a cabo los sujetos generando interacción social, por lo cual el concepto de persona emerge a partir de la incorporación del individuo al medio social y no antes, ya que el estado previo corresponde sólo a un ser humano en estado natural donde la norma jurídica no motiva su comportamiento, por lo que será persona o ciudadano quien es capaz de asegurar su conducta en torno a las expectativas que establece el orden normativo y no quien se declare en contra de tal orden. Por tanto Jakobs, refiere como acciones penalmente relevantes aquellas que afectan la vigencia de la norma y por ende afectan la estructura social, de ahí estima necesario distinguir entre los ciudadanos y no ciudadanos o enemigos del Estado. Para Jakobs, un ciudadano será aquel individuo que no organiza su vida en torno al delito y respecto de quien se puede tener una seguridad de que conducirá su actividad social dentro del rol de buen ciudadano que le corresponde, y si incumple con dicho rol cometiendo un delito, se le debe contradecir por medio de una pena para reafirmar la vigencia de la norma reconduciéndolo con todas las garantías a su rol de buen ciudadano.

En contraparte están los enemigos del Estado, individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal dirigido por la norma. Ese tránsito del “ciudadano” al “enemigo” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organi-

zaciones delictivas estructuradas que manifiestan una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo efectivo. Para el mencionado jurista alemán, aquel sujeto que por principio, o de manera permanente o sostenida, se comporta de modo desviado, en contra del ordenamiento jurídico, no ofrece garantía de conducirse como persona. Por ello no puede ser tratado como ciudadano sino que debe ser combatido como enemigo.

Los enemigos son individuos que se caracterizan, primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad (derecho), son sujetos que viven del delito, por el delito y para el delito, por ello el Estado ya no dialoga con estos individuos para mantener la vigencia de la norma (como sí lo hace respecto de los ciudadanos), sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, por lo cual la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.

De todo lo anterior se puede apreciar que el llamado derecho penal del enemigo se basa en un derecho penal de autor y no de acto, además de apartarse de los fines ordinarios del derecho penal del ciudadano basado en la reinserción social. Se trata más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión y por tanto la eliminación de una fuente de peligro social. Ante esto, Jakobs realiza una elaboración que dota de contenido al derecho penal del enemigo, distinguiéndolo del derecho penal del ciudadano pues sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos respecto a los ciudadanos. Por esta razón, individualiza y distingue a un derecho penal del enemigo y lo contrapone al derecho penal del ciudadano para evitar que en el derecho penal del ciudadano existan elementos del derecho penal del enemigo y viceversa.

Para Jakobs y sus seguidores —que no son demasiados— el mega



concepto “criminalidad organizada”, es pilar básico de la justificación a la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo, que incluye a la llamada “lucha contra el terrorismo”, la “lucha contra el narcotráfico” y la “lucha contra el inmigrante ilegal”, lo cual evidentemente es más observable en sociedades europeas y particularmente Estados Unidos, que poseen una idiosincrasia y realidad distinta a la de México, pero que sin embargo no nos resulta ajeno como mas adelante veremos.

Finalmente, de la teoría del Derecho penal del enemigo se pueden abstraer las siguientes características principales:

1. Manifestación representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros.

2. La desproporcionalidad de las penas. Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados. Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio, desproporcionadas de las penas.

3. El hecho de que numerosas leyes penales se autodenominen como “leyes de lucha o de combate”.

4. La considerable restricción de garantías y derechos procesales para los imputados considerados enemigos del Estado.

Las anteriores características resultan importantes para los fines del presente trabajo, pues permitirán realizar el análisis comparativo con la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que más adelante expongo.

## **II. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y POLÍTICA CRIMINAL**

Política criminal, en sentido amplio, constituye un sistema de decisiones estatales tomadas por todos los poderes, incluido el constituyente, a través de los cuales se organizan respuestas públicas para prevenir y sancionar los delitos, se establecen los órganos de la per-

secución y juzgamiento, los procedimientos y los límites dentro de los cuales las decisiones serán válidas.

Asimismo, se sostiene que la política criminal de cada Estado depende del sistema al cual se encuentre enrolado. Habrá un sistema autoritario cuando las ideas de libertad e igualdad quedan subordinadas a la de autoridad; en cambio, habrá un sistema liberal cuando los principios de libertad e igualdad, no se subordinan al Estado, aquí el poder estatal se autolimita con los parámetros de legalidad y pretende el acceso a la justicia de todos los individuos.

Vistas las generalidades del derecho penal del enemigo, se observa que se trata de una ideología propia de política criminal. Afirmando lo anterior, tomando en cuenta la considerable aportación de Jakobs a la dogmática penal –teoría del delito– dentro de la corriente del funcionalismo iniciada por el jurista alemán Claus Roxin (creador del funcionalismo teleológico valorativo), en la cual de manera general se establece la necesidad de llenar los contenidos del derecho penal con política criminal, estableciendo una relación necesaria entre ambos conceptos para la elaboración de la teoría del delito. Partiendo de esto, Jakobs, en un replanteamiento de la teoría de Roxin, crea el funcionalismo sistémico, donde realiza una aportación propia a la estructura de la imputación objetiva del tipo penal mediante su teoría de los *roles*, en donde el rol desempeñado por el individuo será determinante para poder imputar un resultado, por lo cual Jakobs considera que el quebrantamiento del rol de buen ciudadano (que consiste básicamente en defraudar las expectativas que el Derecho tenía de cierta persona), constituye el elemento central del injusto penal. Lo anterior corresponde a una ideología construida para la teoría del delito al establecer los criterios de imputación objetiva en los tipos penales de resultado, basada en diferentes postulados dogmáticos de los cuales no me ocuparé ahora, pero es preciso señalar que de su aportación a la dogmática penal se pueden apreciar los indicios de la teoría del derecho penal del enemigo.

El derecho penal del enemigo surge así no como un postulado

de la dogmática penal, sino como una forma político-criminal de tratamiento de la criminalidad, al establecer formas concretas de definir socialmente ciertos tipos de conductas delictivas, delincuentes y la forma de responder por parte del poder punitivo del Estado hacia ellos, lo cual en mi opinión plantea una concepción de Estado de derecho dualista, ya que por un lado pretende establecer un derecho penal ordinario para los “ciudadanos” basado en la reinserción social y el respeto de las garantías jurídicas característico del Estado liberal, y por otro prevé un derecho penal de guerra o combate a los enemigos con las características ya analizadas que se asemeja claramente a un Estado autoritario, lo cual resulta ser un contrasentido que sería cuestionable en un Estado de derecho calificado de democrático.

En este punto es preciso destacar que son muchas las críticas vertidas por los intelectuales del derecho penal en contra el derecho penal del enemigo y aunque no forma parte del presente trabajo desarrollar tales críticas, resulta interesante observar cómo —en opinión de varios autores— el rechazo de plano al derecho penal del enemigo por la doctrina mayoritaria parece explicarse en palabras de Gracia Martín: *“sólo a partir de dispositivos emocionales refractarios, es decir, de una sensibilidad que actualiza inmediatamente en la conciencia la idea de que algo, simplemente, ‘no deber ser en absoluto’ ”*; es decir, se trata de ideas que resienten cuestiones valorativas profundas en el hombre a las cuales se reacciona con la convicción de que no deben ser, como es todo aquello que represente un atentado contra la dignidad humana.

Por lo anterior resulta claro una posición en contra del derecho penal del enemigo, pero sin entender tal doctrina como una ideología utópica, sin seguidores o vigencia en la realidad penal actual, por el contrario Jakobs, más que “inventar” una teoría ha descrito una realidad, ante lo cual y aunque se pueda tomar posición en contrario, es necesario asimilar que el derecho penal del enemigo, si bien es cierto no se encuentra acogido en su forma pura y con todos sus adeptos en las legislaciones penales o políticas criminales estatales —incluso en Ale-

mania donde tuvo su origen—, sí es una clara tendencia en el derecho penal de muchos de los países capitalistas de primer mundo y por ende tiene efecto en otros como México, donde concretamente en nuestro sistema penal existen ya vestigios de este tipo de inercias que conllevan a la creación de un poder punitivo más violento.

### III. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA PENAL MEXICANO

El sistema penal de las sociedades contemporáneas en general, se entiende como el conjunto de medios, instrumentos o mecanismos necesarios para llevar a cabo un efectivo control social formal de la criminalidad. Así, los sistemas penales incluyendo al mexicano, cuentan con sus respectivas instancias de control (sin perder de vista que diversos autores agregan otras más que se complementan) que fundamentalmente son las siguientes:

- Policía
- Jurisdicción
- Tratamiento penitenciario

En relación a lo anterior, Zamora Grant refiere: *“las instancias de aplicación en el sistema penal mexicano (policía, jurisdicción y cárcel), se encuentran reguladas para su funcionamiento en determinados ordenamientos de base constitucional que les dan vida, organizan y delimitan sus funciones”*; siguiendo esta idea, todo el control de la criminalidad en nuestro país se encuentra sujeto y limitado por leyes penales de carácter sustantivo y adjetivo que determinan las actuaciones de policías, jueces y prisiones, siendo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (tanto en su parte orgánica como dogmática), la base y límite del ejercicio de todo nuestro sistema penal.

En esa tesitura, es México un Estado de derecho de carácter liberal que establece un sistema penal sobre una base de garantías constitucionales que limitan en concreto el poder punitivo que se ejerce sobre los individuos y en donde la legalidad de los procesos debe llevarse a cabo sin distinción. No obstante lo anterior, encontramos en nuestro país un caso característico del derecho penal del enemigo como a continuación se pone de manifiesto.

#### IV. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ANÁLISIS COMPARATIVO

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, desde su propio nombre presenta la característica del derecho penal del enemigo que en el primer punto de este trabajo señalamos con el número 3), pues se autodenomina contra la delincuencia organizada, es decir, como una ley de lucha o de combate, en contra de algo o alguien en específico. Aunado a lo anterior, de la exposición de motivos de dicha ley elaborada el 19 de marzo de 1996 en iniciativa presentada al Congreso por el Ejecutivo federal, se contienen entre otros argumentos los siguientes:

*“Por la gravedad de los peligros que representa, el tráfico de drogas debe ser combatido por todos los medios, en todo lugar, en todo tiempo y sin titubeos. Si flaquea nuestra voluntad, si se debilita la cooperación internacional, si dependemos sólo del esfuerzo aislado de cada nación, se fortalecerá el enemigo común que son los narcotraficantes.*

*[...]*

*Este esquema presenta a una delincuencia de mayor peligrosidad que la común, ya que permite el reclutamiento de individuos eficientes; entrenamiento especializado; tecnología de punta; capacidad para el "lavado de dinero"; acceso a información privilegiada; continuidad en sus acciones y capacidad de operación que rebasa, en el marco existente, la capacidad de reacción de las instituciones de Gobierno.*

*[...]*

*A este respecto, cabe notar que buena parte de la ineficiencia institucional en esta materia se debe a la existencia de un marco legal relativamente rígido, que impide a las instituciones actuar con flexibilidad y eficacia contra un adversario dinámico y cada vez más eficiente.”*

De los anteriores argumentos expresados para justificar la entrada en vigor de la ley en comento, se observa claramente cómo se emplea la denominación de enemigo en este caso a los narcotraficantes, señalándolos como de una peligrosidad superior al delincuente común (que no vive del delito, por el delito y para el

delito como ellos), además señala que es necesario para combatir a la delincuencia organizada disminuir obstáculos legales rígidos como resultan ser las garantías procesales instituidas a favor de todo indiciado en un proceso penal, es decir, mediante el discurso se legitima un marco jurídico de excepción que allana el camino del Estado para que mediante las instituciones de procuración de justicia principalmente, se actúe con eficacia ante el adversario común representado por la delincuencia organizada. ¿No se asemeja a la ideología de Jakobs?

En lo relativo al contenido de la legislación en estudio, en su Título Primero, Capítulo Único que se refiere a la naturaleza, objeto y aplicación de la ley, establece en su artículo segundo lo siguiente:

Artículo 2.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o alguno de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

Lo anterior actualiza la característica del derecho penal del enemigo que en un inicio señalé con el número 1), pues sancionar a quienes “acuerden organizarse” o incluso únicamente se organicen, representa un tipo penal que anticipa la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros, que no se han actualizado en el mundo fáctico, es decir, se deja de lado una conducta de lesión o puesta en peligro objetivamente dada al bien jurídico (injusto penal), por solamente la intención de sancionar peligros muy abstractos provenientes de ciertos individuos que previamente han sido etiquetados como enemigos.

Por otro lado, los artículos cuatro y cinco señalan:

Artículo 4o.- Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes:

I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o su-

pervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

II. En los demás delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

En todos los casos a que este artículo se refiere, además, se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

Artículo 5o.- Las penas a que se refiere el artículo anterior se aumentarán hasta en una mitad, cuando:

I. Se trate de cualquier servidor público que participe en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada. Además, se impondrán a dicho servidor público, destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos, o

II. Se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de los delitos a que se refiere esta Ley.

De los artículos citados se denota la desproporcionalidad de las penas que referí como característica de derecho penal del enemigo en el punto 2). Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios señalada en el artículo 2º de la ley en cuestión, no está acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados, es decir, resulta lo mismo sólo acordar organizarse o ser miembro de una organización consolidada para efecto de aplicación de las penas señaladas en las distintas fracciones del artí-

culo 4º antes transcrito. Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables, pues independientemente de que la delincuencia organizada es un delito autónomo respecto de los diversos que en tal calidad se cometan, la acumulación de las penas que la ley prevé, permite llegar a excesos desproporcionados que nulifican el fin de la pena de readaptación social del delincuente como lo menciona el artículo 18 Constitucional, se trata más bien de una medida eliminatoria de los sujetos que por su calidad de delincuentes organizados ya no se les considera susceptibles de readaptación, pues si consideramos que por ejemplo para un delito previsto por el artículo 194 fracción I, del Código Penal Federal se establece de 10 a 25 años de prisión, acumuladas dichas penas a las contempladas por la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en los artículos 4, fracción I, inciso a), que es de 20 a 40 años, agravada por el 5 fracción I, se pueden superar fácilmente los 60 años de prisión.

Respecto a la característica del derecho penal del enemigo, relativa a la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados considerados enemigos del Estado, también se puede observar una aproximación en la ley tratada en los siguientes supuestos:

### 1.- EL ARRAIGO

El artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece dicha figura para el caso de existir riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia, señalando como tiempo máximo de duración 30 días naturales; por su parte la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada reglamenta el mismo supuesto en su artículo 12, en donde sólo se requiere como fundamento, tomar en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculcado, estableciendo una duración máxima de 90 días.

En este punto, estamos ante una figura similar con un trata-



miento diferenciado en relación a los delincuentes a quienes se les aplica, ya que por un lado el delincuente común que se sujeta a las reglas de la legislación adjetiva penal ordinaria, tiene seguridad jurídica de que el arraigo que en su caso se le pudiera practicar no será mayor de 30 días, por su parte el individuo o individuos sujetos a las reglas de la ley especial de combate a la delincuencia organizada, en su caso podrían ser sujetos de un arraigo de hasta el triple de tiempo si es necesario (90 días), lo cual implica que a dichos delincuentes –exclusivamente ellos– por el carácter de enemigos, su garantía de seguridad jurídica se restringe considerablemente en relación con cualquier otro delincuente común debiendo soportar un tratamiento legal diferenciado y mas violento.

## 2.- LA RETENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO POR 48 HORAS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16, séptimo párrafo, establece lo siguiente: *“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”*.

De lo anterior se colige que todo sujeto detenido y señalado como probable responsable en la comisión de un delito tiene la seguridad jurídica de que al Ministerio Público le transcurre el término constitucional fatal de 48 horas para decidir o no sobre el ejercicio de la acción penal, lo cual evidentemente está dirigido a limitar el poder punitivo de las agencias de procuración de justicia y evitar violaciones de derechos fundamentales de los individuos como es la privación de la libertad por más tiempo del considerado necesario para la preparación de un acto de autoridad como lo es la consignación ante órgano jurisdiccional. Ahora bien, dicha garantía del imputado tiene una excepción constitucionalmente legitimada, es decir, la Constitución establece tal garantía de orden penal para todos los gobernados con una excepción respecto de los mas peli-

grosos (o enemigos), lo cual nuevamente representa un tratamiento diferenciado respecto del delincuente común y el imputado de delincuencia organizada, quien no puede gozar de la garantía constitucional en toda su extensión sino por el contrario le debe ser restringida, teniendo como consecuencia otorgarle hasta 96 horas al Ministerio Público de la Federación, para reunir elementos que le permitan ejercitar la acción penal correspondiente, lo cual no significa una privación de la garantía pero sí una restricción. En este punto es importante señalar que es de explorado derecho que todas las garantías constitucionales tienen límites para su ejercicio incluso las más fundamentales como la libertad, y que dichos límites emanan de la ley o la propia Constitución, pero, ¿acaso una garantía constitucional debe ser exceptuada en relación a los sujetos?, ¿no se trata de un derecho abstracto instituido en favor de todos los gobernados sin distinción de las personas?; por no tratarse de la finalidad de este trabajo, dejaré las siguientes interrogantes a consideración del lector, pero efectivamente queda de manifiesto que en cuanto a la retención de una persona efectuada por el Ministerio Público se da una restricción de garantías y derechos procesales respecto de los delincuentes organizados enemigos del Estado, lo cual no se prevé en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada por no ser necesario ya que es la propia Constitución quien establece la diferenciación en comento.

## V. CONCLUSIONES

Primera.- La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada constituye una clara aproximación en México a la teoría del derecho penal del enemigo.

Segunda.- La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada representa el hecho de que México efectivamente sigue las inercias internacionales tendientes a la creación de un modelo de derecho penal mas violento y extensivo, de trato diferenciado en cuanto a los sujetos, característico de un derecho penal de autor y no del acto, lo cual es una tendencia peligrosa si se considera que todos los ciudadanos en un

momento dado podemos ser objeto de su aplicación. Ante este hecho, no debemos olvidar que el derecho penal como tal, surge para limitar el poder punitivo de los estados y ceñirlo a una serie de garantías fundamentales y derechos procesales de observancia ineludible a favor de todo delincuente sin excepción. Por ello, a la Defensoría Pública Federal le corresponde desde luego luchar por procesos penales justos en los que se cumpla con la legalidad y el respeto irrestricto a las garantías constitucionales, pero además (en mi opinión), su posición le permite servir de contrapeso a políticas criminales inadecuadas que no se corresponden a las características y necesidades de nuestro país, pues la solución de la criminalidad no se encuentra en el crecimiento del poder punitivo, ni en la eliminación de obstáculos legales a favor de la autoridad y mucho menos en la elevación desproporcionada de las penas, sino en la aplicación de políticas sociales efectivas que conlleven a una mejor distribución de la riqueza y el acceso para todos a los satisfactores básicos como la educación principalmente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (2004). *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Concordada*. México: Editorial Porrúa 18<sup>o</sup> Ed.

Gracia Martín, Luis (2005). "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal Del Enemigo"". España: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Consultado desde <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

Rodríguez Manzanera, Luis (2003). Punibilidad, Punición, Pena. *Penología*. (pp. 87-97) México: Editorial Porrúa, 3<sup>a</sup> Ed.

Zaffaroni Eugenio, Raúl (2005). Los Sistemas Penales y El Poder De Los Juristas. *Derecho Penal Parte General*. (p.p. 18-28) México: Editorial Porrúa 3<sup>a</sup> Ed.

Zamora Grant, José (2003). El Sistema Penal. *La Víctima En El Sistema Penal Mexicano*. Colección Victimológica. (p.p. 91-126). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

**LEGISLACIÓN**

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.





# Una defensa adecuada integral

*Juan Carlos Ramos Torres\**

"Justicia no es callar al encausado bajo el silencio de la fuerza autoritaria; sino dar voz para defender lo justo."  
Ponciano Arriaga.

Sumario: I. Introducción. II. Historia Legislativa. III. Defensa adecuada e integral. IV. Conclusiones.

## I.- INTRODUCCIÓN

El estado de derecho en su estructura cimental avanza de acuerdo a la evolución del desarrollo social y el entorno del gobernado: difícil situación el encauzar correctamente las prioridades y derechos para establecer una tranquilidad y seguridad tanto social como jurídica. Aplicar el derecho que conlleve de la mano de la justicia resulta un reto importante hacia las instituciones, pues es claro que nuestro supremo ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece claramente las garantías de los gobernados y como consecuencia la obligación de la autoridad.

Precisando que una de las situaciones en las que más se ha trabajado y se han aportado infinidad de ideales, viene a constituir la evolución de las garantías del gobernado que por las circunstancias se encuentra en calidad de indiciado, inculpado, procesado y sentenciado, ante una autoridad jurisdiccional, por verse involucrado

---

\* Defensor Público Federal.

en hechos probablemente constitutivos de un delito, tarea que no fue fácil tomando en consideración que desde la jerarquía de Maximiliano de Habsburgo, Antonio López de Santa Ana y Porfirio Díaz (por citar algunos), la prepotencia autoritaria del poder inquisitorio dejaba a cualquier ciudadano alejado de los más esenciales derechos de defensa y justicia y no era otra cosa más que con el fin de lograr el supremo control ante los gobernados.

Más notable vienen a ser los encarcelamientos injustos, el destierro, el decomiso de tierras o bienes, sin la realización de un procedimiento justo y legal por el hecho de que quien acusaba, juzgaba y sentenciaba era la misma autoridad, sin pasar por desapercibido que cierto es que en su época existían derechos elementales, mas no existía una seguridad jurídica ni mucho menos una aplicación de los derechos más elementales, dado el privilegio autoritario.

Agraciadamente, la evolución de las instituciones, del Estado y los gobernados ha colocado bases fuertes que velan por la garantía del respeto a los derechos más indispensables y que da origen a un debido proceso legal ante el juez competente, pues como se afirma por Víctor Fairén Guillén: “nadie puede ser privado de sus honores, detenido, atormentado o condenado a muerte por ninguna institución del Estado sin tener pruebas claras y evidentes”,<sup>1</sup> es preciso establecer que el debido proceso legal es estructurado ante la institución del Estado que da forma de manera adecuada al curso legal que por sus etapas deberán cumplirse ante la normatividad previamente establecida y dictada, promulgada y publicada anterior al hecho que se le atribuye al gobernado, es decir, en el campo legal debe establecerse la secuencia jurídica que debe arribar a la conclusión y fenecer con la determinación de absolución o condenación del gobernado, pero con la certeza y seguridad jurídica adecuada.

Si bien la estructura jurídica del debido proceso legal, por sus etapas se comprende en lo establecido en el artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual abarca de la averigua-

---

<sup>1</sup> Castro y Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, página 5.

ción previa a la consignación ante los tribunales, preinstrucción, instrucción, primera instancia, segunda instancia y ejecución de sentencias;<sup>2</sup> por lo tanto, en el tema que nos ocupa es trascendental y se diría indispensable, que desde la averiguación previa se lleve a cabo una integral defensa para el gobernado que se encuentra acusado o señalado como probable responsable en la comisión de un hecho considerado por la ley como delito, tenga el derecho íntegro de declarar y defenderse ante la autoridad investigadora, pues como se analizará en este tema, en muchas de las ocasiones si no es que hasta en lo general, cuando el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador integra una averiguación previa sin detenido, pero con el señalamiento directo de determinada persona como probable responsable, dicho servidor público puede o no citarlo a declarar en relación a la imputación que existe en su contra, circunstancia que no debe estar al arbitrio del investigador porque se coartaría una defensa adecuada integral al momento en que le coarta el derecho a responder por los hechos y como consecuencia iniciar una defensa adecuada.

Efectivamente transgrede una de las garantías más eficaces para el gobernado-inculpado, el silencio ante la autoridad, no por propio derecho sino por una facultad discrecional y arbitraria con la que cuenta el órgano de procuración de justicia; cierto es que el artículo 20 apartado "A" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la fracción II<sup>3</sup> establece la prerrogativa de no ser obligado a declarar, mas ello es ejerciendo dicho derecho por propio consentimiento, pero de una interpretación armónica debe señalarse como garantía que el gobernado-inculpado tiene la facultad y la necesidad jurídica de declarar y responder por las imputaciones que se formulan en su contra.

Lo anterior es así en virtud de que, para una correcta, integral y adecuada defensa, el inculpado debe jurídicamente iniciar su defensa desde la averiguación previa, pues la facultad discrecional que

<sup>2</sup> Vid; artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales.

<sup>3</sup> Vid, artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



hasta este momento tiene el Agente del Ministerio Público Investigador para citar a declarar o no al inculcado, violenta con la estructura de la defensa del inculcado, pues se considera que al llevarse la integración de la averiguación previa de manera unilateral trasgrede el derecho a una defensa adecuada.

Por lo tanto, el tema que nos ocupa tiende a reflexionar sobre la necesidad de que el inculcado haga valer su facultad protectora constitucional de declarar (si ese es su deseo) ante el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador para responder de los hechos que se le acusan e iniciar inmediatamente después de su declaración ministerial una acertada y adecuada defensa, dado que el hecho de que NO se le cite a declarar y previa integración de la averiguación previa, el fiscal federal consigne la indagatoria ante un juez federal solicitando la orden de aprehensión y éste la obsequie, transgrede el derecho del gobernado inculcado a una defensa adecuada integral, integral porque la actividad de defensa jurídica debe ser desde la averiguación previa, pues lo contrario rompe con la hegemonía y equilibrio jurídico.

## II.- HISTORIA LEGISLATIVA

Previamente debemos analizar que dentro de toda la gama universal de garantías y derechos del hombre y del ciudadano se han obtenido grandes avances, y en nuestro Derecho Mexicano se remonta hasta el año de 1847 cuando en el Proyecto de Acta de Reforma de Mariano Otero, en su artículo 4º, disponía: “Para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la república, y establecerá los medios de hacerlas efectivas”.<sup>4</sup> Es decir, ante la notoria exigencia de velar por los derechos más esenciales y naturales de los ciudadanos se ventilaba la necesidad de garantizarlos.

Mas debe existir diferencia entre las garantías y los derechos

---

<sup>4</sup> Castro y Castro, Juventino V, *Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, página 13.

humanos, dado que entre las garantías individuales y el derecho del hombre, base para el nacimiento de aquélla, existen diferencias lógicas y necesarias, no siendo dable confundir a las garantías con los derechos del hombre, como tampoco lo es hacer su equiparación. La garantía es el medio otorgado por la Constitución para preservar o proteger algún derecho humano o del hombre, por lo que válidamente puede sostenerse que éste es el contenido de aquélla. Así mismo, es de señalar que el derecho del hombre es anterior a la consagración de alguna garantía puesto que aquél nace desde el momento en que el hombre es tal, en tanto que la garantía surge hasta después de que el Estado, a través de sus órganos competentes la consagra con un documento legal, sea una constitución o una ley secundaria, como lo pretendió en 1847 el Congreso Constituyente con base en las ideas propuestas por el ilustre jalisciense Mariano Otero.<sup>5</sup>

Mas no en todos los lugares se analizaba la tutela de las garantías individuales, pues cuando los Estados Unidos de América promulgan el 17 de septiembre de 1787 su Constitución Federal previamente sometida a la consideración de los Estados particulares en convenios locales, no se incluye en ella una enumeración de las garantías constitucionales, por lo que fue necesario incluir el ahora conocido Catálogo de Derechos que se reconocen a la persona humana y excepcionalmente sólo a los ciudadanos, el conocido Bill of Rights <sup>6</sup>. De lo cual se advierte que el Estado Mexicano indudablemente veló desde un principio por las garantías individuales.

Mas no todo en la evolución legislativa daba preferencia al derecho, sino más bien a la aplicación de la justicia y para ello cabe señalar aquella famosa ley del talión en la cual lejos de apegarse al derecho previamente establecido, simple y llanamente se aplicaba la justicia en el tenor de ojo por ojo y diente por diente, visor de la nula aplicación de procedimiento alguno que permitiera a uno como

---

<sup>5</sup> Del Castillo del Valle, Alberto, *Ley de Amparo Comentada*, Ediciones Jurídicas Alma, páginas 70 y 71.

<sup>6</sup> Op. Cit., página 7.

a otro una defensa y una sanción acorde a lo previamente establecido y que se retoma el señalamiento filosófico en el que debe entenderse la distinción entre la libertad de querer y la libertad de actuar, pues la primera exenta de una inclinación necesaria para tomar una decisión de elegir y la segunda la ausencia de toda acción exterior, por lo cual si no se delimitan ambas, se cae en la circunstancia de la falta de garantía por parte del Estado hacia el gobernado.

Así mismo existe el antecedente del artículo 20 de la Carta Magna expedida por Juan Sin Tierra, monarca inglés que se vio fuertemente presionado por los barones ingleses, quienes le arrancaron una serie de derechos para ellos mismos y para los súbditos en general; la Constitución de Cádiz de 1812, señalaba: “ningún hombre libre será detenido, ni preso ni desposeído de su tenencia, de sus libertades o libres usos ni puesto fuera de la ley, ni exiliado, ni molestado de manera alguna; y nos no pondremos, ni haremos poner mano sobre él a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según la Ley de la Tierra”;<sup>7</sup> sin lugar a dudas ya se prevé una garantía más acertada de audiencia y seguridad jurídica respecto a los gobernados.

En obvio de razones no debemos pasar por desapercibido las constituciones de 1857 y 1917 que son esenciales en el desarrollo de una eficacia jurídica al desglosar de manera clara y precisa las garantías individuales, establecidas en sus primeros artículos, que si bien ha sufrido algunos cambios y reformas literarias, ello sólo es bajo la premisa de lograr un objetivo más eficaz, ejemplo: la fracción II del artículo 20 en 1993 sufre un cambio destacable, pues antiguamente se disponía que nadie podía ser compelido a declarar en su contra y ahora simplemente se dispone a que no podrá ser obligado a declarar en su contra;<sup>8</sup> mas el fondo de la estructura se garantiza, no sufre cambio considerable, pues lo que el legislador pretende establecer es garantizar al inculpaado que por ningún motivo será obligado a declarar.

En ese orden de ideas debemos establecer que la evolución le-

<sup>7</sup> Op. Cit., página 255.

<sup>8</sup> Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, Editorial Porrúa, página 87.

gislativa trae como consecuencia una mejor garantía hacia el gobernado y en el caso en estudio es primordial establecer que el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su fracción II otorga la garantía de no autoincriminación, mas en el presente proyecto se pretende reflexionar acerca de la garantía que también le asiste al gobernado de comparecer ante la autoridad investigadora cuando se le atribuye un hecho delictivo y no justificarse su ausencia en la integración de la averiguación previa con el hecho de que el Ministerio Público no está obligado a recabar la declaración ministerial del inculcado para poder ejercitar acción penal y solicitar orden de aprehensión en su contra, dado que se considera que en una defensa adecuada e integral debe concederse al inculcado el derecho desde la averiguación previa hasta la ejecución de sentencia y no coartarle la facultad de declarar (si desea ejercer dicho derecho) desde la averiguación previa y por ende conocer la imputación que existe en su contra para así poder defenderse de una manera adecuada y tener un acceso inmediato a una justicia más equitativa.

### **III.- DEFENSA ADECUADA E INTEGRAL**

De acuerdo a la evolución legislativa, nos acerca más a una estructura adecuada a la realidad social, porque nos permite expandir las garantías del gobernado ante actos de autoridad, que cierto es, que en un estado de derecho no debe existir temor de un embate autoritario, mas es necesario establecer la estructura idónea en la cual llega el límite de la autoridad y el gobernado, respetando los derechos naturales más esenciales, por ejemplo: la libertad, la vida y el patrimonio.

No perdemos de vista que la autoridad investida por el poder que le otorga el Estado, tiene la obligación de prever el orden y el bienestar social, siendo una de ellas la procuración de justicia, la cual tiene bajo su control constitucional ( 102 Apartado "A"),<sup>9</sup> la investigación y prosecución de los hechos que la ley considera como delictivos; órgano

---

<sup>9</sup> Vid. Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

que por su naturaleza activa, ha sido cuestionado constantemente, pues precisamente es donde surge el mayor cuestionamiento acerca del cumplimiento de las garantías constitucionales.

Por ello el tema que nos ocupa es para reflexionar al respecto, concretamente si se debe continuar con la “facultad discrecional” con la que hasta este momento cuenta el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador, para citar o no a una persona a rendir su declaración ministerial cuando se le involucra como probable responsable de un hecho considerado por la ley como delictivo; lo anterior nos orilla al cuestionamiento obligado. ¿Dónde inicia la defensa del gobernado inculcado?

Respuesta a lo anterior, sería a partir del momento en que tienen conocimiento de la imputación que se formula en su contra, momento que pudiera ser: posterior a la orden de aprehensión, es decir, cuando sea puesto a disposición del Juez de Distrito competente y rinda su declaración preparatoria, o cuando esté evadido de la acción de la justicia, bajo el Amparo del Juicio de Garantías.

Sin embargo se considera que la respuesta más acertada sería desde la integración de la Averiguación Previa, sin que sea óbice para lo anterior el criterio en donde señala que no es indispensable la declaración del inculcado para poder librar una orden de aprehensión, pues basta –señala– que existan elementos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del inculcado en el hecho que se le atribuye; es decir, no obliga al órgano investigador a citar a comparecer al gobernado inculcado a pesar de conocer los datos de localización de esta persona, tal y como se asienta en el siguiente criterio:<sup>10</sup>

No. Registro: 175,142

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

---

<sup>10</sup> Jus 2006, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXIII, Mayo de 2006

Tesis: 1a./J. 154/2005

Página: 49

**AVERIGUACIÓN PREVIA. LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CITAR O HACER COMPARECER AL PROBABLE O PROBABLES INDICIADOS PARA QUE DECLAREN, NO PUEDE COMBATIRSE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.** La posibilidad de impugnación de los actos acaecidos durante la averiguación previa a través del juicio de amparo indirecto, debe determinarse de manera casuística –en aras de preservar, al menos en su expresión mínima necesaria, la función indagatoria–, considerando fundamentalmente si se trata de actos cuyos efectos podrán o no desvirtuarse a través del proceso judicial. Así, los actos que habitualmente tienen verificativo dentro del desarrollo de una indagatoria para su debida integración, cuyos efectos son susceptibles de contrarrestarse o anularse posteriormente, no trascienden irreparablemente a la esfera jurídica del gobernado, pues no le irrogan un perjuicio, ya que éste en todo caso se materializa hasta que la autoridad judicial a quien corresponda conocer de la causa penal determine si procede o no librar la correspondiente orden de aprehensión. Estimar lo contrario entorpecería dichas facultades y obligaciones constitucionalmente conferidas al Ministerio Público, anteponiendo el interés particular al interés de la sociedad. En tal virtud, la omisión de dicho representante social de citar o hacer comparecer al probable o probables indiciados para que declaren dentro de la averiguación previa, no constituye un acto de imposible reparación que pueda combatirse a través del juicio de amparo indirecto, pues tal declaración no es un requisito indispensable para que aquélla se integre, ya que el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no lo dispone así.

Contradicción de tesis 85/2005-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito. 5 de octubre

de 2005. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Antonio Espinosa Rangel.

Tesis de jurisprudencia 154/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cuatro de noviembre de dos mil cinco.

Criterio que en lo personal no es muy adecuado, si es que se desea garantizar una adecuada defensa e integral, pues desde el punto de vista objetivo, la averiguación previa es el inicio de un procedimiento recaudatorio de probanzas tendientes a demostrar la probable responsabilidad de una persona y la comisión de un hecho considerado por la ley como delito, entonces, si la integración de una averiguación previa se lleva a cabo sólo por parte activa del Agente del Ministerio Público de la Federación investigador, rompe con el equilibrio procesal (no civilmente, pues en materia penal no existe litigio) y concede ventaja al fiscal que integra la averiguación previa de allegarse los medios de prueba que considere, sin que exista la intervención de la defensa.

Esto es así, porque la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20 fracción II,<sup>11</sup> establece que el gobernado inculcado NO puede ser obligado a declarar, mas en una interpretación armónica, debe establecerse que el derecho que le asiste a todo gobernado, es el de declarar, derecho primario y básico de la interpretación de dicha garantía (obviamente si el inculcado desea hacer efectivo el derecho a declarar), porque la obligación de las autoridades es, precisamente, respetar el derecho a declarar o NO declarar; por ende si la garantía esencial es el declarar ante los cuestionamientos que se le imputan, es obligación constitucional atribuible al Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador, citar a comparecer al gobernado inculcado, bajo la tutela del artículo 20 del ordenamiento legal en cita, pero con la oportunidad de que si es el deseo y derecho del gobernado declarar, debe ser desde la averiguación previa.

<sup>11</sup> Vid., artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es obvio que no se puede exigir más de lo posible a una autoridad, mas cuando ésta cuenta con los elementos necesarios para localizar, citar y notificar al gobernado-inculcado, de que deberá comparecer ante su instancia a fin de recabar su declaración ministerial en relación a determinada averiguación previa que instruye por la comisión de delito, se considera que en este caso el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador tiene la obligación de notificar y hacerle saber al gobernado-inculcado que se instruye en su contra una averiguación previa y tiene el derecho de comparecer para que ejerza su derecho de declarar o abstenerse, en relación a los hechos.

Pero con ello no sólo se está brindando y velando por la Garantía de Audiencia, sino que se le concede al gobernado-inculcado la facultad para conocer los hechos que se le atribuyen, quiénes deponen en su contra y cuál es el motivo que originó la integración de la indagatoria penal, lo que daría paso a estructurar una defensa adecuada en su favor, pues al conocer los datos que existen en la Averiguación Previa en cuestión, obtienen la posibilidad de aportar las probanzas necesarias para desvirtuar los hechos que se le atribuyen o justificar su conducta, pues debe aplicarse el principio rector de que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Considerando que por ello la respuesta más acertada a la pregunta que se formuló, viene a ser que la defensa del gobernado-inculcado debe iniciar desde la integración de la averiguación previa y en cuyos supuestos sea viable la comparecencia del mismo; pues la integración de la indagatoria penal sólo por parte activa del investigador, condena al inculcado a desconocer los hechos que se le atribuyen y más aun lo priva de aportar los elementos necesarios para desvirtuar su acusación, y para ilustrar un poco más la hipótesis, se asienta el siguiente ejemplo:

El Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador integra una averiguación previa por el delito de homicidio intencional, realizando las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y de las investigaciones de las mismas se advierte que



en el homicidio intervinieron tres personas, logrando establecer la identidad y domicilio de los involucrados –sin que el Agente Investigador los cite a declarar– ejercitando acción penal en su contra y consignando la averiguación previa sin detenido al juez competente solicitando la orden de aprehensión en contra de Juan, Pedro y Luis.

El juez competente concede la orden de aprehensión en contra de Juan, Pedro y Luis, logrando la captura de los mismos, siendo puestos a disposición e internos en el CERESO correspondiente; pero resulta que al rendir declaración preparatoria Luis argumenta que él no se encontraba en el lugar de los hechos, pues se encontraba vacacionando en un puerto en compañía de su familia, proporcionado el nombre del hotel, número de habitación y el período que permaneció en dicho lugar, dentro del cual comprendía el día que sucedieron los hechos que se investigan.

Por su parte el defensor amplió el término constitucional, aportó los testigos, documentales y probanzas necesarias para acreditar el dicho de su defendido, obteniendo auto de libertad, en obvio el Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito interpuso el recurso de apelación y al resolver el tribunal confirma la libertad del inculpado.

El problema que se analiza en el ejemplo anterior, viene a cuestionar cuándo realmente inició la defensa del inculpado, posterior a que fue privado de su libertad, posterior a haber sido vejado ante la sociedad, posterior a haber sido humillado ante sus familiares, posterior a haber sido ultrajado por los aprehensores, cuando el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador tuvo la oportunidad de citar a comparecer al inculpado y brindarle más que el derecho de audiencia, el derecho a establecer una adecuada defensa y aportar los medios de prueba que combatieran los hechos que se le atribuían.

Es por ello que la reflexión del tema consiste, en que más que un derecho del gobernado, es una obligación constitucional de la autoridad, el citar a comparecer al inculpado y que este ejerza su derecho a declarar o abstenerse a ello, dando pauta al inicio de una

defensa adecuada desde la integración de la averiguación previa y no posterior cuando ya se han transgredido algunas circunstancias personales; claro está que si se le hubiera concedido a esta persona la oportunidad de aportar los testigos y documentales en la averiguación previa, estructuraría una defensa tendiente a solicitar el no ejercicio de la acción penal; pero al coartársele esa oportunidad, se pierde la garantía de una defensa adecuada.

Pues precisaremos que Juan Jacobo Rousseau divulgó: “el más fuerte no lo es jamás bastante para siempre el amo o señor, sino transforman su fuerza en derecho y la obediencia en deber[...]La fuerza es una potencia física, y no veo qué moralidad pueda resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; cuando más, puede ser de prudencia. Convengamos, pues en que la fuerza no hace el derecho en que no está obligado a obedecer sino a los poderes legítimos”.<sup>12</sup>

Permitir el acceso a la justicia y una adecuada defensa, es sinónimo de legalidad y seguridad jurídica, pues establece las bases idóneas para permitir al gobernado, establecer una defensa que debe ser integral, por ello se habla de una intervención desde la misma averiguación previa, pues el hecho de que la intervención del inculpado y su defensor no sea durante esta etapa, trae como consecuencia, una privación de la libertad, legal por estar emitida por un juez competente, mas no apegada al respeto de las garantías constitucionales, habida cuenta que el hecho de que se señale como facultad el no ser obligado a declarar, mas el derecho primario y básico debe ser el de audiencia.

A lo anterior debe agregarse el criterio establecido en el sentido de que no existe obligación legal para que el inculpado comparezca a declarar en relación a los hechos que se le atribuyen; sin embargo, debe señalarse que el Estado debe respetar las libertades del hombre y entre ellas se encuentra la libertad jurídica que ofrece dos aspectos, la libertad individual y la libertad de la nación. No debe sacrifi-

<sup>12</sup> Del Castillo del Valle, Alberto, *La Defensa Jurídica de la Constitución en México*, Editorial Grupo Herrero, pagina 71.

carse la una a la otra; por el contrario deben estar en armonía. Exagerando la primera, se debilita la fuerza del Estado; ampliando demasiado la segunda, desaparece el individuo. Ambas viven y se desarrollan dentro del Estado, con esta notable diferencia: la libertad individual debe ser reconocida y protegida por el poder público, estableciendo garantías para sostenerla, marcándole las limitaciones que exige el interés general; la segunda es menos fija, depende más del Estado que pueda extenderla según las aspiraciones, las necesidades y la cultura del pueblo. Nacen de la primera los derechos del hombre; de la segunda, los del ciudadano.<sup>13</sup> Por lo tanto, es claro que tanto el ciudadano como el Estado tienen obligación jurídica pero también el respeto a la libertad de la misma.

La importancia de la primera declaración del inculcado adquiere relevancia jurídica desde el momento mismo que el defensor tiene la oportunidad de estructurar su defensa, pues es claro que al comparecer el inculcado ante el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador, pueden suceder los tres supuestos legales: 1.- No declarar; 2.- Reservarse el derecho a declarar para hacerlo con posterioridad por escrito, o bien 3.- Rendir declaración; mas dichas hipótesis se desprenden del mismo supuesto jurídico, el derecho de comparecer ante el órgano investigador.

Lógico es que si el agente investigador carece de los medios o datos que precisen la localización del probable responsable, es injusto que se le exija el cumplimiento de lo que se considera una obligación constitucional, que se traduce en citar al compareciente ante su instancia, sin embargo es cuestionable este punto, en virtud de que sería ilógico que el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador al concluir con la integración de su indagatoria penal, desconozca el paradero de quien va a acusar formalmente (suele suceder), pero debe tener datos que hagan probable su localización, por lo tanto debería exigírsele le concediera al inculcado ser escuchado en relación a los hechos.

---

<sup>13</sup> Coronado, Mariano, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano* (1899), Ed. Oxford, pág. 4.

Distinto sería si el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador contara con los datos de localización del inculpa-do, caso en el cual, a criterio personal estaría obligado el órgano investigador a citar a comparecer al inculpa-do, independientemente de que éste ejerza su derecho de declarar o no, pues lo que se requiere es que el inculpa-do cuente con los elementos esenciales para coordinar con su Defensor una adecuada defensa.

Se señala que la defensa debe ser integral, pues de acuerdo al *Diccionario Jurídico Especializado*, define como integral: completo, entero, cada una de las partes que entran en la composición de un todo, resultado de integrar una expresión diferencial, nombre dado al signo F.<sup>14</sup> Ello significa un todo, general, completo, integro, es decir, si el procedimiento penal mexicano tiene su inicio en la Averiguación Previa y la conclusión en la ejecución de sentencia, lo ideal sería que la defensa inicie desde la Averiguación Previa lo cual integraría al inculpa-do y su defensor en la Batalla Legal y se le permitiera defenderse cabalmente de la imputación o señalamiento existente en su contra.

Claro está, que la garantía constitucional que se analiza, radica en la facultad que tiene el gobernado para NO ser obligado a declarar, es decir, el derecho a no autoincriminarse, lo cual es correcto, por las difíciles situaciones que se suscitaron en algunos lugares donde se obligaba al inculpa-do a confesar hechos en los cuales no había participado, por ello se estima necesaria tal garantía, para evitar abusos y que mediante la coacción e intimidación se logren confesiones inexistentes, pero sí es necesario reflexionar en todo el contexto que establece esta garantía.

Precisión que radica en el otro lado de la moneda, es decir, la facultad del gobernado a comparecer ante la autoridad que integre una averiguación previa en su contra, pues la oportunidad de conocer los datos que existan en su contra también es una garantía de las previstas en el artículo 20 de la Constitución Política de los Es-

---

<sup>14</sup> *Diccionario Jurídico Especializado*, Ed. Libros Técnicos, Edición Especial, pág. 626.

tados Unidos Mexicanos, por ende el no citar a comparecer ante el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador violenta otra prerrogativa del inculpado.

De tal manera que lejos de ser una "facultad discrecional" del Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador, el citar o no a comparecer al inculpado, en relación a la averiguación previa que se instruye por considerarlo probable responsable en la comisión de un delito, debe ser una obligación constitucional, de acuerdo a la interpretación armónica del artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin pasar por desapercibido que el hecho de que se cite a la persona a comparecer no es sinónimo de obligación a rendir declaración, pues podrá ejercer su derecho de reservarse el derecho a declarar para posteriormente hacerlo por escrito; no rendir declaración o bien si lo desea y es su derecho declarar en relación a los hechos.

#### IV.- CONCLUSIONES

La prioridad de todo gobernado es sentirse bajo el cobijo de la legalidad y seguridad jurídica, el acceso a una justicia más pronta y expedita, es por ello que en nuestro actual Estado de Derecho, debe considerar al gobernado como una parte esencial de un todo, de manera integral, como integral debe ser la oportunidad de contar con una adecuada defensa en el momento idóneo y no cuando algunos actos de autoridad puedan repercutir en su esfera jurídica, social, moral y hasta económica, pues se puntualiza la necesidad de reflexionar sobre el derecho que debe tener el gobernado inculpado para conocer la integración de una averiguación previa en su contra y más aún conocer los datos existentes para tener la oportunidad de defenderse.

Más que una "facultad discrecional" con la que hasta el momento cuenta el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador, debe ser una obligación constitucional, el concederle al gobernado inculpado el derecho de comparecer a fin de que independientemente de que rinda o no declaración en relación a los

hechos, conozca los datos que existen en su contra, quiénes deponen en su contra y así poder estar en condiciones de plantear en coordinación con el defensor una defensa adecuada.

Lo anterior, dado que el hecho de que el Agente del Ministerio Público de la Federación Investigador omita citar al inculcado, rompe con el equilibrio procesal, pues el inculcado estará en desventaja, tan es así que como se precisó con el ejemplo citado, de manera tardía y posterior a la privación de su libertad, podrá defenderse y aportar los elementos probatorios a su favor, circunstancia que rompe con toda hegemonía del derecho y sobre todo de la justicia.

Considerando a criterio muy personal que la obligación constitucional atribuible a los órganos de procuración de justicia, de citar a comparecer al inculcado, se debe exigir su cumplimiento:

I.- Cuando el Agente del Ministerio Público cuente con los datos precisos de localización del inculcado; y

II.- Cuando por algún medio el inculcado haya tenido noticia de la integración de la Averiguación Previa y comparezca voluntariamente.

Cumplimiento que debe justificar con los medios necesarios, pues que no se confunda el hecho de que la obligación no consiste solamente en mandar los citatorios a un determinado domicilio sin recabar el acuse de quien recibe, pues se caería en el error de justificar su cumplimiento de manera irregular.

Importante es el acceso a la averiguación previa porque de ahí deriva una defensa adecuada e integral, con la oportunidad del inculcado de obtener durante la integración de la indagatoria, la posibilidad de aportar pruebas, necesarias que justifiquen su conducta o refuten la imputación existente en su contra y así jurídicamente obtener una resolución favorable como por ejemplo el no ejercicio de la acción penal; dado que la integración sólo por la parte activa del órgano investigador, trae como consecuencia una desventaja y se rompería con el fin de una defensa adecuada integral.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Castro y Castro, Juventino Víctor, *Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional*, Editorial Oxford, Volumen I, México 2002.
- 2.- Castro y Castro, Juventino Víctor, *Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, México 2000.
- 3.-Coronado, Mariano, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano* (1899), Editorial Oxford, Volumen I, México 1999.
- 4.- Del Castillo del Valle, Alberto, *La Defensa jurídica de la Constitución de México*, Editorial Grupo Herrero, México.
- 5.- Del Castillo del Valle, Alberto, *Ley de Amparo Comentada*, Ediciones jurídicas Alma, México 2002.
- 6.- *Diccionario Jurídico Especializado*, Editores Libros Técnicos, México 1999.
- 7.-Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, Editorial Porrúa, Tomo I, Sexta Edición, México 2000.
- 8.- Jus 2006, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación.

## LEGISLACIÓN

- I.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- II.- Código Federal de Procedimientos Penales.
- III.- Ley de Amparo.

## Derecho de los niños nacidos en México a tener un registro de nacimiento, cuando sus padres son extranjeros con una estancia ilegal en el país

*Benjamín Rubio Chávez\**

Sumario: I.- Introducción. II. La importancia del estado civil y político de las personas. III. El Derecho de los niños a tener un registro de nacimiento. IV. La igualdad de los niños nacidos en México. V. El Registro de nacimiento en forma extemporánea. VI. La inconstitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población. VII Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

El hombre por el hecho de tener esa calidad, ha configurado derechos que le pertenecen, ello sin importar alguna característica o cualidad que lo distinga, justificado bajo la razón que el humano debe ser tratado con dignidad.

Bajo ese contexto no debe existir impedimento legal ni humano que restrinja el derecho a tener un registro de nacimiento, o el derecho a registrar el nacimiento de un hijo aun en forma extemporánea; cuando el padre o la madre o ambos son extranjeros con una estancia ilegal, pues el ejercicio de ese derecho no está sujeto a una condición sociocultural o de nacionalidad, sino sólo a la condición humana.

---

\* Asesor Jurídico Federal.



El registro de nacimiento es un derecho humano, que permite establecer la filiación, el nombre, la nacionalidad, situación que cobra importancia no sólo en la actualidad sino en todos los tiempos, pues esos derechos permiten al ser humano autodeterminarse, y sin esos derechos el ser humano queda determinado desde que nace hasta que muere a no tener jurídicamente una identidad, un parentesco o una nacionalidad.

Por tanto el derecho al registro de nacimiento no debe coartarse por ningún motivo, máxime cuando la política de Estado en las relaciones exteriores está encaminada al respeto de esos derechos a nuestros connacionales en el extranjero, por lo que debemos ser recíprocos con los que residan en el país, aun de forma ilegal, pues el derecho del que trata este trabajo no depende de la calidad o característica migratoria del extranjero.

Así pues, en el presente trabajo se cuestiona la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población que impide registrar en forma extemporánea a un hijo nacido en México cuando los padres son extranjeros con una estancia ilegal, argumentando para ello la importancia del estado civil y político de las personas, los derechos de los niños, la igualdad entre los niños nacidos en territorio nacional.

## II. EL ESTADO DE LAS PERSONAS

El estado de una persona consiste en la situación jurídica concreta que guarda en relación con la familia o con el Estado, en el primer caso lleva el nombre de estado civil o de familia y se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo o pariente por consaguinidad, por afinidad o por adopción. En el segundo caso, el estado se denomina político y precisa la situación del individuo o de la persona moral respecto a la nación o al Estado a que pertenezca, para determinar las calidades de nacional o extranjero (Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Ed. Porrúa. 30ª ed. México. pág. 170). Ambos estados de las personas cobran importancia pues de ellos nacen diversos derechos y obligaciones tanto privadas como públicas.

El parentesco es desde luego la fuente más importante del estado civil (Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo I. Ed. Porrúa. 10ª ed. México. pág. 467) pues crea en todo momento relaciones con los progenitores y ascendientes, extendiéndose este derecho incluso con los parientes colaterales, y desde luego en sus relaciones con el Estado. El parentesco es en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consaguinidad, o del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

El parentesco consanguíneo es aquel que se origina por una descendencia de una persona a otra, es decir, la consaguinidad es resultado de la concepción de un ser, que al nacer<sup>1</sup> y ser viable<sup>2</sup>, interactúa de forma recíproca y jurídica con quienes lo concibieron, así también con el Estado.

Entonces el parentesco por consanguinidad se determina básicamente con el nacimiento y se formaliza con el registro del hijo por parte de los padres ante el Juez del Estado Familiar, surgiendo con ello derechos y obligaciones recíprocos, además de permitir la identificación individual de una persona, así como determinar su estado político, es decir, el registro de nacimiento constituye la prueba de filiación y de nacionalidad por excelencia. Por ello se considera al acta de nacimiento como la prueba regular y normal a la que ha de recurrirse para demostrar el estado civil y político de una persona, siendo ese documento el pasaporte que la sociedad entrega a cada uno de sus miembros cuando nacen (Marcel Planiol y Georges Ripert. *Derecho civil*. Tomo III. Ed Harla. Trad. por Leonel Pereznieta Castro. México. 1997. pág. 201), aunque considero que el acta de nacimiento no prueba totalmente la filiación ni la nacionalidad,

---

<sup>1</sup> Se considera nacido al ser que esta separado completamente del útero materno por expulsión natural o por obra del cirujano (Brugi, Biagio, *Instituciones de derecho civil*. Vol. IV. Traducción del Lic. Jaime Simó y Bofarull. Editorial Oxford. México. 2001. página 175).

<sup>2</sup> Se considera viable al ser que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Lo anterior de conformidad con el artículo 337 del Código Civil Federal.

pues el acta es sólo un documento en el que se da fe sobre el lugar y fecha de nacimiento de un niño, su sexo, nombre de los padres, nombre del niño, entre otros datos. Bonnecase establece al respecto que el acta de nacimiento no prueba la identidad del actor con el hijo dado a luz por la pretendida madre; únicamente demuestra el parto de ésta, a condición naturalmente, de que en el acta consten tanto el nombre de la madre como el del hijo (Bonnecase, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo 1. Ed. Harla. Tradc. por Enrique Figueroa Alfonso. México. 1997. pág. 269); el Código Civil Federal al respecto establece:

Artículo 39.- El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

Bajo esa temática el registro del nacimiento cobra relevancia toda vez que a través de esa institución se hace constar de manera auténtica, el estado civil y político de una persona, y funciona bajo un sistema de publicidad que permite el control por parte del Estado de los actos más trascendentes de la vida de las personas físicas, Planiol establecía que la utilidad del registro radica en que el Estado encuentra en ellos un recurso de primer orden en la administración y la policía; las listas electorales, la supervisión del ejército, la justicia civil y penal. El individuo mismo posee en ellos una prueba fácil de su propia situación. Por último, los terceros que tratan con él encuentran en los mismos la seguridad de sus relaciones de negocios, pues necesitan saber si su contratante es menor o mayor, soltero, casado, nacional o extranjero etc., circunstancia que les revelarán sin ninguna duda los registros. Nada podría sustituirlos desde este punto de vista. Qué sería de todos los negocios, tanto públicos como privados, si para todos los hechos del estado civil nos viésemos reducidos a testimonios siempre sospechosos, a recuerdos medio borrados de los mismos interesados o a documentos privados que no presenten garantía de sinceridad (Marcel Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Vol. II, trad. del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla,

páginas 227 y 228). Agrego a la utilidad enumerada por el tratadista anterior, el hecho que el registro civil en este caso el de nacimiento da fe sobre la paternidad, maternidad, nacionalidad y ciudadanía de una persona.

Sabida la importancia del registro de nacimiento, sólo cabe agregar que ese registro origina por sí sólo:

- 1.- El derecho y la obligación de alimentos;
- 2.- El derecho subjetivo a heredar;
- 3.- Determinadas incapacidades en el matrimonio;
- 4.- Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

De acuerdo a lo anterior resulta de trascendencia que toda persona cuente con un registro de nacimiento, a efecto de hacer valer los derechos y las obligaciones que nacen por este hecho.

Lo anterior sin mencionar los derechos y obligaciones que se originan con respecto al estado político, como son la nacionalidad y la ciudadanía, siendo de trascendencia en razón que por virtud de la nacionalidad se accede a diversos derechos a los que no puede acceder un extranjero, que pueden ser tanto políticos como laborales.

En este aspecto el estado político de una persona se demuestra en forma natural a través del acta de nacimiento de conformidad con la ley de nacionalidad que establece en su artículo 3 lo siguiente:

“Son documentos probatorios de la nacionalidad mexicana: cualquiera de los siguientes:

I.- El acta de nacimiento expedida conforme a lo establecido en las disposiciones aplicables”.

Así pues, el acta de nacimiento determina como prueba de fe, el parentesco y la nacionalidad, ello sin considerar que dicha acta de nacimiento individualiza a una persona de otra, pues en esta se establece la primera identificación oficial de una persona a través del nombre.

De lo anteriormente establecido se advierte que el registro de nacimiento es de gran importancia en la vida jurídica de una persona, al grado que es considerado como un derecho humano, del cual ninguna persona debe prescindir, y tampoco alguna autoridad debe

coartar. Pensemos: ¿qué sería de nuestra vida social y jurídica sin un registro de nacimiento?

### III.- EL DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UN REGISTRO DE NACIMIENTO

Dada la importancia del registro de nacimiento en los actos jurídicos tanto públicos como privados, las legislaciones de las naciones así como los organismos internacionales, han hecho obligatorio el acceso a ese derecho, con el fin primario de proteger a los niños y como consecuencia proteger a los adultos, pues como se pudo apreciar el registro de nacimiento cobra demasiada importancia en la vida social y jurídica de una persona, pues es prueba del parentesco, de la nacionalidad y determina el nombre de una persona, entre otros derechos que de forma accesoria se integran.

A efecto de lograr la protección al derecho de registro de nacimiento, en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su parte final se establece lo siguiente:

“El estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno a sus derechos.

El estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

Dicha disposición protege de forma general el pleno ejercicio de los derechos de los niños, situación que a mi consideración se ejerce a través del registro de nacimiento, pues ese derecho por sí sólo protege a los menores y les da derecho a una filiación, nacionalidad y un nombre propio, y con éstos a una serie de derechos accesorios que van de la mano con el estado civil y político, además de otros derechos que se refieren a su integridad física, educación y pleno desarrollo.

Cabe destacar que dicho derecho constitucional es de reciente creación, impulsado básicamente por la afortunada moda mundial de la no discriminación y el respeto a los derechos de las minorías. Esa moda mundial trajo como consecuencia la creación de diversos tratados internacionales, mismos que se avocaron a regular las rela-

ciones de esas minorías silenciosas como son los niños con los adultos y con el Estado.

Así pues, diversos instrumentos han establecido el derecho de los niños a ser registrados, a tener un parentesco, un nombre y una nacionalidad.

El artículo 15 fracción 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

“A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

El artículo 24 fracción 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece:

“2.- Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3.- Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

La Convención sobre los derechos del niño establece:

“Artículo 7

1.- El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2.- Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Dichos tratados internacionales revelan de forma clara que todo niño tiene derecho a ser registrado su nacimiento, sin establecer mayores requisitos que el de nacer y ser presentado ante la autoridad competente, sin distinción de algún tipo, y mucho menos sin distinción de su origen paterno o materno.

Cobran relevancia estos tratados, toda vez que los flujos migratorios en nuestro país son intensos, pues México es el paso de migrantes centroamericanos, sudamericanos y asiáticos que van rumbo a los Estados Unidos de Norteamérica, y durante su estancia en

el país muchas mujeres dan a luz a niños, y al pretender registrar el nacimiento de sus hijos se encuentran con la negativa de las autoridades, quienes en muchos casos por su ignorancia deciden negar el derecho al registro de nacimiento, o a exigir a los padres acrediten su estancia legal en el país, cometiendo con ello no sólo una ilegalidad sino una infamia que atenta en contra de la dignidad del ser humano.

Los tratados internacionales mencionados son obligatorios para el Estado Mexicano, por tanto se encuentran las autoridades obligadas a respetarlos y a acatarlos, toda vez que el artículo 133 constitucional, establece que los tratados internacionales suscritos por el Ejecutivo Federal en términos de la fracción X del artículo 89 de la Carta Magna, ratificados por el Senado, que no contravengan nuestra máxima norma constitucional, forman parte del derecho vigente mexicano, por lo que su observancia obliga a todas las autoridades en los términos pactados, estando en un nivel de jerarquía mayor a las leyes federales secundarias.

Sobre el tema el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación estableció el siguiente criterio: (jurisprudencia de la novena época en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, bajo el número P. LXXVII/99, tomo X, de noviembre de 1999).

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la

Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de



la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Bajo esas circunstancias la autoridad federal o local se encuentra obligada a respetar el derecho al registro de nacimiento.

El Estado mexicano ante la inminente creciente del respeto a las minorías legisló y reconoció el derecho de los niños a ser registrados, situación que se corrobora en el artículo 22 de la Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que establece:

"Artículo 22.- El derecho a la identidad esta compuesto por:

A.- Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrita en el Registro Civil.

B.- Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

[...] a fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente al derecho a su identidad, las normas de cada entidad federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, SIN DISTINCIÓN EN VIRTUD DE LA CIRCUNSTANCIAS DE SU NACIMIENTO".

Así pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales, la legislación federal e incluso la legislación local de las entidades federativas, han reconocido el derecho de los niños a ser registrado su nacimiento, sin mayores requisitos que el de ser presentados ante el Juez del Registro Civil, eso en plena armonía con lo que establece el artículo 54 del Código Civil Federal:

"Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquél hubiere nacido".

En conclusión se puede advertir que la normatividad obligato-

ria en el Estado Mexicano no impide el registro de nacimiento de un menor, aun cuando sus padres sean extranjeros con una estancia ilegal en el país, e incluso cuándo el registro que se pretenda sea extemporáneo.

#### IV.- LA IGUALDAD DE LOS NIÑOS NACIDOS EN TERRITORIO NACIONAL

Por principio se debe establecer que toda persona que nace en territorio nacional es mexicano, asimilando a éste a las embarcaciones y aeronaves mexicanas, sin importar la nacionalidad de sus padres, este criterio se basa en el *ius soli*<sup>3</sup>, conforme al cual, el solo hecho del nacimiento en un determinado territorio transmite la nacionalidad (Pereznieto Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. Ed. Harla. 6ª ed. México.1999. p.35).

Ese derecho de suelo se encuentra reconocido en el artículo 30, parte A, fracción I y IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:

“Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A. Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

---

<sup>3</sup> Se dice que el suelo hace suyos a quienes nacen en él. Se trata de un criterio que tiene su origen en la época feudal y que muchos países de inmigración lo adoptaron para facilitar la asimilación de los inmigrantes (Cfr. Pereznieto Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. página 35).

B. Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley”.

Conforme al numeral anterior el niño que nace en territorio nacional, es mexicano independientemente de que sus padres sean extranjeros, por tanto se encuentra protegido por las normatividades del Estado, e incluso debe ser tratado en igualdad de circunstancias que otro niño nacido en México y de padres nacionales.

Esa igualdad jurídica a la que me refiero proviene de la misma Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que establece en el artículo 1 lo siguiente:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Por tanto la igualdad establecida en la Carta Magna se debe traducir en un trato igual a todos los niños nacidos en México, sin otorgar más beneficios a unos que a otros.

La igualdad jurídica significa que las normas de un sistema de derecho otorgan el mismo trato (iguales derechos y deberes) a todos aquellos que se encuentren en un mismo plano normativo (Álvarez

Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*. Ed. Mc Graw Hill. 1ª ed. 1999. México. p. 29). Igual trato a los iguales jurídicamente, y trato diferente a los ubicados en una situación jurídica distinta.

La igualdad jurídica es tan relevante que durante la historia este ha sido motivo de discusión en cuanto a su aplicación, pues en muchas ocasiones se ha percibido la idea de igualdad con la de justicia; al respecto Hart estableció que el principio general latente en diversas aplicaciones de la idea de justicia es que todos los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido cuando ha sido alterado. Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un equilibrio o proporción, y su precepto principal se formula con frecuencia de la misma forma: tratar los casos semejantes de la misma manera; aunque es necesario añadir y tratar los casos distintos de diferente manera (Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. trad. por Genaro Carrió, Ed. Nacional. México. 1980. p. 198), o bien como disponía Aristóteles, la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justo y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales (Aristóteles. *Política*. Ed. Madrid, 1ª ed. 1983. p. 83), esta formula se concretiza en el trato igual a los iguales.

Ignacio Burgoa opinó que la igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado. En otras palabras, la igualdad, desde un punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas, numéricamente indeterminadas, adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivados de una cierta y determinada situación en que se encuentren (Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Ed. Porrúa. 27ª ed. México. 1999. p. 251).

Así pues, se tiene que la igualdad jurídica se determina en razón de los sujetos que participan en una misma situación jurídica, sujetos que además deben ser considerados por la ley como similares, ya sea por sus condiciones sociales, económicas, culturales, nacionales, etc., es decir, no por estar en una misma situación jurídica se deba aplicar el mismo criterio jurídico, pues también se debe agregar a ese aspecto si las condiciones subjetivas del sujeto son o no similares.

Por tanto la igualdad es el conjunto de disposiciones constitucionales que, sobre la base que las personas deben ser tratadas de conformidad con la situación jurídica en que se encuentren, establecen derechos a favor de los individuos y, correlativamente, obligaciones a cargo del Estado, que se traducen en la imposibilidad de que éste, al ejecutar sus funciones, tome en cuenta características que entrañen un trato desigual para quienes se ubiquen en los supuestos contemplados por las leyes.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en jurisprudencia que el principio de igualdad debe considerarse de la siguiente forma: (Semana Judicial de la Federación y su gaceta, Tomo XX, de octubre de 2004, p.99).

**IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO.** La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad

manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

De acuerdo al anterior criterio el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado.

Tratándose de los niños nacidos en territorio nacional pero de padres extranjeros con una estancia ilegal, a mi consideración son iguales a los nacidos en México; independientemente de que sus padres sean nacionales o extranjeros con una calidad o característica migratoria reconocida por la ley, ello lo considero así toda vez que en cualquiera de las tres hipótesis los niños tienen como similitud la nacionalidad mexicana, y por tanto deben ser tratados por la ley de la misma forma.

No podría justificarse un trato diferente a los niños por razón de su ascendencia, ya que sería imponerles una carga que no les pertenece, e injustamente heredarían la calidad de migrantes sólo

porque sus padres tengan una estancia ilegal en territorio nacional.

Por tanto la igualdad de los niños nacidos en territorio nacional, radica en que tienen como similitud su *ius soli*, que los hace mexicanos y por tanto merecen un trato igual.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en tesis que los mexicanos y extranjeros no pueden ser tratados en determinados actos jurídicos como iguales ante la ley, bajo el argumento que existen diferencias jurídicas entre uno y otro, estableciendo al respecto lo siguiente (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, julio de 2005, p.8):

EXTRANJEROS. EL ARTÍCULO 68 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN QUE ESTABLECE COMO REQUISITO LA AUTORIZACIÓN POR PARTE DE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN PARA QUE AQUÉLLOS CONTRAIGAN MATRIMONIO CON MEXICANOS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. El artículo 68 de la Ley General de Población, al establecer que los Jueces u oficiales del Registro Civil deberán exigir la autorización de la Secretaría de Gobernación para la celebración de matrimonios de extranjeros con mexicanos, no viola la garantía de igualdad prevista en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues, aunque introduce un trato diferenciado para aquéllos, ello obedece a que la norma está llamada a proyectarse sobre situaciones jurídicamente desiguales, pues desde el punto de vista jurídico existe diferencia entre un nacional y un extranjero, por lo que es lógico que a una diversa situación jurídica corresponda un tratamiento diferente; es decir, si uno de los sujetos a los que se dirige la norma no cuenta con la calidad de mexicano, no es jurídicamente factible que se le trate como tal, pues si bien los artículos 30 y 33 constitucionales disponen que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I del título primero de la Constitución Federal, y por ende, en principio gozan de la garantía de igualdad, también lo es que ello no implica desconocer la diferente situación jurídica y de hecho existente con respecto a los mexicanos, pues el Constituyente estableció tal distingo al de-

terminar las calidades de mexicano y extranjero.

Afortunadamente el criterio anterior no es aplicable a los niños que nacen en México cuyos padres sean extranjeros, toda vez que los niños al nacer en territorio nacional, son mexicanos y no extranjeros.

Y si a un niño nacido en México pero de padres nacionales se le concede un derecho, así también se le debe conceder el mismo derecho al niño nacido en México de padres extranjeros, y sí a un niño nacido en México de padres nacionales se le otorga el derecho de ser registrado por sus padres con la sola presentación del menor, también al niño nacido en México de padres extranjeros se le debe conceder el mismo derecho.

## **V.- EL REGISTRO DE NACIMIENTO EN FORMA EXTEMPORÁNEA**

El registro de nacimiento es extemporáneo, cuando éste se efectúe con posterioridad a los seis meses en que ocurrió el alumbramiento.

Cuando el Registro es extemporáneo en la mayoría de los Reglamentos del Registro Civil de las entidades federativas o del Distrito Federal, exigen a los padres del menor cumplir por lo menos con los siguientes requisitos:

- I.- Constancia de inexistencia de registro de nacimiento, y
- II.- Constancia de alumbramiento.

Estos dos requisitos son en esencia los que se exigen a todos los padres cuando registran en forma extemporánea a sus hijos, pudiendo ser más de acuerdo a la hipótesis en la que se encuentren, pero siendo los mismos requisitos para aquellos que se encuentren en la misma situación jurídica.

Ahora bien, el registro de nacimiento en forma extemporánea es común en los menores nacidos en México pero de padres extranjeros con una estancia ilegal, ello debido a que por miedo a ser deportados no presentan en tiempo a sus hijos a registrar ante el Juez del Registro Civil, o en otros casos por virtud de que al ser presentados en tiempo se les exige que acrediten su legal estancia.



Ante esas circunstancias los extranjeros no registran en tiempo a sus hijos nacidos en México, y es hasta el momento en que necesitan sus hijos acreditar su nacimiento para cualquier trámite, cuando se ven en la necesidad de presentarlos a registrar, siendo éste extemporáneo.

En ese supuesto, el problema radica en que la ley y los reglamentos exigen a los padres extranjeros, que además de acreditar los requisitos normales de un registro de nacimiento extemporáneo, deben acreditar su nacionalidad e identidad de extranjero, e incluso su estancia legal en el país, además que el Juez del Registro Civil da vista de ello a la Secretaría de Gobernación.

A manera de ejemplo el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal establece:

“Artículo 49.- En los casos en que uno o ambos padres del registrado, sean de nacionalidad distinta a la mexicana, además de dar cumplimiento a lo señalado para la autorización de los registros de nacimiento ordinario o extemporáneo que se regulan en el presente Reglamento, el Juez solicitará se acredite la nacionalidad e identidad del extranjero, y dará aviso a la Secretaría de Gobernación dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en que se efectuó el registro para los efectos a que haya lugar”.

Esta situación agrava la situación jurídica de los niños, pues el miedo de los padres a ser deportados persiste, trayendo como consecuencia el no registro de nacimiento de los hijos, impidiendo con ello el acceso al derecho humano del niño a tener una filiación, un nombre y nacionalidad.

Pues al no acreditar los padres extranjeros su estancia legal en el país, no se registra al menor, siendo que ese niño es mexicano y por tanto debe ser tratado como tal.

No debe perderse de vista que el derecho a registrar el nacimiento, no le pertenece a los padres, es un derecho propiamente del niño, pues es a este a quien le beneficia de forma directa.

## VI.- LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN

En el presente trabajo se estableció la importancia del estado civil y político en las personas, mismo que se formaliza tratándose del nacimiento de un ser con el registro de ese hecho jurídico, ello con la firme intención de que el nuevo ser tenga acceso a una filiación, nombre y nacionalidad; también se determinó que los niños que nacen en territorio nacional deben ser tratados en igualdad independientemente de la nacionalidad de sus ascendientes, y que para su registro de nacimiento, aun siendo extemporáneo, no se deben exigir mayores requisitos que los que se exigen a los nacidos en México de padres nacionales.

Bajo ese contexto se debe partir señalando que el artículo 68 de la Ley General de Población violenta el orden constitucional, pues el mencionado artículo a mi juicio rompe el principio de igualdad, principio que dicho sea de paso no está limitado para aplicarse a ciertas personas, sino más bien son derechos que deben aplicarse a todo aquel que se encuentre en territorio nacional.

El mencionado numeral establece:

“Los jueces u oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país, excepto los registros de nacimiento en tiempo, y de defunción, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos, deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación.

En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere este artículo y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado. Los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscribirán en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a su realización”.

La primera situación que se debe destacar es que la normatividad mencionada, como regla general establece que en todo acto del estado civil en que participe un extranjero debe acreditar su legal estancia,

concediendo una excepción a este supuesto, que se actualiza cuando se registre el nacimiento de un menor en tiempo.

Un niño es registrado en tiempo cuando se presenta dentro de los seis meses siguientes a su alumbramiento ante el Juez del Registro Civil; fuera de ese plazo el registro es extemporáneo.

Ahora bien, la controversia se suscita en el registro extemporáneo, toda vez que la excepción de no acreditar la estancia legal en el país de los extranjeros se actualiza cuando se registra en tiempo a un menor, pero no así cuando el registro es fuera de ese plazo, entendiéndose que cuando es extemporáneo el registro, entonces los padres extranjeros deben acreditar su legal estancia.

Esa situación es inconstitucional, pues como se ha establecido, los niños que nacen en territorio nacional por ese solo hecho son iguales, pues tienen la condición jurídica de nacionales. Al ser nacionales no debe interesar si su padre, que es extranjero, tiene una estancia legal o no, pues de ser legal la estancia de los padres entonces se lograría el registro de nacimiento, pero de no ser legal la estancia de los extranjeros se haría nugatorio el derecho de registrar el nacimiento de un niño nacido en México, y con ello se impide su acceso a la prueba de fe de la filiación, identidad y nacionalidad.

La inconstitucionalidad radica en que ese niño de padres extranjeros ilegales, no es tratado bajo las mismas condiciones de los demás niños nacidos en México, toda vez que todo niño que se registra en México en forma extemporánea; sólo debe acreditar:

- 1.- su nacimiento a través de la constancia de alumbramiento, y
- 2.- la ausencia de registro a través de la constancia de no registro de nacimiento.

Sin solicitarle mayores requisitos que los establecidos; entonces, al exigirse al niño que acrediten sus padres su estancia legal, se le aplica una norma desigual que la aplicada a los demás.

Se debe señalar que el hecho de que los padres del menor sean extranjeros, no significa que se deba tratar diferente al hijo nacido en México, pues los que jurídicamente son diferentes a los nacionales son los padres mas no así los hijos, pues éstos son mexicanos.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido en jurisprudencia que se debe valorar para determinar si una ley rompe el principio de igualdad estableciendo lo siguiente (publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIV, de fecha septiembre de 2006, página 75):

**IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.** La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucio-

nalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

Conforme al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso concreto no se actualiza ninguna justificante para el que legislador haya restringido el derecho al registro de nacimiento de un niño, por lo siguientes motivos:

1.- La distinción legislativa NO obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, toda vez que las condicionantes que exige la ley para registrar el nacimiento, no paralizan el ingreso de extranjeros de forma ilegal al país, ni propician el regreso de los mismos a sus lugares de origen.

En cambio sí se propicia con esa disposición legal, que los hijos de extranjeros ilegales nacidos en México, no tengan acceso al registro de nacimiento.

Y no cabe duda que un derecho de la niñez y del hombre es la identidad, la nacionalidad, la paternidad y maternidad, derechos que se adquieren con el nacimiento, empero, se formalizan con el registro de ese importante hecho.

2.- No hay racionalidad de la distinción hecha por el legislador, la desigualdad que establece el artículo 68 de la Ley General de Población no constituye un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, ya que no existe una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido.

Lo anterior lo sostengo partiendo de que el fin de la norma es impedir que extranjeros cuya estancia sea ilegal REGISTREN EN ESTE PAÍS HIJOS NACIDOS EN OTRO; sin embargo, la forma de lograr esa situación no se obtiene negando de plano el registro de nacimiento de hijos de extranjeros cuya estancia sea ilegal.

La forma de regularlo es solicitando al extranjero demostrar que el hijo nació en territorio nacional, ya sea a través de testigos o de constancias de alumbramiento de los hospitales o a través de otro medio de prueba, pero es contrario a la lógica jurídica negar el registro de nacimiento sólo por no demostrar el padre o madre extranjeros su legal estancia.

Por tanto, el instrumento que utiliza el legislador a través del artículo 68 al solicitar que el extranjero acredite su estancia legal en el país para registrar de forma extemporánea a un hijo nacido en territorio nacional, no es el idóneo para alcanzar el fin que persiguió.

3.- No se cumple el requisito de la proporcionalidad, partiendo del hecho de que al ejecutarse esa ley, ocasiona mayores perjuicios jurídicos al extranjero (padre) y al nacional (hijo) que los provechos a la nación, ya que, al impedir el registro de nacimiento se deja sin identidad al menor, sin nacionalidad, sin parentesco, y se impide la protección a la institución máxima de la familia. Por tanto hay desproporcionalidad entre el beneficio del Estado y el perjuicio al gobernado.

Pues la ausencia de identidad propiciará en su momento que se niegue a un menor su acceso a la salud, a la educación, a la justicia, que son los mínimos derechos constitucionales a los que se debe acceder.

Además cabe agregar que el registro de nacimiento no es un derecho exclusivo de los niños que nacen en México de padres na-

cionales, sino es un derecho universal que le pertenece al ser humano por ese simple hecho, siendo patrimonio del hombre; pensar diferente es adoptar la cultura indeseable de la desigualdad, de la discriminación, de la marca de razas, de la xenofobia, ya que impedir a un niño su registro de nacimiento sólo porque los padres son extranjeros ilegalmente internados en territorio nacional, condena a ese niño a que jurídicamente no tenga padres ni patria, lo condena a la ilegalidad y a la ausencia de identidad jurídica. En lo estrictamente humano lo condena a sufrir la inexistencia; a la renuncia tácita de los derechos mínimos constitucionales y a la degradación humana.

En el presente caso como se ha sostenido, el derecho de los hijos a ser registrados por los padres, es de aplicación a todo ser humano, sin distinción de nacionalidad, característica o calidad migratoria, pues dicho derecho no es privilegio de unos cuantos, sino es un derecho inherente al hombre.

Tan es así que los instrumentos internacionales lo han regulado y han sostenido que el registro de nacimiento de los menores es un derecho humano, coartarlo de la forma que lo hace la ley general de población en su artículo 68, no hace más que advertir que dicha ley trata desigual a los nacionales, así como a los humanos por su factor de nacionalidad o de su calidad migratoria.

## VII.- CONCLUSIONES

1.- El registro de nacimiento es una prueba de fe, que determina la maternidad, paternidad, nacionalidad y nombre de una persona.

2.- Los niños tienen derecho al registro de nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación.

3.- Los niños nacidos en territorio nacional cuando sus padres son extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones, que los niños nacidos en territorio nacional de padres nacionales, pues estos niños son mexicanos.

4.- Cuando se registre el nacimiento de un niño en tiempo o en forma extemporánea, y los padres de éste son extranjeros internados ilegalmente, por ningún motivo se les debe exigir

que acrediten su legal estancia, sólo deben acreditar que el menor nació en territorio nacional.

5.- El artículo 68 de la Ley General de Población, es inconstitucional al exigir que los extranjeros acrediten su estancia legal, cuando pretenden registrar el nacimiento de sus hijos en forma extemporánea.

6.- Los reglamentos de los registros civiles de las entidades federativas o del Distrito Federal al exigir a los extranjeros acrediten la legal estancia de los padres cuando pretenden registrar a sus hijos nacidos en México, deben considerarse como inconstitucionales.





## Trascendencia de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente respecto al servicio de asesoría jurídica regulado por la Ley Federal de Defensoría Pública

*Enrique Alfredo Tamayo Díaz\**

### I. ANTECEDENTES

En el Diario Oficial de la Federación del día cinco de enero de dos mil cuatro se publicó la adición del artículo 18-B al Código Fiscal de la Federación, que establece el marco regulatorio para la creación de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente en los términos siguientes:

“Artículo 18-B.- La protección y defensa de los derechos e intereses de los contribuyentes en materia fiscal y administrativa, estará a cargo de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, correspondiéndole la asesoría, representación y defensa de los contribuyentes que soliciten su intervención, en todo tipo de asuntos emitidos por autoridades administrativas y organismos federales descentralizados, así como determinaciones de autoridades fiscales y de organismos fiscales autónomos de orden federal.

La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente se establece como organismo autónomo, con independencia técnica y operativa. La prestación de sus servicios será gratuita y sus funciones, alcance y organización se contienen en la Ley Orgánica respectiva”.

Con posterioridad, el veintitrés de junio de dos mil cinco se publicó en el mismo órgano oficial la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, que tiene como objetivo beneficiar a los contribuyentes y a los responsables solidarios, previendo en su artículo primero transitorio

---

\* Titular de Unidad.

que entraría en vigor un mes después de la fecha de su publicación.

En el Diario Oficial de la Federación del día 4 de septiembre de 2006, se publicó la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente que debiera entrar en vigor al día siguiente de su publicación, pero cuyos efectos han quedado suspendidos en virtud de que no ha sido resuelta la Controversia Constitucional interpuesta por el Ejecutivo Federal.

## **LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE**

**II. VIGENCIA, ELECCIÓN DEL PROCURADOR, CONSTITUCIÓN DEL ÓRGANO DE GOBIERNO Y EXPEDICIÓN DE SU ESTATUTO ORGÁNICO**  
Corresponde a los artículos transitorios de la Ley que se analiza, su regulación en los términos siguientes:

*Vigencia.-* De acuerdo con el artículo primero transitorio la Ley entró en vigor a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, el cuatro de septiembre de dos mil seis, por lo que según dispone el artículo tercero transitorio, la citada dependencia deberá estar operando y funcionando dentro de los 120 días siguientes al inicio de la vigencia de la ley, es decir el cinco de enero de dos mil siete.

*Elección del Procurador.-* Se hará dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación de la Ley, en términos de lo previsto por el artículo tercero transitorio; para ello se integrará una terna que el Presidente de la República someterá a la consideración del Senado o, en su caso, a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, que efectuará la designación (artículo 9º LOPDC).

El designado durará en su encargo cuatro años y podrá ser ratificado para un segundo período, pudiendo únicamente desempeñar de manera adicional actividades estrictamente académicas (artículo 9º LOPDC).

*Constitución del Órgano de Gobierno.-* Atento al contenido del artículo tercero transitorio, deberá constituirse dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la elección del Procurador y

a éste le corresponde gestionar ante las diversas dependencias la propuesta para la designación de los Consejeros Independientes que lo integrarán, de acuerdo al artículo quinto transitorio.

*Estatuto Orgánico.*- de conformidad con el artículo tercero referido anteriormente el Órgano de Gobierno deberá expedir el Estatuto Orgánico que reglamentará la Ley que se comenta, determinando su organización interna y las bases para su operación a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de constitución del Órgano de Gobierno.

### **III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE**

La Ley que la crea es de orden público, de aplicación en todo el territorio nacional y tiene como finalidad garantizar el derecho de los contribuyentes a recibir justicia en materia fiscal en el orden federal, mediante la asesoría, representación y defensa, recepción de quejas y emisión de recomendaciones en los términos previstos en el mismo ordenamiento (artículo 1° LOPDC).

Tiene las características siguientes:

- a) Es un organismo público descentralizado;
- b) No se encuentra sectorizado;
- c) Tiene personalidad jurídica propia;
- d) Cuenta con patrimonio propio;
- e) Está investido de autonomía técnica, funcional y de gestión;
- f) Tiene presupuesto propio;
- g) El presupuesto será elaborado y ejercido anualmente por la Procuraduría y no podrá ser inferior al que se le asigne en el ejercicio inmediato anterior.

### **IV. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE (ARTÍCULOS 6 AL 14 LOPDC)**

Se integrará con los órganos siguientes:

1. El Procurador de la Defensa del Contribuyente.- Para su designación deberá reunir los requisitos siguientes:

a) Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos;

b) Tener título y cédula profesional de licenciado en derecho, o alguna carrera afín a la materia tributaria;

c) Experiencia acreditada en materia fiscal, cuando menos por cinco años inmediatos anteriores a su designación;

d) No haber sido Secretario, Subsecretario de Estado o titular de una entidad paraestatal en el Gobierno Federal, ni haber sido funcionario del Servicio de Administración Tributaria, en los últimos tres años previos a su nombramiento;

e) No haber sido condenado por sentencia irrevocable, por delito intencional que le imponga más de un año de prisión o delito patrimonial intencional, ni encontrarse inhabilitado para ejercer cargo o comisión en el servicio público;

f) Ser de reconocida competencia profesional y honorabilidad.

2. El Órgano de Gobierno.- (artículo 12 LOPDC).- Es un órgano colegiado que se integrará por:

a) El Procurador de la Defensa del Contribuyente, que tendrá voto de calidad en casos de empate;

b) Seis Consejeros Independientes y sus respectivos suplentes, que serán designados por el Senado de la República o, en su caso, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

Para ser Consejero Independiente se requiere cumplir con los mismos requisitos que para ser Procurador, a excepción del relativo a la experiencia de cinco años en materia fiscal, aun cuando deberá contar con amplia experiencia en las materias fiscal y contable, honorabilidad, prestigio profesional y amplio reconocimiento. El puesto se desempeñará honoríficamente.

3. Delegados Regionales.- De conformidad con el artículo 13, fracción VI, de la ley que se comenta, serán nombrados por el Procurador de la Defensa del Contribuyente, con aprobación del Órgano de Gobierno.

De acuerdo con el artículo 4° de la Ley en comento cada Sala del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa contará como mí-

nimo con un Delegado y el personal jurídico y administrativo necesario.

4. Asesores Jurídicos.- De conformidad con el artículo 10 de la Ley en referencia, para su nombramiento deberán reunir los mismos requisitos que el Procurador a excepción hecha de que su experiencia acreditada en materia fiscal será de dos años continuos durante el período inmediato anterior a su designación, así como la restricción contenida en el artículo 7, fracción IV, de dicha Ley.

Su nombramiento corresponde al Procurador de conformidad con el artículo 8, fracción III, del ordenamiento citado y de conformidad con el artículo 5, fracción VI, del mismo, quedarán integrados al Servicio Profesional de Carrera, al igual que el personal jurídico, tomando como base los principios de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal.

Finalmente, en el artículo 14 de la misma Ley se prevé la existencia de un ente no integrado a la estructura orgánica, con funciones independientes, que se denomina Órgano Interno de Control.

El Órgano Interno de Control.- Su titular será designado por la Secretaría de la Función Pública de conformidad con el artículo 37, fracción XII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Se integra con las áreas siguientes:

- a) Titular del Área de Auditoria;
- b) Titular del Área de Quejas y Responsabilidades.

Tendrán las atribuciones y funciones que les confiere la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y demás ordenamientos jurídicos acordes con el Reglamento Interior de dicha Secretaría.

## **V. SERVICIOS QUE PRESTAN LOS ASESORES JURÍDICOS (ARTÍCULOS 5, FRACCIONES I, II, III Y 11 LOPDC)**

Corresponde a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, en atención al artículo 5, fracciones I y III, de su Ley Orgánica, atender y resolver las solicitudes de asesoría y consulta que le presenten los contribuyentes por actos de las autoridades fiscales federales y

conocer e investigar de las quejas de los contribuyentes afectados por los actos de las autoridades fiscales federales por presuntas violaciones a sus derechos y, en su caso, formular recomendaciones públicas no vinculatorias, respecto a la legalidad de los actos de dichas autoridades.

Por otra parte, la fracción II, del dispositivo legal citado, señala que el servicio de representación consistirá en:

“Representar al contribuyente ante la autoridad correspondiente, promoviendo a su nombre los recursos administrativos procedentes y, en su caso, ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ejerciendo las acciones a que haya lugar, deduciendo con oportunidad y eficacia los derechos de sus representados, hasta su total resolución”.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de la materia establece como obligaciones de los asesores jurídicos, entre otras:

a) Prestar personalmente el servicio de asesoría, representación y defensa de los contribuyentes que lo soliciten;

b) Promover ante las autoridades competentes todo lo relativo a los intereses de sus representados, haciendo valer acciones, incidentes, recursos, o cualquier otro trámite o gestión que proceda conforme a derecho y que resulte necesario para su eficaz defensa.

c) Llevar un registro y expediente de control por cada caso que se le presente, desde su inicio hasta la conclusión del asunto; y

d) Las demás que resulten de la naturaleza de su función, de la disposición de la Ley y las que le sean encomendadas por el Procurador de la Defensa del Contribuyente.

El asesor jurídico no estará obligado en los términos del inciso b) referido, cuando a su juicio la representación resulte legalmente improcedente por no existir bases ni fundamentos para otorgarla.

Los servicios referidos se prestarán a petición de parte interesada por los asesores jurídicos de manera gratuita, bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo.

Será destinatario cualquier persona física o moral que tenga el carácter de contribuyente afectado por un acto de las autoridades

fiscales, incluso las coordinadas respecto de los ingresos fiscales de carácter federal, así como los organismos fiscales autónomos tales como el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

## **VI. COMPETENCIA PARA OTORGAR EL SERVICIO DE REPRESENTACIÓN EN RAZÓN DE LA CUANTÍA**

De acuerdo con el artículo 3, de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, el servicio de representación previsto por el artículo 5, fracción II, se proporcionará en función del monto del asunto cuando éste no exceda de treinta veces el salario mínimo del Distrito Federal elevado al año, que equivale actualmente a la cantidad de \$553,741.50.

El servicio de representación podrá proporcionarse sin que sea necesario agotar la investigación de las quejas de los contribuyentes afectados por actos de las autoridades por violaciones a los derechos del contribuyente o formular recomendaciones públicas no vinculatorias respecto a la legalidad de sus actos.

Otras atribuciones de la Procuraduría.- Quejas y recomendaciones:

a) Quejas, reclamaciones y sugerencias.- Recepción, conocimiento e investigación de quejas de los contribuyentes afectados por los actos de las autoridades fiscales federales por presuntas violaciones a sus derechos (artículos 1 y 5, fracción III LOPDC).

No constituyen recurso administrativo ni medio de defensa alguno, ni su interposición afectará o suspenderá los plazos, trámites y procedimientos que lleven a cabo las autoridades fiscales y son independientes del ejercicio de los medios de defensa que establecen las leyes (artículo 5, antepenúltimo párrafo LOPDC).

Las respuestas que emita a los interesados respecto a las quejas, reclamaciones y sugerencias presentadas, no crean ni extinguen derechos ni obligaciones de los contribuyentes, ni liberan de responsabilidad a los servidores públicos, por lo que no pueden ser impugnadas (artículo 5, penúltimo párrafo LOPDC).

La formulación de quejas y reclamaciones, así como las resolu-



ciones y recomendaciones que emita el Procurador de la Defensa del Contribuyente, no constituyen instancia y no afectarán el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan corresponder a los afectados conforme a las leyes, ni suspenderán ni interrumpirán sus plazos preclusivos, de prescripción o caducidad, ni afectarán los trámites o procedimientos que lleven a cabo las autoridades fiscales. Esta circunstancia deberá señalarse a los interesados en el acuerdo de admisión de la queja o reclamación (artículo 5, último párrafo LOPDC).

Las quejas o reclamaciones deberán presentarse por escrito, utilizando cualquier medio, inclusive por la página electrónica que establezca la Procuraduría para tal fin, salvo casos urgentes calificados por el Procurador de la Defensa del Contribuyente o, en su caso, por los Delegados Regionales, en que podrán formularse por cualquier medio de comunicación (artículo 16 LOPDC).

El Procurador de la Defensa del Contribuyente o, en su caso, los Delegados Regionales, pondrán a disposición del público en general formularios que faciliten los trámites que estén bajo su esfera de atribuciones y, en todo caso, orientarán a los interesados sobre su contenido, auxiliándolos para requisitarlo (artículo 16 LOPDC).

La presentación de la queja o reclamación podrá hacerse en cualquier tiempo, a menos que el acto que se reclame de las autoridades fiscales federales vaya a ser objeto de defensa contenciosa por la Procuraduría, caso en el cual la queja para efectos de la recomendación que le precediera, deberá presentarse a más tardar dentro de los quince días hábiles siguientes al en que surta efectos la notificación del acto o resolución a impugnarse con el apercibimiento de que, si no se presenta en el término antes indicado, se tendrá por no presentada (artículo 18 LOPDC).

El trámite de las quejas se ajustará al contenido de los artículos 18, 19, 20 y 21 de la Ley que se analiza.

b) Recomendaciones (artículos 1, 5, fracción III, 25, 26 y 27 LOPDC).- La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente emitirá recomendaciones públicas no vinculatorias, respecto a la legali-

dad de los actos de las autoridades fiscales federales, no tendrán carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirija y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o reclamación.

Una vez recibida la recomendación, la autoridad o servidor público de que se trate informará, dentro de los tres días hábiles siguientes al que surta efectos su notificación, si acepta o no dicha recomendación.

En caso de no aceptar o aceptar parcialmente la recomendación formulada, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente representará al contribuyente ante la autoridad correspondiente, promoviendo los recursos administrativos procedentes, incluyendo el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa hasta su total resolución.

En caso de aceptar la recomendación, entregará, dentro de los diez días hábiles siguientes, las pruebas que acrediten que ha cumplido con la recomendación. Dicho plazo podrá ser ampliado por una sola vez por igual término cuando la naturaleza de la recomendación así lo amerite y lo autorice el Procurador de la Defensa del Contribuyente o los Delegados Regionales.

En contra de las recomendaciones, acuerdos o resoluciones definitivas de la Procuraduría no procede ningún recurso.

La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente estará obligada a entregar las pruebas que resulten necesarias a la autoridad a quien se dirigió una recomendación, con el objeto de que dicha autoridad cuente con los elementos necesarios para cumplimentarla.

## **VII. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES FISCALES FEDERALES**

La Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente en este apartado se refiere a las autoridades fiscales federales propiamente dichas, entendiéndose por tales de manera ejemplificativa

las establecidas en el Código Fiscal de la Federación, la Ley Aduanera y el Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, tales como las Administraciones Locales, las Aduanas Interiores o la Tesorería de la Federación, pero también las dependencias de los gobiernos estatales y municipales encargados de la recaudación de impuestos coordinados federales tales como, de manera ejemplificativa, el impuesto sobre la renta o el impuesto al valor agregado, con motivo de los convenios de coordinación fiscal celebrados con entidades federativas. Igualmente, a las resoluciones que por su naturaleza jurídica emiten los organismos fiscales autónomos como el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores que tienen el carácter de créditos fiscales, así como los servidores públicos federales, estatales y municipales que estén relacionados o que posean información o documentos vinculados con asuntos de la competencia de la Procuraduría.

En los casos anteriores estarán obligados a:

a) Proporcionar la información que se les requiera y la que sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos que se investigan, cuando estén relacionados, o posean información o documentos con el asunto del que ésta conoce (artículo 4 LOPDC).

b) Tener reuniones periódicas con ésta cuando ella se lo solicite (artículo 4, fracción I y 5, fracción XIV LOPDC).

c) Mantener una constante comunicación con el personal de la misma y, proporcionarle a ésta la información relativa a los criterios que respecto al cumplimiento de las obligaciones tributarias y a la aplicación de las normas fiscales, se tenga al interior de las autoridades fiscales, del sentido de las consultas que se le hagan, de los diversos formatos utilizados y su llenado y, en general, de toda la información que requiera la Procuraduría para el cumplimiento de sus funciones (artículo 4, fracción II LOPDC).

d) Colaborar dentro del ámbito de su competencia, con las funciones y actividades de ésta (artículo 4 LOPDC).

### **VIII. SANCIONES QUE PUEDE IMPONER LA PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE**

Los servidores públicos de las autoridades fiscales federales serán sancionados en los términos siguientes:

a) Cuando no rindan el informe requerido en las quejas o reclamaciones, en el plazo y términos establecidos, o no acompañen los documentos que lo apoyen, cuando el interesado haya cubierto los derechos respectivos, o no entreguen los documentos o den los datos adicionales solicitados por la Procuraduría (artículo 28, fracción I, inciso 1 LOPDC).

b) Cuando no informen dentro del término de tres días si aceptan la recomendación emitida por la Procuraduría, o si dentro de los diez días siguientes a la aceptación de la misma no entregan las pruebas que acrediten haberla cumplido (artículo 28, fracción II, inciso 2 LOPDC).

c) Cuando no asistan a las reuniones periódicas convocadas y realizadas por la Procuraduría (artículo 28, fracción II LOPDC).

d) Será motivo de responsabilidad administrativa en términos de lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria, cuando los servidores públicos de las autoridades fiscales federales se nieguen a cumplir la recomendación que se les dirija, siempre que el contribuyente logre, mediante el ejercicio de acciones administrativas o contenciosas, que el acto que fue objeto de la intervención de la Procuraduría sea declarado nulo por ausencia total de fundamentación o motivación mediante resolución definitiva (artículo 23, fracción III LOPDC).

## **EL SERVICIO DE ASESORÍA JURÍDICA REGULADO EN LA LEY FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA Y LAS BASES GENERALES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA**

### **I. VIGENCIA DE LA LEY FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA Y DE LAS BASES GENERALES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA**

El veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley que crea el Instituto Federal de Defensoría Pública, que entró en vigor al día siguiente de su publicación de conformidad con el artículo primero transitorio.

El veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en el mismo órgano oficial se publicaron las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública que tienen por objeto normar su organización y funcionamiento, así como la forma y condiciones bajo las cuales otorga los servicios de defensa pública que tiene a su cargo.

Posteriormente, en sesión extraordinaria de su Junta Directiva, celebrada el treinta de enero de dos mil dos, se aprobaron las reformas y adiciones a dichas Bases de Organización y Funcionamiento, que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diecinueve de febrero del mismo año.

En sesión ordinaria de la Junta Directiva celebrada el veinticinco de agosto de dos mil cuatro, se analizaron y aprobaron nuevas reformas y adiciones a diversas disposiciones del ordenamiento citado anteriormente, que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el trece de septiembre siguiente y entraron en vigor a partir del primero de noviembre del mismo año.

### **II. NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA (ARTÍCULOS 1, 2 Y 3, LFDP)**

La Ley Federal de Defensoría Pública señala en su artículo 1° que tiene por objeto regular la prestación del servicio de defensoría pú-

blica en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en los términos que la misma establece.

Sus disposiciones, al igual que las contenidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional. Similar tratamiento mantienen ambos ordenamientos al establecer que el servicio de defensoría pública es gratuito y se presta bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, por su naturaleza jurídica, tiene las características siguientes:

- a) Es un órgano del Poder Judicial de la Federación;
- b) Es órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal;
- c) Se encuentra revestido de independencia técnica y operativa.

Por su naturaleza jurídica difiere de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, que tiene como características principales su autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propios, y no está sectorizada.

### **III. ESTRUCTURA ORGÁNICA (ARTÍCULOS 23, 27, 30 Y 33, LFDP)**

El Instituto Federal de Defensoría Pública se integra por los órganos siguientes:

- a) Junta Directiva;
- b) Dirección General;
- c) Unidad de Defensoría Pública y Evaluación en Materia Penal;
- d) Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio;
- e) Unidad de Supervisión y Control de Defensoría Pública y Asesoría Jurídica;
- f) Unidad de Apoyo Operativo;
- g) Delegaciones;
- h) Secretariado Técnico.

#### IV. SERVICIOS QUE PRESTAN LOS ASESORES JURÍDICOS POR RAZÓN DE LA MATERIA

El artículo 4, de la Ley Federal de Defensoría Pública establece que:

“Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de:

I. [...]

II. Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la ley a otras instituciones”.

Por su parte, el artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública señala:

“El servicio de asesoría jurídica del fuero federal debe prestarse en las materias que a continuación se señalan:

I. Materia administrativa.

a) Asuntos previstos por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación;

b) Asuntos en los que sea procedente la interposición de recursos o medios de defensa que prevean las leyes, a efecto de combatir actos de autoridad que emitan dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal;

c) Asuntos que se tramiten ante dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal, conforme a procedimientos seguidos en forma de juicio;

d) Asuntos en los que sea procedente promover juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales administrativos, federales o locales.

II. Materia fiscal.

a) Asuntos de carácter federal que puedan ser planteados mediante juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa;

b) Asuntos en los que sea procedente la interposición del recurso de revisión o del juicio de amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito, contra sentencias anulatorias emitidas por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa;

III. Materia civil.

a) Asuntos previstos en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del

artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación;

b) Asuntos contemplados en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en la inteligencia de que en esta materia se excluyen aquellos casos que provengan del fuero común, en los que el solicitante cuente ya con la asesoría o asistencia jurídica de la institución de defensoría correspondiente a dicho fuero, o que por razón del mismo, debe acudir en requerimiento de sus servicios a esa institución, excepto cuando acrediten que éstos le fueron negados;

c) Asuntos en los que sea procedente la interposición del juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales federales o locales;

d) Juicios de amparo en los que el asesor jurídico debe actuar como representante especial de un menor, por designación del juez de Distrito.

#### IV. Materia derivada de causas penales federales.

a) Asuntos en los que sea procedente la reparación del daño a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

b) Asuntos en los que sea procedente la devolución de bienes u objetos a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

c) Asuntos en los que sea procedente tramitar, ante los órganos investigadores o jurisdiccionales, la devolución de bienes u objetos a favor de terceros.

Sólo procede este servicio cuando el procesado no sea patrocinado por un defensor público federal”.

Por lo anterior se concluye que, a excepción de la materia fiscal federal en la que ambas instituciones se encuentran facultadas para prestar el servicio de representación, los asesores jurídicos del Instituto Federal de Defensoría Pública tienen encomendada la prestación del servicio en un mayor número de ramas del Derecho, además de que en aquellas en las que no tienen competencia deberán de prestar el servicio de orientación al solicitante, concluyendo con la canalización a la instancia gratuita correspondiente.



## **V. DESTINATARIOS DEL SERVICIO DE ASESORÍA JURÍDICA**

De conformidad con el artículo 15 de la Ley Federal de Defensoría Pública, los destinatarios del servicio serán, preferentemente:

- I. Las personas que estén desempleadas y no perciban ingresos;
- II. Los trabajadores jubilados o pensionados, así como sus cónyuges;
- III. Los trabajadores eventuales o subempleados;
- IV. Los que reciban, bajo cualquier concepto, ingresos mensuales inferiores a los previstos en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento;
- V. Los indígenas;
- VI. Las personas que por cualquier razón social o económica tengan la necesidad de estos servicios”.

## **VI. COMPETENCIA PARA OTORGAR EL SERVICIO DE REPRESENTACIÓN EN FUNCIÓN DEL MONTO DE LOS INGRESOS**

En el caso de las fracciones IV y VI, del dispositivo legal mencionado anteriormente y de conformidad con el artículo 36 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto, el servicio podrá otorgarse a cualquier persona siempre que sus ingresos no excedan del equivalente a doce veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que actualmente corresponde a la cantidad de \$18,205.20; además en el caso de la última fracción citada, el Director General del Instituto determina qué personas tienen necesidad del servicio por razones sociales y económicas.

## **VII. OBLIGACIONES DE LOS ASESORES JURÍDICOS**

De conformidad con el artículo 6 de la Ley Federal de Defensoría Pública, los asesores jurídicos están obligados a:

- I. Prestar personalmente el servicio de orientación, asesoría y representación a las personas que lo soliciten en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Ley y las demás disposiciones aplicables;
- II. Representar y ejercer ante las autoridades competentes los inte-

reses y los derechos jurídicos de los defendidos o asistidos, a cuyo efecto harán valer acciones, opondrán excepciones o defensas, interpondrán incidentes o recursos y realizarán cualquier otro trámite o gestión que proceda conforme a Derecho que resulte en una eficaz defensa.

III. Evitar en todo momento la indefensión de sus representados;

IV. Vigilar el respeto a las garantías individuales de sus representados y formular las demandas de amparo respectivas, cuando las garantías individuales se estimen violadas;

V. Llevar un registro y formar un expediente de control de todos los procedimientos o asuntos en que intervengan, desde que se les turne hasta que termine su intervención;

VI. Atender con cortesía a los usuarios y prestar sus servicios con diligencia, responsabilidad e iniciativa, y

VII. Las demás que se deriven de la naturaleza de sus funciones y de las disposiciones legales aplicables”.

#### **VIII. SERVICIOS QUE PRESTAN LOS ASESORES JURÍDICOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 31 DE LAS BASES GENERALES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO**

El servicio que prestan comprende las modalidades siguientes:

“I. Orientación.- Cuando el asunto planteado no es de la competencia legal del Instituto, se orienta al solicitante sobre la naturaleza y particularidades del problema, y se le canaliza mediante oficio fundado y motivado a la institución que a juicio del asesor deba proporcionarle atención jurídica gratuita, invocando, si fuere el caso, los convenios de colaboración que se hubieren suscrito;

II. Asesoría.- Es el dictamen técnico-jurídico que se emite después de analizar las manifestaciones y documentos que aporte el solicitante, en el que se determina que el caso es de la competencia del Instituto, pero no es viable la intervención legal y procesal por las causas específicas que se indiquen, y

III. Representación.- Consiste en el patrocinio legal que se otorga a la persona que solicita la prestación del servicio, por ser destinatario del mismo conforme a lo dispuesto en la Ley y en estas Bases;

en caso de duda deberá practicarse estudio socioeconómico, para determinar si cumple con los requisitos correspondientes. La actuación del asesor jurídico comprende todas las fases procedimentales o instancias judiciales que prevén las leyes respectivas, agotando los recursos legales previstos y la promoción del juicio de amparo si fuere necesario”.

Del análisis de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, respecto a las que se contienen en la Ley Federal de Defensoría Pública y las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, se desprenden las siguientes:

### CONSIDERACIONES

Primera.- Coexistencia de los dos ordenamientos jurídicos.

Como ha quedado señalado la Ley Federal de Defensoría Pública que crea al Instituto Federal de Defensoría Pública, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, por lo que de conformidad con su artículo segundo transitorio abrogó la Ley de Defensoría de Oficio Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día nueve de febrero de mil novecientos veintidós.

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de septiembre de dos mil seis, sin que alguno de sus artículos transitorios abrogue o derogue cualquier otro ordenamiento jurídico o disposición alguna de manera expresa o que pudiera resultar contraria.

Por lo tanto, siendo los dos ordenamientos jurídicos de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional, coexisten en los términos y condiciones aprobados por el Poder Legislativo y promulgados por el Ejecutivo de la Unión. No obstante, hasta en tanto el Órgano de Gobierno de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente apruebe su Estatuto Orgánico reglamentario, no

podrán conocerse los verdaderos alcances de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, lo que deberá hacerse dentro de los treinta días siguientes a la constitución de dicho órgano.

Debe destacarse la miopía con la que se ha conducido el legislador, si consideramos que la Ley Federal de Defensoría Pública corresponde a la iniciativa de un senador de la República, y que años después una senadora de la República inicia la adición de un artículo al Código Fiscal de la Federación para crear la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, sin considerar probablemente la existencia anterior del Instituto Federal de Defensoría Pública que presta el servicio de defensa, entre otros, en materia fiscal.

Segunda.- Competencia por razón de la materia para otorgar el servicio de representación por parte de los asesores jurídicos de ambas instituciones.

Según el artículo 18-B del Código Fiscal de la Federación, la protección y defensa de los derechos e intereses de los contribuyentes en materia fiscal y administrativa, estarán a cargo de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, que tendrá a su cargo la asesoría, representación y defensa de los contribuyentes que soliciten su intervención en todo tipo de asuntos emitidos por autoridades administrativas y organismos federales descentralizados, así como determinaciones de autoridades fiscales y de organismos fiscales autónomos de orden federal.

No pasa desapercibido que la amplia competencia que otorga esta disposición a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente en las materias referidas, al ser regulada en su Ley Orgánica se ve restringida o acotada al establecer en el artículo 1° que la misma tiene por objeto regular su organización y funcionamiento, a fin de garantizar el derecho de los contribuyentes a recibir justicia en materia fiscal en el orden federal.

En tal virtud, como ha quedado acreditado en el contexto de este estudio, debe entenderse que, en los términos del artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, la protección que brinda a los contribuyentes es frente a actos

de las autoridades fiscales federales, incluyendo dentro de ellas a las estatales y municipales cuando se coordinen tratándose de ingresos fiscales de carácter federal, así como a los organismos fiscales autónomos como el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. En consecuencia, en el caso de los asesores jurídicos de la Procuraduría para la Defensa del Contribuyente se concluye que tendrán como finalidad garantizar a través del servicio de representación, la justicia en materia fiscal en el orden federal.

Por su parte, el artículo 29, fracción II, de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, establece que los Asesores Jurídicos Federales prestan el servicio de representación en materia fiscal federal, pero también en materia administrativa en los términos de la fracción I, de la misma disposición.

No pasa desapercibido, por otra parte, el contenido del artículo 4, fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, que señala:

“Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de:

1.- [...]

2.- Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones”.

Ante la Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa del Contribuyente que confiere a sus Asesores Jurídicos Federales la obligación de prestar el servicio de representación en asuntos que corresponden a la materia fiscal federal, pudiera interpretarse que los asesores jurídicos del Instituto Federal de Defensoría Pública carecerán de competencia para asumir la representación en tales casos, de acuerdo con la disposición anteriormente enunciada.

Nada sería más erróneo, si consideramos que la nueva Ley no abroga ni deroga de manera expresa ninguna disposición contenida en otras leyes especiales, en particular la Ley Federal de Defensoría Pública. Lo anterior deriva de una interpretación armónica de ambos ordenamientos y se ve robustecida al amparo del artículo 72, fracción F, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

canos, que señala: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos términos establecidos para su formación”.

Tampoco se puede afirmar que este Instituto dejará de tener competencia en asuntos fiscales por aplicación del principio de que “la ley posterior deroga a la anterior”, toda vez que la nueva ley no priva de efectos a la anterior, y esta en forma primaria estableció el marco normativo para que las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública regularan la prestación del servicio de representación en materia fiscal federal por parte de sus asesores jurídicos, como se desprende del análisis del artículo 9 del Código Civil Federal que establece: “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”.

Sirve de apoyo al criterio anterior el contenido de la Jurisprudencia número 36/2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, novena época, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la Controversia Constitucional, 35/2002, a fojas 1197, bajo el título de: PARTICIPACIONES FEDERALES. EL ARTÍCULO 9° DE LA LEY DE COORDINACIÓN FISCAL Y SU REGLAMENTO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 1978 Y EL 7 DE JULIO DE 1982, RESPECTIVAMENTE. NO FUERON DEROGADOS EXPRESA NI TÁCITAMENTE POR EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL DECRETO DE REFORMAS AL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADO EN EL MISMO MEDIO EL 31 DE FEBRERO DE 1983, que en su parte conducente señala, “De conformidad con el artículo 9 del Código Civil Federal, la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior, de lo que se deducen dos clases de derogación: a) expresa, cuando se declara en una

ley la supresión total o parcial de una anterior que regía sobre la misma materia, y b) tácita, cuando queda abolida una norma jurídica al emitirse una nueva que la sustituya o que contenga preceptos contradictorios[...]"

Por todo lo anterior se concluye que los asesores jurídicos del Instituto Federal de Defensoría Pública deberán continuar prestando de manera obligatoria el servicio de representación en las materias administrativa y fiscal, previstas por el artículo 29, fracciones I y II de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento, a pesar de la regulación expresa que la Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa del Contribuyente establece en materia fiscal federal a favor de los asesores jurídicos pertenecientes a este órgano de nueva creación.

Lo anterior no obsta, para que de considerarse conveniente, una vez conocido el contenido del Estatuto Orgánico de dicha dependencia y que se inicie el funcionamiento pleno de la misma, se promueva la celebración de un convenio de colaboración entre ambas instituciones.

Tercera.- Competencia de ambas instituciones para que sus asesores jurídicos otorguen el servicio de representación en función del monto del asunto respecto a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente y el monto del ingreso del solicitante, en el caso del Instituto Federal de Defensoría Pública, en materia fiscal federal.

Ha quedado establecido que los asesores jurídicos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente sólo podrán otorgar el servicio de representación en la materia fiscal federal, a que hace referencia el artículo 5, fracción II del mismo, cuando el monto del asunto no exceda de 30 veces el salario mínimo del Distrito Federal elevado al año, por lo que su competencia alcanzará todos los asuntos que no excedan de \$553,741.50.

A este respecto, debe señalarse que la disposición referida deja de precisar algunos aspectos relativos al monto, tales como si éste corresponde a la suerte principal o si incluye los recargos, sanciones, gastos de ejecución y la indemnización, en los que hubiera in-

currido el contribuyente, conforme a lo dispuesto por el artículo 21 del mismo ordenamiento. Es de esperarse que este aspecto y otros más sean aclarados al ser aprobado su Estatuto Orgánico.

Tratándose de la competencia en materias fiscal y administrativa de los asesores jurídicos del Instituto Federal de Defensoría Pública para prestar el servicio de representación, se atiende a las características personales de los destinatarios por aplicación del artículo 15 de la Ley Federal de Defensoría Pública en los términos previstos por el mismo sin importar el monto del asunto de que se trate, pero considerando en los casos que la misma señala su situación social y económica.

En las condiciones anteriores, las únicas limitantes las encontramos en las fracciones IV y VI, de dicha disposición, siendo la primera cuando el solicitante tenga ingresos que excedan el monto previsto en el artículo 36 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública o sea la cantidad de \$18,205.20, que equivale a doce veces el salario mínimo general mensual vigente en el Distrito Federal, sin importar el monto del asunto, por lo que los Asesores Jurídicos Federales podrán otorgar la representación cuando éste exceda el previsto por la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente; y, en el segundo, de conformidad con la misma disposición el Director General determinará qué personas tienen necesidad del servicio de representación por razones sociales y económicas.

Como se aprecia, la Ley Federal de Defensoría Pública y sus Bases Generales de Organización y Funcionamiento han sido inspiradas en la gratuidad del servicio y las necesidades sociales y económicas de los destinatarios, especialmente en lo que se refiere a la modalidad de representación.

Lo anterior permite concluir que de acuerdo a los ordenamientos jurídicos analizados, el servicio de representación en materia fiscal federal se otorgará por los asesores jurídicos de ambas dependencias, por lo que resultan complementarios para atender a un mayor número de personas que los requieran.



Cuarta.- Competencia por razón del territorio para conocer del servicio de representación en asuntos fiscales federales por los asesores jurídicos de ambas instituciones.

De acuerdo a las leyes de ambas instituciones que regulan la prestación del servicio de representación en materia fiscal federal, ambas tienen competencia en todo el territorio nacional.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente determina que los servicios se otorgarán únicamente a petición de parte interesada por el Procurador de la Defensa del Contribuyente, por los Delegados Regionales y por el número de asesores jurídicos suficientes para satisfacer la demanda, quedando adscritos los dos últimos a cada una de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Mientras no sea aprobado el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente que aclare el punto relativo a la competencia territorial de los asesores jurídicos, debemos suponer que su adscripción y competencia territorial corresponde a la que actualmente tienen en el Distrito Federal las Salas Regionales Metropolitanas, y en el interior de la República Mexicana la de la ubicación de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Actualmente el Tribunal referido tiene la distribución territorial siguiente: 11 Salas Regionales Metropolitanas, en el Distrito Federal y 30 Salas Regionales ubicadas en 21 ciudades del interior, de conformidad con el documento anexo.

Por lo que respecta al Instituto Federal de Defensoría Pública, cuenta con 26 Delegaciones, 23 estatales y 3 regionales, cuya sede se encuentra en igual número de ciudades del interior del país, así como la Dirección de Prestación del Servicio de Asesoría Jurídica en el Distrito Federal, ubicada en la Ciudad de México. Con dicha organización da cobertura a 31 Entidades Federativas y al Distrito Federal, con 139 asesores jurídicos, adscritos en 58 ciudades, que prestan el servicio de asesoría jurídica, de acuerdo con el documento anexo.

De lo anterior se desprende que, por el momento, la cobertura

territorial del Instituto Federal de Defensoría Pública garantiza la prestación del servicio de asesoría jurídica en toda la República Mexicana, en las materias reguladas por su Ley Federal de Defensoría Pública y la reglamentación prevista en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento, contemplando especialmente las materias fiscal federal, administrativa, civil y derivada de causas penales federales.

Por todo lo anterior se establecen las siguientes:

### CONCLUSIONES

1. Toda vez que la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente no se propuso abrogar ni derogar disposición alguna de la Ley Federal de Defensoría Pública, ni de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, los Asesores Jurídicos Federales del Instituto Federal de Defensoría Pública continuarán prestando de manera obligatoria el servicio de asesoría jurídica en las materias y modalidades previstas por los artículos 29 y 31 del último ordenamiento jurídico citado, especialmente en materia fiscal federal.

2. Una vez aprobado el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente que determinará la organización y estructura de la misma, así como las condiciones bajo las cuales sus asesores jurídicos otorgarán el servicio de representación en materia fiscal federal, se estima conveniente que la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública, promueva la celebración de un convenio de colaboración para coordinar acciones, conforme a sus respectivas competencias legales, brindando la asesoría, defensa y protección jurídica gratuitas en beneficio de los usuarios de sus servicios.



## La expropiación de la propiedad privada de nacionales y de inversionistas extranjeros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

*José Daniel Vargas Ríos\**

### I.- INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente investigación se concreta a establecer los elementos estructurales necesarios para que el gobierno mexicano válidamente pueda materializar la expropiación de la propiedad privada; así como las diferencias existentes en el trato que recibe un nacional y un extranjero que invierte en territorio mexicano con motivo de la celebración del TLCAN.

Se dará inicio con un breve bosquejo de los diferentes documentos constitucionales históricos que han contemplado la figura de la expropiación en las distintas etapas del constitucionalismo mexicano, con el ánimo de explorar hasta qué punto se ha garantizado el derecho a la propiedad privada, así como la potestad del Estado para imponer límites y privar de ese derecho a los particulares.

Se hará también un estudio entre la disposición que prevé las formalidades para expropiar en el TLCAN para inversionistas extranjeros y el marco legal interno que contempla la expropiación para nacionales mexicanos, obteniendo sus diferencias para determinar la existencia de trato diferente para unos y otros partiendo de un mismo supuesto.

---

\* Oficial Administrativo.

## II.- ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN EN MÉXICO

Históricamente resulta incuestionable que diversas constituciones, documentos y decretos existentes en México han protegido el derecho a la propiedad privada, estableciendo además los límites, modalidades y maneras de afectación como una forma de destacar la soberanía del Estado.

Así, encontramos una serie de documentos como el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* del 22 de octubre de 1814<sup>1</sup>, las *Bases Constitucionales aceptadas por el Segundo Congreso Mexicano* del 24 de febrero de 1822<sup>2</sup>, las *Leyes Constitucionales* del 30 de diciembre de 1836<sup>3</sup>, las *Bases Orgánicas de la República Mexicana* del 12 de junio de 1843<sup>4</sup>, la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* del 5 de febrero de 1857<sup>5</sup> y el *Estatuto Provisional del Imperio Mexicano* del 10 de abril de 1865<sup>6</sup>, mostraron gran énfasis en proteger la propiedad privada de acuerdo a cada

<sup>1</sup> "Artículo 35. Ninguno debe ser privado de la menor porción de las que posea, sino cuando lo exija la pública necesidad; pero en este caso tiene derecho á la justa compensacion." Véase Carbonell, Miguel. *Constituciones Históricas de México*. Editorial Porrúa, México, 2004. página 233.

<sup>2</sup> "Artículo 13. El estado puede exigir el sacrificio de una propiedad particular para el interes comun legalmente justificado; pero con la debida indemnización". Ibidem. página 276

<sup>3</sup> "Artículo 2. Son derechos del mexicano[...]3º No poder ser privado de su propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella en todo ni en parte. Cuando algun objeto de general y pública utilidad exija lo contrario, podrá verificarse la privación, si la tal circunstancia fuere calificada por el Presidente y sus cuatro Ministros en la capital, por el Gobierno y Junta departamental en los departamentos, y el dueño, sea corporación eclesiástica ó secular, sea individuo o particular, previamente indemnizado á tasacion de peritos, nombrado el uno de ellos por él, y segun las leyes el tercero en discordia caso de haberla. La calificacion podrá ser reclamada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia en la capital, y en los Departamentos ante el superior Tribunal respectivo. El reclamo suspenderá la ejecucion hasta el fallo". Ibidem. página 348.

<sup>4</sup> "Artículo 9. Derechos de los habitantes de la República[...].XIII. La propiedad es inviolable, sea que pertenezca á particulares ó á corporaciones, y ninguno puede ser privado ni turbado en el libre uso y aprovechamiento de la que le corresponda segun las leyes, ya consista en cosas, acciones ó derechos, ó en el ejercicio de una profesion ó industria que le hubiere garantizado la ley. Cuando algun objeto de utilidad publica exigirere su ocupacion, se hará ésta, previa la competente indemnizacion, en el modo que disponga la ley". Ibidem. páginas 401-402.

<sup>5</sup> "Artículo 27. La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y prévia indemnizacion. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiacion y los requisitos en que esta haya de verificarse". Ibidem página 456.

<sup>6</sup> "Artículo 68. La propiedad es inviolable y no puede ser ocupada sino por causa de utilidad pública comprobada, mediante previa y competente indemnización, y en la forma que disponen las leyes". Ibidem. página 490.

circunstancia social o política de las diversas etapas del constitucionalismo mexicano; sin pasar por alto que la CPEUM hace su aportación al respecto, situación que se abordará con posterioridad con un análisis más específico.

Con base en las referencias expuestas, es posible determinar que en su totalidad se dotó a los particulares el uso de la propiedad privada como un derecho supremo, y además garantista al establecer que la afectación por parte del Estado únicamente podría hacerse mediante el pago de una indemnización y por causa de pública necesidad; esta protección, como se ha visto, tiene su origen en la fase terminal de la época colonial, que posteriormente se hizo extensiva a los movimientos revolucionarios que surgieron por la tenencia de la tierra y el reparto agrario<sup>7</sup>; periodo en el cual hubo la tendencia firme de abatir el latifundismo.

### III.- MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA EXPROPIACIÓN EN MÉXICO

Resulta incuestionable que la expropiación es y ha sido una herramienta esencial para encauzar al país en su desarrollo, en la adopción de políticas públicas que favorecen la economía, la infraestructura, el aprovechamiento y control de los recursos naturales, entre otros; por ende, debe reconocerse que ha servido para dar solución a algunos problemas sociales de México.

Es obligado puntualizar que la CPEUM reconoce originariamente la propiedad de tierras y aguas de la Nación, con el derecho de transmitirla a los particulares para constituir la propiedad privada;<sup>8</sup> a *contrario sensu*, contempla también la figura de la expropiación como un modo de revertir la propiedad particular al Estado, bajo la garantía de que ésta se haga por causa de

<sup>7</sup> La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 expresó en su texto primigenio como causa de utilidad pública la adquisición de las propiedades particulares necesarias para la dotación de tierras ejidales y la creación de centros de población agrícola, siendo este supuesto el único que se contempló en la ley fundamental.

<sup>8</sup> La CPEUM en su artículo 27 dispone: “La propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

utilidad pública y mediante el pago de una indemnización.<sup>9</sup>

Sin embargo, es oportuno precisar que la regulación de la expropiación es limitada en la CPEUM; puesto que únicamente contempla los principales elementos para configurarla, pero nada establece acerca de qué se considera utilidad pública<sup>10</sup> o cómo cuantificar la indemnización<sup>11</sup>, dichos elementos se han delegado en la legislación secundaria para su observancia, con la abierta posibilidad de que los legisladores, con alguna flexibilidad, puedan adicionar o derogar las causales de utilidad pública para la satisfacción de algún interés determinado, cuando lo correcto debería ser que el propio texto constitucional precise con toda claridad qué actos constituyen la utilidad pública e incluso la forma de cuantificar la indemnización, ello con el afán de elevar la seguridad jurídica del particular al rango de garantía constitucional para proveer una mayor protección a la figura jurídica de la propiedad.

---

<sup>9</sup> En el segundo párrafo del precepto antecitado establece: “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

<sup>10</sup> Al respecto, la Ley de Expropiación en su artículo 1º considera como causas de utilidad pública las siguientes: “I.- El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; II.- La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano; III.- El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones para oficinas del Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo; VI.- La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional; V.- La satisfacción de las necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas; VI.- Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública; VII.- La defensa, conservación, desarrollo y aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de expropiación; VIII.- La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular; IX.- La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad; X.- Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad; XI.- La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida; XII.- Los demás casos previstos por las leyes especiales”.

<sup>11</sup> En relación al quantum de la indemnización. El artículo 10 de la legislación citada dispone: “El precio que se fijará como indemnización por el bien expropiado será equivalente al valor comercial que se fije sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras”.

Respecto al procedimiento para expropiar algún bien, es necesaria una declaración del Ejecutivo Federal en el sentido de que se expropia, ocupa temporal, total o parcialmente o se limitan los derechos de dominio para los fines del Estado o en interés de la colectividad, quedando a cargo de la respectiva Secretaría de Estado, departamento administrativo o gobierno del Distrito Federal en su caso, la tramitación del expediente de expropiación; el decreto expropiatorio deberá estar suficientemente fundado y motivado como lo exige la CPEUM a toda autoridad para posteriormente publicarse en el Diario Oficial de la Federación y notificarse personalmente a las partes interesadas.

El medio ordinario de defensa previsto para combatir un decreto expropiatorio es el recurso administrativo de revocación<sup>12</sup>, concediéndose un término de quince días, lo conocerá y substanciará la Secretaría de Estado, Departamento Administrativo o Gobierno del Territorio que haya tramitado el expediente respectivo; los agravios que se pueden hacer valer guardarán relación con las causales de utilidad pública que ya fueron descritas y el precio que se fije como indemnización, en caso de inconformidad se arreglará mediante declaración judicial y mediante peritaje, cuidando que no sea inferior al valor catastral.

Esta situación produjo para la SCJN un nuevo examen sobre el tema, toda vez que durante años sostuvo que para la expropiación, no era factible que rigiera la garantía de audiencia que consagra el numeral 14 de la CPEUM, primeramente porque no era requisito obligatorio por el diverso numeral 27<sup>13</sup> y además, porque éste último

<sup>12</sup> La Ley de Expropiación, en su artículo 5° señala: “Los propietarios afectados podrán interponer, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación del Decreto recurso administrativo de revocación contra la declaratoria correspondiente” y el correlativo 6° contempla: “El recurso administrativo de revocación se interpondrá ante la Secretaría de Estado, Departamento o Gobierno del Territorio que haya tramitado el expediente de expropiación, de ocupación temporal o de limitación de dominio”.

<sup>13</sup> Este criterio fue sostenido mediante jurisprudencia de la Segunda Sala y plasmado en la tesis publicada en la Quinta Epoca del Apéndice de 1988, Parte II, Página: 1389, Tesis: 834, cuyo rubro y texto son: EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la misma Carta Fundamental.



contemplaba el amparo de garantías sociales que estaban por encima de los derechos en lo individual a que se refiere el primer mencionado;<sup>14</sup> recientemente, se apartó de este criterio para ahora ponderar la garantía de audiencia como requisito indispensable para efectuar el acto privativo, que se traduce en respetar las formalidades esenciales del procedimiento mediante la notificación del inicio del procedimiento administrativo, la oportunidad de ofrecer pruebas y formular alegatos y el dictado de una resolución que sea congruente con lo debatido, además, por tratarse de una potestad administrativa del Estado, cuyo objetivo se enfoca a la privación de los derechos de propiedad del particular.<sup>15</sup>

Es de observarse además, que los artículos 5°, 10 y 20 de la Ley de Expropiación, fueron reformados mediante publicación realizada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1993, precisamente dos días después de la firma del TLCAN, con la intención de adecuarla y que guardara relación armónica con el instrumento internacional que se comenta; los puntos de reforma de

<sup>14</sup> Además de la argumentación descrita, quedó firme por criterio jurisprudencial del Pleno de la SCJN la tesis que se publica en la Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, V, Junio de 1997, Página: 44 Tesis: P./J. 65/95, como sigue:

*“EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia Carta Magna y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia Ley Fundamental”.*

<sup>15</sup> Este nuevo criterio fue plasmado en la jurisprudencia de la Segunda Sala, publicada en la Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Septiembre de 2006 Página: 278, Tesis: 2a./J. 124/2006 que literalmente dispone: *“EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. Conforme al artículo 197 de la Ley de Amparo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia 834, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, página 1389, con el rubro: “EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE”, porque de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que son las señaladas en la jurisprudencia P./J. 47/95, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON*

cada uno de ellos, en su orden son: cambiar la palabra “acuerdo” por “decreto” en el primer caso; en el artículo 10 con anterioridad se establecía como precio de indemnización el valor fiscal del inmueble que aparezca en las oficinas catastrales o recaudadoras, independientemente de que haya sido manifestado por el propietario o consentido al haber pagado la contribución correspondiente con esa base, dejando únicamente a decisión judicial las mejoras o deterioros que hubiere sufrido la propiedad con posterioridad a la fecha del valor fiscal; finalmente, el artículo 20 ordenaba que la indemnización debería cubrirse al afectado en un periodo no mayor de diez años.

#### IV.- LA EXPROPIACIÓN EN EL TLCAN

El TLCAN representó uno de los acuerdos más importantes para los estados que en su celebración intervinieron<sup>16</sup>, sus inicios se remiten al año de 1990, fecha en que iniciaron las primeras negociaciones trilaterales para celebrar el tratado; el objetivo de su celebración consistió en la eliminación progresiva de las barreras al comercio de bienes, la prestación de servicios, así como el establecimiento de sistemas expeditos para la solución de controversias con motivo del intercambio comercial y de servicios; así, en el caso de México, y luego de las negociaciones, fue firmado el 17 de diciem-

---

*LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”, las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En ese sentido, tratándose de actos privativos como lo es la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa, en orden a garantizar eficazmente los bienes constitucionalmente protegidos a través del mencionado artículo 14, sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece las garantías sociales, las cuales atienden a un contenido y finalidades en estricto sentido al régimen de propiedad agraria, y por extensión a las modalidades de la propiedad, al dominio y a la propiedad nacional, también lo es que la expropiación no es una garantía social en el sentido estricto y constitucional del concepto, sino que es una potestad administrativa que crea, modifica y/o extingue relaciones jurídicas concretas, y que obedece a causas establecidas legalmente y a valoraciones discrecionales de las autoridades administrativas; además, la expropiación es una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular decretada por el Estado, con el fin de adquirirlo”.*

<sup>16</sup> México, Estados Unidos y Canadá.

bre de 1992, aprobado por el Senado de la República el 22 de noviembre de 1993, promulgado el 20 de diciembre de ese mismo año y entró en vigor a partir del 1° de enero de 1994.

De esta manera, la celebración del TLCAN, trajo como consecuencia que se reformaran diversidad de leyes para adaptarlas a este instrumento internacional, tal es el caso del Código de Comercio, la Ley Aduanera, el Código Fiscal de la Federación, la Ley de Comercio Exterior, la Ley de Expropiación, entre otras; fue tal la importancia que se dio a este tratado, que en el Plan Nacional de Desarrollo del sexenio salinista, se privilegió la actividad económica impulsando la apertura comercial para insertar al país en los mercados mundiales.<sup>17</sup>

Este sexenio se caracteriza por haber sido un cambio sustancial entre las políticas económicas restringidas, hacia un nuevo liberalismo, que los economistas han llamado “neoliberalismo”; lo anterior obedece a que durante su gestión, aún rigió el sistema presidencial, mismo que fue aprovechado para la materialización de gran cantidad de reformas que quizá en la actualidad hubieran presentado mayor complejidad en realizarse, tal es el caso de la reforma al artículo 27 de la CPEUM, que redimensionó el sistema agrario, la apertura comercial internacional, las políticas macroeconómicas, etcétera. Las tendencias liberales permitieron alcanzar la apertura al comercio internacional.

La figura de la expropiación está contemplada en el TLCAN en el artículo 1110, dentro del capítulo de Inversión, compuesto por ocho párrafos, de los cuales, para efectos de estudio, únicamente se enfatizará en aquello que resulta de utilidad; este artículo dispone:

---

<sup>17</sup> En el debate legislativo donde se discutieron las reformas a diversas legislaciones para acoplarlas al TLCAN, se enfatizó en la política desarrollada por el presidente Carlos Salinas de Gortari en el Plan Nacional de Desarrollo, en el sentido de la trascendencia que tendría su celebración; en el caso de la Ley de Expropiación, las reformas a diversos artículos fueron aprobadas por ambas cámaras. Los argumentos están disponibles en: [www.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=366&nIdRef=3&nIdPL=2&cTitulo=EXPROPIACION%20\(LEY%20DE\)&cFechaPub=22/12/1993&cCateg=DECRETO&cDescPL=DECRETAMEN/ORIGEN](http://www.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=366&nIdRef=3&nIdPL=2&cTitulo=EXPROPIACION%20(LEY%20DE)&cFechaPub=22/12/1993&cCateg=DECRETO&cDescPL=DECRETAMEN/ORIGEN).

1.- Ninguna de las partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a).- por causa de utilidad pública;
- (b).- sobre bases no discriminatorias;
- (c).- con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105 (1);<sup>18</sup> y
- (d).- mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

Desglosando estos elementos, es posible determinar en el primero de ellos, que sigue la misma secuencia del numeral 1º de la Ley de Expropiación, analizado con anterioridad; en el segundo supuesto, se refiere a que por ningún motivo se establezcan bases que pongan en franca ventaja al Estado expropiante, en detrimento del país inversionista por motivos de nacionalidad, mercado, servicios, moneda, entre otros; con la intención de favorecer a otro Estado y que contravengan el principio de buena fe con que fue celebrado el tratado; el tercer elemento ordena que la expropiación se haga conforme a los compromisos adquiridos en el tratado y en la legislación interna de cada Estado, privilegiando siempre el trato justo y equitativo; el último elemento, tocante al pago de la indemnización contiene un mayor número de situaciones que deben observarse, a saber:

a).- El monto será conforme al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo; los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo, incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

b).- El pago de la indemnización se hará sin demora y completamente liquidable.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Se refiere a las reglas de trato justo y equitativo dentro del propio TLCAN.

<sup>19</sup> Se refiere a la posibilidad para el inversionista que pueda extraer el numerario del país con cierta rapidez para colocarlo en otro mercado.

c).- En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país del Grupo de los Siete<sup>20</sup>, la indemnización incluirá intereses a tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

d).- Si una parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable en dicha divisa hasta la fecha del pago.

e).- Una vez pagada la indemnización, podrá transferirse libremente.

De lo anterior, se desprende que la definición de expropiación en el TLCAN es más amplia que la contemplada en el derecho interno mexicano, dado que en la Ley de Expropiación, se generan algunas indicaciones, respecto de que el acto expropiatorio se limita a una declaración del Ejecutivo Federal que deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación, cuyo objeto lo constituye la ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio en bienes de un particular; por ende, no existe una definición suficientemente clara de este término en la legislación interna. Ahora bien, en el TLCAN se hace referencia expresa a la expropiación directa, indirecta o una medida equivalente, estos elementos amplían a una mayor cobertura de escenarios posibles que los previstos en la Ley de Expropiación.<sup>21</sup>

## **V.- EXPROPIACIÓN PARA NACIONALES Y EXTRANJEROS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE**

Una vez que han quedado expuestas las formalidades de expropiación, tanto para nacionales como para inversionistas extranjeros en

---

<sup>20</sup> Foro político y económico formado por los siete países más industrializados del mundo: Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Reino Unido y Estados Unidos.

<sup>21</sup> Rábago Dorbecker, Miguel. *Derecho de la Inversión Extranjera en México*. Editorial Porrúa. México, 2004, página 382.

el TLCAN, conviene destacar los elementos diferenciadores en ambas legislaciones, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1°.- El TLCAN exige como requisito que la expropiación sea sobre bases no discriminatorias; este supuesto no está contemplado en la Ley de Expropiación ni en la CPEUM.

2°.- Además establece que deberá apegarse al principio de legalidad y conforme a las reglas de trato justo y equitativo, situación que tampoco lo verifica con suficiente claridad el derecho mexicano interno.

3°.- El pago de la indemnización, según el TLCAN, deberá ser sin demora y completamente liquidable; la Ley de Expropiación varía, en el sentido de que el pago será dentro del término de un año a partir de la declaratoria de expropiación, pudiendo ser en especie; en un total y absoluto trato desigual para el nacional respecto del inversionista extranjero; sin olvidar que antes de la reforma de su artículo 20, el 22 de diciembre de 1993, se establecía un plazo hasta de diez años para pagar al particular por la afectación en sus bienes, aún así, el nacional sigue estando en franca desventaja.

4°.- Para el TLCAN, la indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada, teniéndose como criterios de valuación el valor corriente, el valor del activo,<sup>22</sup> así como otros que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado; en el derecho interno mexicano, la indemnización únicamente toma en cuenta el valor comercial fijado, sin que pueda ser menor al valor fiscal que aparezca en los oficios catastrales o recaudadores, con la posibilidad de controvertir el avalúo ante un juez para que el precio se fije mediante dictámenes periciales; como se aprecia, el TLCAN contempla mayores elementos de valoración, que desde luego dista mucho de lo que pudiera aspirar el nacional, puesto que garantiza mayores beneficios al inversionista extranjero; sin pasar por alto que el artículo 10 de la Ley de Expropiación fue

---

<sup>22</sup> En éste se incluye el valor fiscal declarado de bienes tangibles.

también reformado el 22 de diciembre de 1993 y que ello obedeció a la propia celebración del TLCAN para que el precio de la indemnización se fijara de esta forma, ya que con anterioridad se establecía el precio en el valor catastral, por así haberse declarado en las oficinas recaudadoras o por haber sido consentido al pagar el impuesto correspondiente con esa base; este dispositivo era menos proteccionista, sin embargo aun y con la reforma, es claro que sigue afectando los intereses del nacional mexicano.

5°.- El TLCAN exige que en el caso de que la indemnización sea pagada en moneda de un país del Grupo de los Siete, se incluirán intereses a una tasa comercial razonable a partir de la fecha de expropiación hasta su pago, que por cierto ordena que se haga sin demora; para el mexicano, el pago es en moneda nacional, sin intereses y sin perjuicio de que se convenga en especie; aquí, luego de que un nacional es afectado en su propiedad, resulta que no tiene derecho a percibir algún tipo de interés para subsanar la inflación o devaluación que sufra nuestra moneda, o a elegir el tipo de divisa que prefiera, además de que la cantidad será pagadera en un año, mientras que el acto de afectación ya se produjo; esta situación lo desprotege mientras que al inversionista extranjero se le brinda un trato más provechoso; ahora bien, es sabido que las monedas que manejan cualquiera de los países que conforman el Grupo de los Siete son las más fuertes en el mundo y sin embargo deberán ser usadas cuando se haga una expropiación en México en cumplimiento del compromiso adquirido, situación que torna aún más oneroso expropiar al extranjero que al nacional, puesto que este es un beneficio exclusivo para los connacionales de Estados Unidos y Canadá; luego, si una parte elige pagar con una moneda distinta del Grupo de los Siete, la cantidad no podrá ser inferior a la cantidad equivalente si se hubiere pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete, incluyendo intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable hasta la fecha del día del pago.

Con todo ello, al apreciarse una franca desventaja, no es posible identificar con claridad el concepto de soberanía constitucio-

nal; es decir, la *suma potestas*, cuando en casos como este resulta evidente que el extranjero recibe un trato preferencial, con mayores provechos y beneficios en relación al ciudadano mexicano, el tema de la expropiación constituye sólo un ejemplo, sin embargo existen otras circunstancias específicas donde es manifiesto el trato diferenciado y discriminatorio para el nacional mexicano respecto del extranjero que concurre en igualdad de circunstancias.

## VI.- CONCLUSIONES

La protección a la propiedad fue un elemento primordial en las diferentes constituciones, documentos y decretos históricos que sin duda reflejan un alto grado de preocupación por quienes han intervenido en la vida política del país; esta circunstancia aún prevalece hasta nuestros días.

En la vida económica de un país, la expropiación juega un papel fundamental, porque tiene el efecto de revertir la propiedad particular a la nación, cuando se actualiza la utilidad pública y mediante indemnización; esta medida contribuye a la buena marcha del desarrollo nacional, para encauzarla al establecimiento de infraestructura, protección al ambiente, construcción de carreteras, escuelas, hospitales, parques, etc, sin olvidar que por disposición del artículo 27 de la CPEUM la propiedad originariamente corresponde a la nación, quien cede su uso a los particulares para constituir la propiedad privada.

El TLCAN representa un acuerdo trilateral de mayor importancia entre México, Estados Unidos y Canadá para la comercialización de bienes y prestación de servicios entre estos países, donde destaca la eliminación progresiva de aranceles y una mayor apertura comercial; circunstancia que produjo para México una gran trascendencia política y económica, además de cantidad de reformas a la legislación interna mexicana para adecuarla al tratado internacional, incluyendo por supuesto, la Ley de Expropiación.

Para poder expropiar la propiedad nacional y de inversionistas extranjeros, el TLCAN exige mayores requisitos que se traducen en



beneficios más provechosos y preferenciales para los connacionales de Estados Unidos y Canadá, respecto de los que se conceden para expropiar bienes de nacionales; en absoluta desigualdad para éstos últimos.

Las reformas que sufrió la Ley de Expropiación el 22 de diciembre de 1993, en diversos artículos se motivaron a consecuencia de la celebración del TLCAN y a impulsar el Plan Nacional de Desarrollo del presidente Carlos Salinas de Gortari; sin embargo, aun cuando hubo avances significativos, sigue habiendo desigualdad en trato entre el inversionista extranjero y el nacional, por los motivos que quedaron expuestos.

## VII.- BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Carbonell, Miguel. *Constituciones Históricas de México*. Editorial Porrúa, México, 2004.
- 2.- Rábago Dorbecker, Miguel. *Derecho de la Inversión Extranjera en México*. Editorial Porrúa, México, 2004.

## VIII.- LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Ley de Expropiación.
- 3.- Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

## IX.- SITIOS DE INTERNET

- 1.- [www.economia.gob.mx/pcis/p/p1216/TLCAN11.doc](http://www.economia.gob.mx/pcis/p/p1216/TLCAN11.doc)
- 2.- [http://172.16.7.253/LeyesFederales/UnProcLeg.asp?nIdLey=366&nIdRef=3&nIdPL=1&citulo=EXPROPIACION%20\(LEY%20DE\)&cFechaPub=22121993&cCateg=DECRETO&cDescPL=EXPOSICION%20DE%20MOTIVOS](http://172.16.7.253/LeyesFederales/UnProcLeg.asp?nIdLey=366&nIdRef=3&nIdPL=1&citulo=EXPROPIACION%20(LEY%20DE)&cFechaPub=22121993&cCateg=DECRETO&cDescPL=EXPOSICION%20DE%20MOTIVOS)
- 3.- <http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesislnkTmp.asp?nIus=174253&cPalPrm=EXPROPIACION,GARANTIA,AUDIENCIA,&cFrPrm=>
- 4.- <http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesislnkTmp.asp?nIus=198404&cPalPrm=EXPROPIACION,GARANTIA,AUDIENCIA,&cFrPrm=>

5.- [www.scjn.gob.mx/ius2006/  
UnaTesislnkTmp.asp?nIus=395181&cPalPrm=EX  
PROPIACION,AUDIENCIA,&cFrPrm=](http://www.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesislnkTmp.asp?nIus=395181&cPalPrm=EXPROPIACION,AUDIENCIA,&cFrPrm=)

## **X.- ÍNDICE DE ABREVIATURAS**

- 1.- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- TLCAN. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- 3.- SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación.



## El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México como derecho penal especial garantista

Apolinar Pedro Vargas Ordóñez\*

### 1. PLANTEAMIENTO

En el contexto de reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el doce de diciembre de dos mil cinco que establece un nuevo *sistema de justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal* en México; el constante avance de los derechos humanos en todos los ámbitos; las conferencias y cursos de certificación y capacitación que el Poder Judicial de la Federación imparte a diversos servidores públicos con el objeto de dar una respuesta satisfactoria a la exigencia de la referida modificación constitucional; y, en general, el interés despertado, se hace necesaria una reflexión tendiente a dilucidar la verdadera naturaleza jurídica de esta cuestión jurídica, como punto de partida para discusiones posteriores que, sin duda en el corto y mediano plazo se vendrán en cascada, sobre el funcionamiento de este nuevo paradigma, el grado de homologación de la legislación nacional con la supranacional, entre otras.

Pero lo fundamental que aquí se plantea es en dar una serie de razones justificativas de por qué la nueva justicia de personas menores de dieciocho años que incurrir en una conducta tipificada se *inscribe necesariamente en el ámbito del derecho penal*, sin que obste para refutar esta aseveración el hecho de que durante el proceso

---

\* Defensor Público Federal.

legislativo haya prevalecido la idea de desechar toda referencia al derecho penal. La demostración de la hipótesis dada, se hace a partir de dos enfoques: uno pragmático y el otro teórico.

## 2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA PLANTEADO

La ubicación exacta de esta renovada justicia de adolescentes en la rama apropiada del derecho obedece, pues, en un primer plano teórico, no a una trivialidad, sino a un criterio de rigor científico, y luego, en el orden práctico, a la búsqueda de una mayor protección de sus derechos sustantivos y procesales en tanto son sometidos a un procedimiento. Conviene adelantar que históricamente el mayor obstáculo para que los niños, las niñas y los adolescentes tuvieran acceso a una verdadera justicia fue justamente su “alejamiento” del ámbito penal, porque bajo este supuesto y la idea de “protección”, piedad y compasión, dice García Méndez, se cometieron las peores atrocidades.<sup>1</sup> Por ello, los diseñadores de la política criminal, los legisladores, y quienes interpretan y aplican la ley deben tener una idea clara de esta situación para así evitar yerros del pasado.

Las decisiones sobre las políticas criminales, la producción de normas, su aplicación y toda la problemática sobre justicia, la de adolescentes conflictuados con la ley penal deben analizarse y valorarse desde la óptica de la ciencia jurídica penal, porque todos esos fenómenos tienen esa naturaleza, máxime que el nuevo sistema de justicia juvenil rompe con los sistemas tutelares y “semigarantistas” del país.

Hoy día, esta problemática se vuelve a hacer presente, los artífices del nuevo régimen de justicia de adolescentes dan a entender que estamos en un terreno civil o administrativo. Esto se infiere del análisis del dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, Gobernación y de Estudios Legislativos, que contiene el proyecto de decreto para la expedición de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes.

---

<sup>1</sup> García Méndez, E. “Conferencia relacionada con los cursos de justicia para adolescentes”, marzo de 2007, México. Portal de Internet del Consejo de la Judicatura Federal; [www.ijf.cjf.gob.mx](http://www.ijf.cjf.gob.mx)

Cuando las comisiones unidas analizaron las principales iniciativas de reforma planteadas por el entonces titular del Ejecutivo Federal y por los representantes de los grupos parlamentarios de los "principales" partidos políticos, se tomó como base para la aprobación de la ley en comento, la del senador César Camacho Quiroz del Partido Revolucionario Institucional, misma que se fue complementando con aportaciones de las demás propuestas, ya que se sostuvo, en el dictamen, que toda ellas compartían sustancialmente la intención de instaurar una justicia juvenil moderna, constitucional garantista, acorde a la doctrina de protección integral de la Infancia de Naciones Unidas. Sin embargo resulta oportuno señalar que las Comisiones Dictaminadoras apreciaron alguna divergencia elemental en las iniciativas presentadas, en torno al punto que aquí se trata de elucidar. Por ejemplo, la propuesta presidencial refiere conceptos propios del derecho penal, mismos que fueron suprimidos en el dictamen de ley, argumentando que se consideraba necesario distinguir con claridad que *el esquema propuesto no es una mera extensión del sistema penal de adultos hacia las personas menores de dieciocho años*.

Las Comisiones precisaron que para tomar la decisión de extraer todo calificativo penal del proyecto de ley, fue importante el hecho de que durante el proceso de reforma al artículo 18 constitucional no hubo oposición, en este rubro, a su aprobación por el Congreso de la Unión, así como tampoco se objetó por los diputados ni por los congresos locales.<sup>2</sup> Sin embargo, queda claro que este punto controvertido no fue discutido lo suficiente.

En consecuencia, lo que eventualmente será la Ley Federal de Justicia de Adolescentes contiene una orientación claramente no penal, que se refleja en su terminología, lo cual *considero podría ser peligroso y técnicamente incorrecto*, si no se enfoca bien esta problemática.

---

<sup>2</sup> Cfr. Vargas Ordóñez A. *Hacia una justicia penal garantista para adolescentes en México*. Tesis de grado, México, INACIPE, 2006. En las consideraciones finales, se hace referencia a las propuestas de reforma de los representantes de las fracciones parlamentarias. Importa señalar que las iniciativas del Ejecutivo Federal y la de la diputada Adriana González Furlong del Partido Acción Nacional, denominaron a su proyecto de reforma Ley Federal de Justicia Penal para Adolescentes, lo cual simplemente matizaba el carácter penal con que se visualizaba la justicia para adolescentes.

### 3. CONSECUENCIAS DEL DISTANCIAMIENTO ENTRE LA JUSTICIA MINORIL Y EL DERECHO PENAL. RESEÑA HISTÓRICA

Uno de los principales errores del pasado que impidieron la realización plena de la justicia en el campo de la criminalidad minoril fue precisamente el pretender extraerla, así como por decreto, de la órbita penal. En realidad, en la medida de ese intento, mayormente se vulneraron derechos.

Cuando dejó de tener vigencia el concepto de *discernimiento*, y se dejaron de aplicar los códigos penales a las personas no adultas que incurrían en un delito, se empezó a gestar el movimiento separatista que pretendía sustraer la justicia juvenil respecto del ámbito punitivo, teniendo como justificaciones principales la malsana convivencia existente entre niños y adultos en cárceles como la antigua de Belén; las espantosas condiciones de vida prevalecientes, en ellas, incluso en las correccionales;<sup>3</sup> y la dureza de la ley penal. Esto en el marco del Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores de 1911 y la aparición del Tribunal de Menores en Chicago, Estados Unidos, en 1899, que legitimaban la creación de una jurisdicción especial. Pero este éxodo tuvo consecuencias jurídicas terribles.

En México, el primer intento separatista serio, sustentado en la normatividad, ocurrió al expedirse el Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal de 1926,<sup>4</sup> la Ley sobre la Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal en 1928,<sup>5</sup> y el Reglamento de quince de noviembre de este mismo año.

Si enfocamos nuestra atención en la exposición de motivos y en el articulado de esa legislación generadora del correccionalismo, observaremos, en primer lugar, un claro distanciamiento del *nullum crimen, nulla poena sine lege* y de otros axiomas jurídico-penales que han servido para acotar el abuso del poder. Aparecen los funestos

<sup>3</sup> Véase Pizano Cámboros, R. "Palabras en el homenaje al licenciado Primo Villa Michel", en Boletín Jurídico del Consejo de Menores. Número 9, Julio- agosto. México, CM., 1998.

<sup>4</sup> Diario Oficial de la Federación, ocho de octubre. 1926.

<sup>5</sup> Diario Oficial de la Federación, veintiuno de junio. 1928.

estados de peligro, es decir la consideración de las formas de ser del niño, niña o adolescente como “pervertidos”, “moralmente abandonados”, “peligrosos”, “menesterosos”, etc., suficientes para someterlos a un procedimiento ante los tribunales de menores. Entonces como bien apunta Zaffaroni *se castigó el ser de una persona, más que el hacer*.<sup>6</sup> La justicia se proyectó en gran medida hacia la personalidad del sujeto, invirtiendo el principio de *derecho penal de acto*, por el de *derecho penal de autor*. El Estado tuvo una injerencia desmedida en la intimidad del no adulto porque cuando aquél consideraba discrecionalmente que había un menesteroso, por ejemplo, irrumpía su privacidad, aunque no hubiese una conducta tipificada. Se invirtieron los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, ante la inaplicabilidad de las garantías constitucionales, pues el argumento imperante era que la normatividad de esa época había creado “una justicia no penal”, además de que los fines que afanosamente se buscaban eran la educación y la “protección” de la persona menor de edad. Además, se instrumentaron procedimientos vacíos de garantías procesales, las cuales se tacharon de innecesarias, pues el Estado, a manera de un padre, no querría causar daño alguno a sus hijos.

Esta normatividad, para desgracia de los paladines del *ius corrigendi*, tuvo muy corta vida jurídica, al ser abrogada por los códigos penal y procesal penal de 1929, que atraen nuevamente a su seno la justicia juvenil.

Sin embargo, ese esquema correccionalista recobró fuerza con la promulgación del Reglamento de quince de enero de 1934, la Ley orgánica y Normas de Procedimientos de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales de 1941. El trasfondo ideológico subyacente en todas esas legislaciones era el control de la criminalidad infantil y la defensa de la sociedad, más que la protección de la infancia desvalida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de la época, como en muchos pasajes de nuestra historia, jugó un papel preponderan-

---

<sup>6</sup> Zaffaroni, E. *Manual de derecho penal*. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, página 75.



te, colaborando a consolidar el sistema correccional. Cuando Ceniceros, por ejemplo, planteó si era factible restringir la libertad del menor de edad omitiendo la aplicación de los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución, sostuvo que era necesario que el Máximo Órgano Judicial enderezara la jurisprudencia para armonizar la interpretación de las garantías con la nueva tendencia proteccionista, es decir para no respetar los preceptos constitucionales, de lo contrario, se haría nula la actividad del Tribunal de Menores.

Así, la Corte, al resolver un amparo en contra del Tribunal de Menores, expuso como argumento medular que la actuación de éste no era consecuencia de la acción penal sino que actuaba como órgano del Estado, en sustitución de la patria potestad como respuesta a la obligación social de prestar ayuda. También desentrañó y explicó, desde su perspectiva, la naturaleza del procedimiento que se seguía a quienes infringían la ley no siendo mayores, pues éstos, sostenía, quedaban fuera de la órbita punitiva, tan sólo se les imponían medidas de educación correccional. No se podría afirmar que las restricciones a la libertad impuestas por los padres o tutores y por el Estado hubieran constituido un atentado a las garantías individuales, ni tampoco detención, aun cuando el Estado preste auxilio a esas restricciones, de modo que el amparo resultaba improcedente en contra de dichos actos. De esta forma, la propuesta de Ceniceros fue acogida. Este criterio se sustentó en la tesis con número de registro: 311,432. Materia(s): Penal. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: L.: Página: 1352, cuyo rubro es: "TRIBUNAL PARA MENORES, NATURALEZA DEL".

En 1974, entró en vigor la Ley que Crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores en el Distrito Federal, y se fueron produciendo las diversas legislaciones tutelares en cada entidad del país, dando vida a lo que se conoce como la justicia tutelar.

El tutelarismo no fue sino el resultado de la evolución y el perfeccionamiento del correccionalismo, que marca la separación definitiva respecto del campo punitivo. Desaparecen las figuras de juez

y juzgador para dar vida a la de consejero y consejo, respectivamente y así se elimina todo indicio penal. Se elabora toda una teoría desde la perspectiva civil para justificar la asunción de la tutela por el estado en sustitución de los progenitores. Azaola refiere que el paso del correccionalismo al tutelarismo se trata de un giro, más nominal que real, que pretende haber abandonado el derecho penal.<sup>7</sup>

En el apogeo del tutelarismo, nada cambió, siguieron prevaleciendo los denominados estados de peligro, la ausencia de derechos y la inaplicación de los principios del derecho penal, propiciando un autoritarismo estatal desenfrenado y un permanente ambiente de zozobra e inseguridad jurídica en los niños, niñas y adolescentes, objetos de la acción del consejo.

En todo este periodo de irregularidad se exaltaron los principios de *presunción de responsabilidad*, *presunción de futura responsabilidad* y el más funesto, el de *creencia de responsabilidad futura*, dado que el consejo tenía la facultad de ver en el niño, niña o adolescente el delincuente del futuro; muestra inobjetable de ello fue la redacción del artículo 2º de la Ley Tutelar de 1973 que establecía que el Consejo podría intervenir cuando los menores infringieran las leyes penales, reglamentos de policía o buen gobierno o *manifiesten otra forma de conducta que hagan presumir, fundadamente, una inclinación a causar daño*, a sí mismos, a su familia y a la sociedad. García Méndez califica a este paradigma tutelar, como *falso paternalismo* en unas ocasiones y, en otras, como *ingenuo paternalismo*.<sup>8</sup>

La Ley para el Tratamiento de Menores de 1991, si bien para algunos conocedores fue un parteaguas, para otros empeoró la situación de este tejido social vulnerable. Fue una ley hecha con premura que pretendía incorporar los conceptos básicos de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero en el fondo sólo se trataba de mostrar a la comunidad internacional un gobierno res-

---

<sup>7</sup> Azaola Garrido, E. *La institución correccional en México. Una mirada extraviada*. México, Siglo XXI, 1990, página 47.

<sup>8</sup> García Méndez, E. *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, segunda edición. México, Fontamara, 2001, páginas 111-184.

petuoso de sus compromisos internacionales para lograr el Tratado de Libre Comercio.<sup>9</sup>

El lenguaje eufemístico de esta ley permitió mantener casi intacto el esquema tutelar. La verdadera razón de llamar comisionado a lo que en realidad es Ministerio Público y denominar consejo o consejero al juzgado o juez, respectivamente, fue dar la impresión de que el procedimiento instaurado a "menores infractores" no era una cuestión penal y así justificar la continuación de la restricción de las garantías consagradas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Constitución, quedando los adolescentes en una situación jurídica muy equivalente a los esquemas anteriores.<sup>10</sup>

Como se ve, históricamente, la sustracción de la justicia de niños, niñas y adolescentes en México del terreno penal sólo ha sido un pretexto eficaz para no observar las garantías constitucionales bajo la falacia de que éstas sólo están destinadas a los adultos, tal es el peligro en que podría desembocar el nuevo esquema, si no se tiene presente este aspecto crudo de la historia.

Afortunadamente la naturaleza de las cosas no cambia por decreto. Un simple acto de autoridad no tiene la eficacia de desnaturalizarlas o suprimir de tajo su esencia. La declaración del órgano legislativo no es suficiente para mutar la sustancialidad del nuevo esquema de justicia para adolescentes, *per se*, penal.

De esta forma, desde un punto de vista estrictamente práctico existe al menos una razón para albergar el derecho de adolescentes que incurrir en un delito dentro del derecho penal, debiendo ser estudiado desde la ciencia jurídico-penal.

Ahora que, *stricto sensu*, la puridad del lenguaje de la nueva Ley de Justicia para Adolescentes tampoco es sinónimo de negación de pertenencia al derecho penal, sólo reafirma su *especialidad*, pero el juez de adolescentes debe poseer una correcta percepción

---

<sup>9</sup> Vargas Ordóñez, A. "Responsabilidad penal del adolescente. Rechazo y consecuencias en el esquema legal vigente", en Revista del IFDP. Número 1. México, 2006, páginas 433-449.

<sup>10</sup> Véase al respecto: Vargas Ordóñez, A. "Hacia una justicia penal garantista para adolescentes en México". Tesis de grado. México, INACIPE. 2006. Capítulo III.

de la esencia del asunto y entender correctamente el nuevo esquema garantista, atrayendo razonablemente los preceptos constitucionales aplicables, no sólo el 18 de la Constitución, sino también los diversos 4º, 14, 16, 17, 20, etc., la misma ley reglamentaria del artículo 4º aludido, así como las normas supranacionales, sobre todo las de la Convención sobre los Derechos del Niño, los principios generales y la reglas aplicables.

Resulta pertinente acentuar que la normatividad en esta materia, no tiene por qué estar abigarrada de una terminología penalista para considerarla como tal, ni dejará de serlo por carecer de este tipo de nociones, pues el derecho de los adolescentes en oposición a la ley penal ha venido elaborando sus propios conceptos jurídicos lo que le confiere *su especialidad*, sin que por ello haya abandonado el *ius punale*, como a continuación se expone.

#### 4. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA PARA UBICAR EL SISTEMA DE JUSTICIA DE ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO JURÍDICO EXACTO

Pareciera que este punto es intrascendente, pero no lo visualizo así, por una exigencia de rigor científico, como se anotó.

La clasificación que cotidianamente se hace de las disciplinas del saber jurídico suele aglutinar el derecho penal en el público, hablando del derecho nacional o interno.

Ahora bien, es pertinente preguntarnos: ¿dónde albergamos el nuevo derecho de adolescentes? Porque nadie puede negar su existencia en el mundo normativo, ahí están las disposiciones legales que lo conforman. ¿De qué naturaleza son? Es necesario asignarles una rama específica de la ciencia jurídica.

Esta interrogante no es de ahora, hace tiempo fue planteada, pero nunca fue contestada satisfactoriamente, a mi parecer. Quienes sostuvieron que la justicia de "menores infractores" se albergaba en el derecho administrativo, dieron una explicación formal, a partir de los órganos que la administraban, pero no fue una explicación material ni sustancial.

Mi opinión es que la cuestión de adolescentes en conflicto con la ley penal ha sido y será derecho penal y, dado que hay una tendencia a fijar suficientemente los derechos fundamentales en las constituciones (neo-constitucionalismo), adquiriendo éstos una enorme relevancia, entonces, nuestra materia tiene el rango de *un derecho constitucional penal garantista*.

#### 4.1 DERECHO PENAL. CONCEPTO

Si hacemos un esfuerzo mental, a partir del análisis riguroso del concepto de derecho penal, su desarticulación en sus elementos esenciales y luego los confrontamos con una idea del derecho de adolescentes que incurren en una conducta delictiva, caeremos en la cuenta de que las dos disciplinas comparten en cierta medida esos elementos esenciales.

Se ha dado un sinnúmero de definiciones del derecho penal, sin embargo todas coinciden en sus aspectos elementales, si no, no serían ideas claras de dicha disciplina. Partiendo de los conceptos que muchos tratadistas han dado sobre el derecho penal, se coincide en que éste contiene tres notas esenciales: *los delitos, las penas y las medidas de seguridad*. Para Cuello Calón, por ejemplo (1961: 8), viene a ser: *el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado que determina los delitos y las penas*.<sup>11</sup>

Si se descompone la noción dada, conforme a un método lógico: en el género, la especie y su deferencia específica, que considero muy útil para lograr detectar sus elementos esenciales y esclarecer su naturaleza, tenemos que:

El género es ..... derecho público.

La especie es ..... derecho penal.

La diferencia específica es ..... determinar delitos, sanciones y medidas de seguridad.

Lo anterior significa que el derecho penal constituye una de las especies, al lado del derecho administrativo, del procesal penal, del

---

<sup>11</sup> Cuello Calón, E. *Derecho penal*, novena edición, Editorial Nacional, México, 1961, página 8.

constitucional, etc., que se aglutinan dentro del género, de mayor amplitud: el derecho público, pero todas aquellas especies tienen una *diferencia específica* que las distingue una de la otra. En el caso del derecho penal, como se acotó, se diferencia porque determina los *delitos, las penas y las medidas de seguridad*, esa es su *diferencia específica*; en tanto que el derecho administrativo, por su parte, tiene como *diferencia específica* que reglamenta la organización y funcionamiento del Ejecutivo y los actos de éste en forma de administración pública. La diversificación de las especies: derechos penal, administrativo, civil etc., la hace esa diferencia específica.

#### 4.2 UNA IDEA APROXIMADA DE ESTE DERECHO DE ADOLESCENTES

Pues bien, los elementos esenciales abstraídos del concepto de derecho penal, son perfectamente aplicables al nuevo derecho de adolescentes. En otras palabras, esta disciplina que se ha pretendido es independiente de aquélla, regula lo mismo que los elementos esenciales del concepto de derecho penal: *los delitos, las penas o medidas de seguridad* y en cambio es ajena a las normas relativas al funcionamiento del Ejecutivo y a la administración pública como para poder concluir que se ubica dentro de los linderos del derecho administrativo, tampoco reglamentan aspectos civiles, como cuestión central.

El elenco de normas relativas a adolescentes que incurren en conductas delictuales se vinculan con la leyes que las prevén, tan es así que siempre se ha aplicado un código penal, sin que obste que se les haya denominado por mucho tiempo como "infracciones", y finalmente la normatividad de este sistema se relaciona con las penas o medidas de de tratamiento, aunque eufemísticamente a éstas se les llame "tratamientos, en externación o internación". La internación no deja de ser privación de la libertad y aflicción corporal.

El derecho de los llamados "menores infractores", ahora adolescentes, comparte la naturaleza del derecho penal, de hecho son lo mismo, desde un punto de vista nominativo, en cuanto a sus definiciones, al haber homogeneidad en las notas esenciales que integran los conceptos del derecho de menores y el del penal.

Existe una vinculación esencial, por decirlo de alguna manera, entre el derecho penal general y el nuevo derecho de adolescentes que realizan una conducta tipificada, pues las normas que lo conforman (código penal) entran en acción al momento en que se realiza tal actuar. De la misma forma la mayoría de los principios científicos de la parte general de la legislación penal son o deberían ser aplicables a los ilícitos de los adolescentes, salvo en lo que la legislación especial disponga lo contrario.

Por ello, Raúl Horacio Viñas asienta que: *El derecho penal de menores es el conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevén y regulan la aplicación de distintas formas de reacciones típicas: educativas, reeducativas, terapéuticas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción social del mismo.*<sup>12</sup>

#### 4.3 ALGUNOS PRINCIPIOS GENERALES DEL GARANTISMO PENAL

Para efecto de dar sustento a la hipótesis aventurada conviene enunciar algunos de los principios sustanciales que deben estructurar un derecho penal garantista moderno, en general, sin hacer un abordaje exhaustivo porque no es el objetivo de este breve trabajo.

En el marco del actual concepto de *estado de derecho constitucional democrático* que, por cierto, hace primitiva la idea de simple *estado de derecho*, ahora, más que nunca se requiere diseñar un derecho penal garantista que se acerque a un esquema ideal, que a su vez funcione como criterio *contrafáctico* para medición de nivel de garantismo de cualquier sistema punitivo. Los principios que caracterizan un estado moderno de derecho son denominados *ético-jurídicos* por Ferrajoli.

Para el autor de la obra *Derecho y Razón*, estos axiomas deben estar contenidos, *sine qua non* en cualquier sistema garantista penal para ser calificados como tal, porque *la función específica de las garantías en el derecho penal en realidad no es tanto permitir o legitimar*

<sup>12</sup> Horacio Viñas, R. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1983, página 12.

como más bien condicionar o vincular y, por tanto, desvincular, el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.<sup>13</sup>

Estos principios fueron contruidos, a partir de las máximas como la del *nullum crimen, nulla poena sine lege* que la mayoría de los juristas ya conocemos y que datan de los siglos XVII y XVIII, concebidas por el pensamiento *iusnaturalista* para limitar el poder absoluto del Estado, mismos que se fueron incorporando paulatinamente en las constituciones y códigos de la mayoría de los estados, pero aún no se logra hoy en día su total inserción.

El autor italiano formula las diez máximas latinas, tales como: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla Lex (poenale) sine necessitate, nulla necessitas sine iniuria, nulla iniuria sine actione, etc.* de las cuales desprende en forma lógica los principios de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; de *legalidad*; de *necesidad* o de economía del derecho penal; de *lesividad* u ofensividad del acto; de *materialidad* o exterioridad de la acción; de *culpabilidad* o de responsabilidad de la acción; de *jurisdiccionalidad*; *acusatorio* o separación entre juez y acusación; de la *carga de la prueba* o de verificación; del *contradictorio* o de la defensa o de la refutación. El delito, ley, necesidad, ofensa, acción y culpabilidad constituyen derecho penal, el resto son condiciones procesales.

Los axiomas ético-jurídicos comprenden implícitamente algunos otros como el de presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, y han generado otros más, dispersos en las legislaciones de los estados modernos.

#### 4.4 PRINCIPIOS QUE DEBEN ANIMAR LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

La justicia de personas menores de edad que incurrn en una conducta tipificada, ha ido evolucionando condicionándose a los postulados de la doctrina imperante. Después de la Segunda Guerra Mundial sobrevino un proceso de especialización de los derechos humanos. Los niños, niñas y adolescentes fueron detectados como

---

<sup>13</sup> Ferrajoli, L., (1990) *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. España: Trotta. Página 92.



una parte del tejido social que, dadas sus condiciones, eran mayormente vulnerables por lo que debían ser especialmente protegidos. Así, se fueron generando diversos documentos como la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, hasta conformarse plenamente la *doctrina de protección integral de la infancia* con cuatro de los más relevantes documentos que contienen los postulados más importantes de esta corriente garantista: la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la asamblea General de dicha Organización en 1989, las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijin) de 1985, las Directrices de Riad y las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, estas dos últimas, aprobadas en 1990.

Sin embargo, la doctrina de protección integral de la infancia no sólo comprende los principios básicos emanados de Naciones Unidas sino que se ha venido nutriendo de importantes aportaciones de los derechos humanos en general y de los avances del garantismo penal, por ello, el nuevo esquema de justicia de adolescentes plasmado en el artículo 18 constitucional y las leyes reglamentarias de las entidades y la federación debe ubicarse en la intersección de la convergencia de estas tres orientaciones.

Algunos de los principios que animan la justicia de adolescentes, tanto en la producción de leyes como en su aplicación son: el interés superior del niño, certeza jurídica, mínima intervención, subsidiariedad, especialización, celeridad procesal, flexibilidad, equidad, protección integral, transversalidad y reincorporación social, los cuales se hallan diseminados en el proyecto de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes y en las legislaciones estatales.

## **5. CONCLUSIÓN. UN DERECHO PENAL ESPECIAL GARANTISTA DE ADOLESCENTES**

Una vez que con rigor lógico-jurídico se ha concluido que el derecho relativo a los adolescentes en conflicto con la ley penal constituye derecho penal, la otra conclusión importante es que contiene

matices que le confieren *especialidad*, ya que se han incorporado los principios emanados de la doctrina de protección de la niñez de Naciones Unidas, que dan mayor protección a los sujetos a los cuales les es aplicable, por ello, se trata de un *derecho penal especial*.

El principio de *especialidad* en la justicia de adolescentes no sólo evoca la necesidad de que los órganos que intervienen en su realización estén debidamente capacitados sino también y sobre todo alude a la adjudicación de derechos humanos *específicos* a este grupo de mayor vulnerabilidad.<sup>14</sup>

Pero, esta disciplina penal también debe nutrirse de las aportaciones de la teoría del garantismo penal, porque si bien esta última se elaboró inicialmente pensando en los adultos, a mayor razón, se debe hacer extensiva, a las personas menores de edad, las cuales no deben quedar en una situación desfavorable con respecto a aquéllos.

Los principios *ético-jurídicos*, en materia de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la norma penal deben regir la aplicación de la ley, limitan el autoritarismo, propiciando el desarrollo de garantías y también legitiman un modelo jurídicamente racional en los niveles sustantivo, procesal y de ejecución.<sup>15</sup>

De esta forma, para que la justicia de adolescentes en México verdaderamente alcance el rango de garantista, ha de situarse en la intersección en que convergen tres vertientes: la doctrina de Naciones Unidas, cuyos principio de manera genérica se han enlistado, los principios elementales del derecho penal garantista y los constantes avances de los derechos humanos en general, sin negar la verdadera naturaleza de este sistema de justicia. Estamos ante un derecho penal especial garantista.

---

<sup>14</sup> González Contró, M. "Conferencia relacionada con los cursos de justicia para adolescentes", marzo de 2007. Portal de Internet del Consejo de la Judicatura Federal: [www.ijf.cjf.gob.mx](http://www.ijf.cjf.gob.mx)

<sup>15</sup> Cfr. González Placencia, L. "Justicia penal para adolescentes en conflicto con la ley penal", en *Iter Criminis*, núm. 3, tercera época, enero- febrero, 2006, páginas 89-125.



# Paternalismo justificado y autonomía de la persona

Mario Vásquez García\*

## 1.- INTRODUCCION

Mi intención en el presente ensayo es hacer un breve análisis acerca del paternalismo jurídico, y la forma en que éste ha sido justificado teóricamente, y cómo ha sido combatido por el argumento del respeto a la autonomía de la persona. Para ello, formularé algunas consideraciones personales y haré una apresurada revisión del material bibliográfico disponible. El tema del paternalismo puede tener hoy día muchas connotaciones políticas y por lo tanto cobrar una gran importancia estudiarlo.

Brevemente haré algunas precisiones acerca de los distintos conceptos que sobre el particular han hecho diversos teóricos del derecho, y por otra parte, pretendo establecer la afinidad del paternalismo con determinadas corrientes filosóficas de pensamiento, pues no hay que pasar por alto la diversidad teórica sobre el particular y que, en consecuencia, en cada sociedad los conceptos de derecho, moral, justicia, ética, deber ser, etcétera, son distintos, y que la clase económicamente dominante, en un momento determinado, impone valores que cree fundamentales y conceptualiza de diversa forma los términos acabados de mencionar, y que concurren en esa determinación, la intervención del Estado que asume muchas veces como política educativa de una época cómo deben comportarse los miembros de la sociedad.

---

\* Defensor Público Federal.

## 2.- CONSIDERACIONES SOBRE EL PATERNALISMO JUSTIFICADO

El paternalismo jurídico se ha entendido como la forma de intervención coactiva del Estado en el comportamiento de los hombres que integran una sociedad, teniendo como fin, el que no sólo no se cause un daño a terceros, sino, además, que éste mismo no se dañe, no se cause un mal, voluntaria o involuntariamente, consciente o inconscientemente. Así, Rousseau desde el siglo XVIII ya aludía a este concepto cuando se refería a la *autoridad paternal*, a la bondad del monarca. En este sentido este pensador ginebrino ya apuntaba, en su célebre *Contrato Social*, diversas observaciones que tienen que ver precisamente con el paternalismo, pero vistas desde una óptica eminentemente social y política, y que precisamente lo movieron para estudiar al Estado y proponer su esquema de organización y la función que debieren ejercer los órganos de éste.

Así afirmaba: “La familia es pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, el pueblo la de los hijos, y todos, habiendo nacido iguales y libres, no enajenan su libertad sino en cambio de su utilidad. Toda la diferencia consiste en que, en la familia, el amor paternal recompensa al padre de los cuidados que prodiga a sus hijos, en tanto que, en el Estado, es el placer del mando el que suple o sustituye este amor que el jefe no siente por sus gobernados. Grotio niega que los poderes humanos se hayan establecido en beneficio de los gobernados, citando como ejemplo la esclavitud.[...] Tal era el parecer de Hobbes. He allí, de esta suerte, la especie humana dividida en rebaños, cuyos jefes los guardan para devorarlos. Como un pastor es de naturaleza superior a la de su rebaño, los pastores de hombres, que son sus jefes, son igualmente de naturaleza superior a sus pueblos. Así razonaba, de acuerdo con Filón, el emperador Calígula, concluyendo por analogía, que los reyes eran dioses o que los hombres bestias. El argumento de Calígula equivale al de Hobbes y Grotio. Aristóteles, antes que ellos, había dicho también que los hombres no son

naturalmente iguales, pues unos nacen para ser esclavos y otros para dominar”.<sup>1</sup>

El paternalismo para Rousseau es, pues, el amor compasional del Estado hacia los hombres, y es precisamente a través del *placer del mando*, ejercido a través de la autoridad paternal. Y no sólo esto, sino que ya concebía de manera concreta la intervención del Estado para regular la conducta de los hombres, e incluso, calificar su incapacidad para poder discernir entre lo que es bueno y malo para ellos, así asentaba: “Decir que un hombre se da a otro gratuitamente, es afirmar una cosa absurda e inconcebible: tal acto sería ilegítimo y nulo, por la razón única de que el que la lleva a cabo *no está en su estado normal* (el subrayado es mío). Decir otro tanto de un país, es suponer un pueblo de locos y la locura no hace derecho. Aun admitiendo que el hombre pudiera enajenar su libertad, no puede enajenar la de sus hijos, nacidos hombres y libres. Su libertad les pertenece, sin que nadie tenga derecho a disponer de ella. Antes de que estén en la edad de la razón, puede el padre, en su nombre, estipular condiciones para asegurar su conservación y bienestar, pero no darlos irrevocable e incondicionalmente; pues acto tal sería contrario a los fines de la naturaleza y traspasaría el límite de los derechos paternos. Sería, pues, necesario para que un gobierno arbitrario fuese legítimo, que a cada generación el pueblo fuese dueño de admitir o rechazar sus sistemas, y en caso semejante la arbitrariedad dejaría de existir”.<sup>2</sup>

Para Rousseau, el Estado no puede reconocer como válidos y buenos, los actos ejecutados por los hombres, si bien para éstos pueda tratarse de un acto benéfico en sí, pues la intromisión daña a la naturaleza humana, la dignidad humana, como lo es, en su referencia, la libertad personal, y más allá cuando lo prohíbe, asumiendo un papel paternal, de censurar conductas que pudieren ser adoptadas por otros hombres. Rousseau se refiere también al derecho de los padres de imponer modelos de conducta a los hijos que no estén

<sup>1</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*. Editorial Porrúa. México. 1982 página 4.

<sup>2</sup> Op. Cit. página 6.

en edad de razonar, para lograr su conservación y bienestar.

Ernesto Garzón Valdés nos dice que: “la aparición del llamado «neoconservadurismo» y su consecuente esfuerzo por dismantelar el Estado Social, considerado también como una forma moralmente inaceptable de «agresión paternalista» (R, Nozick 1974, 34), por una parte, y la existencia en nuestras sociedades de medidas francamente paternalistas que parecen tener un elevado grado de plausibilidad (tales como la prohibición de la venta de drogas, la imposición del uso de cinturones de seguridad en los automóviles o la obligación de hacer aportes jubilatorios, las disposiciones sobre la incapacidad jurídica de los débiles mentales, pródigos, alcohólicos o drogadictos) por otra, ha reactualizado la lectura de Mill y encendido una vez más la polémica acerca de si debe o no admitirse como único principio de justificación ética de la coacción estatal la prevención o el castigo de daños inflingidos a terceros o si también existen tipos de paternalismo que son justificables éticamente”.<sup>3</sup>

Ahora bien, es preciso establecer el objetivo de tal institución, y se ha dicho que éste consiste en imponer prohibiciones y mandatos para asegurar la igualdad entre desiguales, sean éstas de carácter físico, intelectual o económico, y con el fin también de evitar el daño, sea para éstos o para terceras personas. En efecto, las teorías que analizamos se orientan predominantemente a referir el paternalismo desde el punto de vista de la libertad del hombre pero no profundizan en cuanto a la necesidad de éste para lograr la igualdad entre desiguales, por lo menos en algún aspecto, ni tampoco desde el punto de vista de la consciencia del protegido de ésta.

Analizando las diferentes posiciones que sobre el tema existen, cabe resaltar entre ellas, la de Ernesto Garzón Valdés, que señala: “El problema del paternalismo jurídico suele ser tratado dentro de un contexto más amplio, es decir, el de una posible función moralizante del orden jurídico, que no se limitaría a procurar a prevenir daños físicos, psíquicos o económicos, sino que también podría pro-

---

<sup>3</sup> Apud. Garzon Valdés, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, página 362.

hibir conductas por considerarlas intrínsecamente inmorales. Como es sabido Lord Devlin ha sostenido esta posición que ha sido llamada «moralismo jurídico» [...]. Ejemplos al respecto pueden ser la prohibición de la homosexualidad entre adultos, de sex-shows o de actividades sexuales como la de Miss Tan, quien en un periódico londinense publicó el siguiente anuncio: “Entusiasta de la humillación mi pasatiempo favorito es humillar y disciplinar hombres maduros y sumisos, fuertemente atados; dama encantadoramente bronceada invita humildes solicitantes, TV y ropa de cuero. 12 del mediodía hasta 7 de la tarde”. Se consideró que los servicios prestados por Miss Tan eran de naturaleza ‘particularmente repugnantes y perversos’ y aun cuando los clientes se sometían a ellos por su propia voluntad y pleno conocimiento, significaban un insulto a la decencia pública. Miss Tan fue condenada a seis meses de arresto domiciliario y los voluntarios candidatos a ser humillados se vieron privados de sus servicios. Existen otras dos formas de intervención coactiva relacionadas, aunque no idénticas, con el paternalismo jurídico propiamente dicho: cuando el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio (físico, psíquico o económico) del destinatario de la medida en cuestión; y el perfeccionismo: siempre es una buena razón en apoyo de una prohibición jurídica sostener que es probablemente necesaria para perfeccionar el carácter de la persona a quien se la impone. En estos dos tipos de intervenciones la idea de aumentar o promover el bien es la decisiva y es considerada por algunos como la única justificación éticamente admisible”.<sup>4</sup>

Sin embargo, desde otros puntos de vista, el paternalismo jurídico ha sido combatido por ser considerado como un factor que rompe el principio de igualdad en una sociedad democrática, por ejemplo los utilitaristas, entre ellos Mill, han dicho que el hombre es el mejor juez para discernir lo que daña o no a sus intereses y que las interferencias de la sociedad para anular esa capacidad están mal aplicadas a los casos individualizados y que por lo tanto sería más

---

<sup>4</sup> Op. Cit. página 363.



provechoso dejar al hombre vivir como le parezca bien y no obligarle a vivir como le parezca bien al resto de la humanidad.

Sin embargo, como veremos más adelante, estas argumentaciones son plenamente falsas, ya que John Stuart Mill no considera los factores importantes que determinan la justificación del paternalismo, esto es, no toca la circunstancia del daño a terceros que puede provocar la conducta del hombre, tampoco toca el daño que a sí mismo se puede provocar el hombre y tampoco estudia el hecho de la racionalidad o conciencia que ese hombre tenga al asumir su conducta, pues si bien alude a comportamientos que considera buenos, estos no significan efectivamente contenidos de racionalidad sino de conveniencias e intereses individuales.

Por otra parte, los teóricos que argumentan el respeto a la autonomía de la persona combaten el paternalismo argumentando que el Estado destruye la autonomía individual, esto es, la facultad para ejercer su capacidad de acción y de elección; y por otra parte que la conducta desplegada por el hombre esté conforme a la moral, pues dicen, no debe confundirse autonomía con libertinaje, y entraría aquí la discusión sobre si el paternalismo y la argumentación acerca de la autonomía de la persona son verdaderamente compatibles o incompatibles si el concepto de moral es el mismo en ambos casos. En otras palabras, se discutiría –por parte de quienes defienden el argumento de la autonomía de la persona–, si el contenido moral de las medidas paternalistas está de acuerdo con la moral que predicán. Creo que en este caso no se atacarían estas medidas, sino que se entraría en la discusión directa acerca de lo que es la moral, lo bueno y lo justo, y en consecuencia a la discusión del contenido del derecho, que como lo sugiere Martín Diego Farrel, desplaza el problema al ámbito de la moral y hace de la norma jurídica dependiente de la norma moral, lo que permitiría plantear la pregunta de ¿por qué obedecer al derecho?

Por último, el paternalismo también es combatido pues según algunos teóricos, viola el principio de igualdad en la sociedad pues supone relaciones de supra y subordinación entre los miembros de

la sociedad, lo que no puede ser en una sociedad que se precie de ser democrática, y que el castigo que se inflige a un individuo no puede justificarse moralmente basándose exclusivamente en la circunstancia de que haya cometido una ofensa.

Sin embargo, los argumentos que se acaban de reseñar resultan, desde nuestro punto de vista, falsos, pues por una parte, contrariamente a lo alegado por los utilitaristas, es erróneo considerar que los hombres actúen de manera racional y voluntaria en todos los actos de su vida, de donde pudiere exigirse el respeto absoluto a las decisiones de los hombres en relación a lo que daña o no a su persona o intereses, aun cuando esto dañe la dignidad de la persona misma. Por otra parte, si bien el respeto a la autonomía de la persona es necesario para el desarrollo del hombre, para su satisfacción y sobrevivencia, también es preciso señalar que es un exceso decir que el paternalismo jurídico es injustificable y que atenta contra la autonomía de la persona cuando éste conlleva en sí, poner en un plano de igualdad a desiguales (por circunstancias físicas, intelectuales o factores económicos) o simplemente, cuando se procura que la misma persona no se cause un daño a sí mismo, y tampoco lo cause a terceras personas, el resultado de la acción humana (independientemente de la intervención del Estado), pues si bien el paternalismo prevé que no se produzca un daño, buscando establecer condiciones de igualdad en una sociedad de desiguales, por lo que el argumento contra el paternalismo de Garzón Valdés resulta prejuicioso cuando afirma que: “si el consentimiento anterior de la persona en cuestión justifica la intervención paternalista del Estado, podría avanzarse por esta vía y sostener que en todos los casos en los que existió este consentimiento en realidad no puede hablarse ni siquiera de paternalismo, ya que éste exige, por definición, la posibilidad de un daño y nadie puede dañarse voluntariamente”<sup>5</sup> pues como hemos anotado, el hombre, voluntaria y conscientemente, despliega conductas que sabe le pueden provocar un daño, y sin

---

<sup>5</sup> Op. Cit. página 369.

embargo las ejecuta, entonces la intervención del Estado se justifica, lo quiera o no el hombre, cuando el Estado tendrá que intervenir en el resultado dañoso, pues éste pone en movimiento la maquinaria estatal como en el supuesto de conocer de un accidente automovilístico causado por una persona en estado de ebriedad o intoxicación, con todas las consecuencias inherentes al mismo, como el de intervenir en el hecho delictuoso, levantar lesionados y cadáveres resultado de la conducta humana, etcétera.

He de precisar brevemente que el paternalismo ha sido justificado por diversos doctrinarios que han acogido y aceptado los casos que se refieren a la intervención del Estado tratándose de ignorantes, pusilánimes y débiles mentales, sin embargo, cabría aquí ejemplificar el caso de la intervención estatal para prohibir el uso de drogas, o bien, un caso similar, la venta indiscriminada de fármacos que deben estar indicados médicamente; que bien pudiese argumentarse, desde la óptica de la autonomía de la persona, que el hecho de ingerir bebidas alcohólicas o bien otro tipo de drogas (fármacos por ejemplo) debe estar al libre albedrío de todo ser humano, porque esa es su voluntad y su requerimiento para sentirse satisfactoriamente, pero de no existir tal intervención del Estado, y permitirse de manera irrestricta el uso de diversas drogas, la persona perdería, temporal o definitivamente, parcial o totalmente, su capacidad de acción y de elección, y en consecuencia, ésta no tendría ya autonomía que ejercer, pues debe precisarse que quien carece de capacidad de raciocinio no puede validamente ejercer autonomía alguna. He aquí entonces el planteamiento de nuestro trabajo: *El ejercicio de la autonomía de la persona debe ser absolutamente consciente, voluntario, racional y libre de vicios, que no atenten, no sólo contra los intereses de terceros sino además, no atenten contra la persona misma que despliega la conducta, ni contra la dignidad del ser humano, pero como es fácil advertir: ¿ hasta qué punto es consciente un drogadicto o un alcohólico, para percibir no sólo el mal físico que le ocasiona el consumo de tales drogas, sino además, el problema de salud pública que determina el problema en su conjunto?, ¿sería enton-*

ces justificable o no la intervención del Estado en restringir la venta, la distribución y a su vez el consumo de este tipo de drogas, violando el derecho de toda persona a ingerirlas en la forma y medida que desee, si no afecta a persona alguna? Y cabría también cuestionar entonces la forma en que indudablemente se violaría la autonomía de la persona que es internada, contra su mercedada voluntad, en algún centro de ayuda a este tipo de enfermos, pues en estos casos se actúa directamente contra la voluntad de ellos e incluso ejerciéndose violencia física y moral; sin embargo, en éste, como en muchos otros casos, la intervención del Estado para coaccionar ciertas conductas es precisa y necesaria, no sólo para preservar la salud en general con medidas como son la prohibición en bares de venta de licores a menores de edad, la prohibición, por ley, de fumar en lugares públicos cerrados. Sin embargo es preciso también señalar que no es del todo justificable moralmente la existencia del paternalismo jurídico cuando con tal figura se pretenden imponer supuestos valores “*morales*” que sólo lo son a los gobernantes en turno, tal como sucede en los casos en que se han impuesto, por parte de la derecha recalcitrante, so pena de arresto administrativo y otras sanciones de esa naturaleza, la prohibición del uso para las mujeres, de faldas cortas o minifaldas, en las oficinas públicas, por despertar, según éstos, las más bajas pasiones sexuales humanas; o bien, como en el caso de la ciudad de Guadalajara, donde la autoridad municipal prohibió al público proferir groserías e insultos en lugares públicos como los estadios de fútbol, e incluso, prohibir el tránsito de personas en la ciudad después de las diez de la noche bajo el pretexto de proteger a la ciudadanía de la delincuencia. Medidas que tienen que ver más con tendencias *moralizantes* que con medidas para eliminar precisamente daños a terceros; además de que este tipo de medidas que carecen de explicación suponen válidamente un obrar autoritario, como porque los mensajes que contienen se dirigen en forma indiscriminada a receptores ubicados en condiciones de una igualdad de circunstancias que no existen en la realidad.

“Si se admite que es posible que alguien se dañe voluntariamente, es decir, se acepta la segunda versión de la máxima «volenti», y al mismo tiempo se desea poner el acento en la importancia del respeto de la autonomía de la persona, podría centrarse la argumentación justificante de algunos tipos de paternalismo en el consentimiento expreso o hipotético de quien es tratado paternalistamente. Esta es la vía seguida por Gerald Dworkin «La noción básica de consentimiento es importante y me parece ser la única vía aceptable para tratar de delimitar el área del paternalismo justificado». Es obvio que, por definición este consentimiento no puede ser otorgado en el momento en que se aplica la medida paternalista. [...] Y puede, por supuesto, suceder que una vez pasado un tiempo, después de aplicada la medida paternalista quien fue objeto de la misma reconozca que ella fue acertada. Con el otorgamiento de su consentimiento, la medida paternalista quedaría justificada”.<sup>6</sup>

Rodolfo Vázquez precisa: “El reconocimiento del principio de autonomía personal excluye la posibilidad de afirmar tesis perfeccionistas o paternalistas no justificadas. Tanto el perfeccionismo como el paternalismo suponen que no sólo existen planes de vida que son mejores que otros, y que constituyen la realización de ideales de excelencia, sino que en el primer caso se supone que esos ideales han de ser impuestos para obligar a las personas a ser mejores, y en el segundo para evitar que se dañen a sí mismos. El punto de vista liberal no sostiene que el derecho debe ser indiferente a pautas y principios morales válidos y que la inmoralidad de un acto es irrelevante para justificar su punición jurídica. Implica, en cambio, limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que cada individuo profesa, no deben ser según este punto de vista, impuestos por el Estado, sino que deben quedar librados a la elección personal y en todo caso ser materia de discusión en el contexto social.

---

<sup>6</sup> Cf. Op. Cit. página 370.

Ahora bien, el enunciado del principio de autonomía no excluye que el individuo acepte libremente la imposición de ciertos sacrificios”.<sup>7</sup>

Finalmente, el principio de la autonomía de la voluntad presenta, para su ejercicio, una serie de problemas. Primero, ¿cuál sería la edad en la cual los individuos estarían en posibilidad de tomar decisiones autónomas? Si se adopta una postura jusnaturalista pura se podría conceptuar que como facultad inherente o consubstancial al hombre le corresponde desde siempre, en todo momento. Si se responde ateniéndose al principio legal de la capacidad de ejercicio, entonces se estaría privilegiando una solución jurídica, inherente a una disposición o una prescripción hecha por un legislador, esto es una medida de un conjunto de hombres para normar la conducta de otros, y en consecuencia con la posibilidad de ser encuadrada dentro del paternalismo. Ambos argumentos son fuertes.

En el primer supuesto debe considerarse que tal doctrina carecería de fundamentación pues es evidente que el hombre madura lentamente y es incapaz de tomar decisiones y asumir conductas con plena consciencia de sus actos y de la trascendencia y resultados de éstos hasta la edad adulta, y esto aunado a haber experimentado durante los años anteriores diversas situaciones y a tener la posibilidad de llegar a la madurez bajo condiciones de buena alimentación, cultura, educación, necesarios para asimilar un concepto de vida, del entorno social, de sus posibilidades individuales, etc., mismas que son una especie de prerequisites para el supuesto ejercicio de la autonomía de la voluntad. En el segundo caso, se contempla la acción coactiva del Estado en la conducta que deben asumir los hombres, esto es, la conducción directa y principal la ejerce el Estado, aun en la educación de los niños y adolescentes, substituyendo a los padres en la toma de decisiones y en el ejercicio de la formación y educación de los hijos. Más aún, el carácter prescriptivo de las normas jurídicas atañe a todos los individuos que integran un Estado, por tanto, quedan sometidos a determinado

<sup>7</sup> Vazquez, Rodolfo. *La educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*. Distribuciones Fontamara. México. 1997. página 41.

régimen normativo, que también supone una visión paternalista substitutiva de las voluntades particulares de los individuos. Tanto el paternalismo como el argumento de la autonomía de la persona poseen en el fondo la misma intencionalidad, en virtud de que si la defensa de la autonomía de la voluntad se reduce al ámbito de la decisión individual, resulta intrascendente; sólo cuando tiene una dimensión general, esto es cuando todos los individuos que forman una colectividad asumen la autonomía como regla de conducta, su defensa cobra sentido histórico y social, pero asume formas genéricas sólo cuando se transforma en política de Estado y por tanto adolece del mismo vicio pues resulta de una imposición, no importa que se argumente que sea lo más favorable al individuo.

## La inconstitucionalidad de la obligación de tener máquinas registradoras de comprobación fiscal, prevista en el artículo 134 de la Ley del Impuesto sobre la Renta

*Jorge Aristóteles Vera Martínez\**

### INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordará un tema que a mi consideración, presenta un problema de inconstitucionalidad que propicia una afectación al patrimonio de los contribuyentes que se ubiquen en la hipótesis de tributar en el Régimen Intermedio de las Personas Físicas con actividades empresariales previsto en la Ley del Impuesto sobre la Renta y decidan optar por el mismo.

Se afirma lo anterior debido a que el artículo 134 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta prevé que todos aquellos contribuyentes personas físicas que realicen exclusivamente actividades empresariales cuyos ingresos obtenidos en el ejercicio inmediato anterior por dichas actividades no hubiesen excedido de \$4,000.000.00, aplicarán las disposiciones del Título IV, Capítulo II, Sección I, del capítulo y podrán aplicar en lo referente a la contabilidad, lo previsto en dicho artículo.

Aparentemente este artículo prevé un beneficio para las personas que opten por utilizar este esquema de tributación ya que permite simplificar el control contable de las operaciones del contribuyente; sin embargo, lejos de facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de las personas físicas con actividades empresariales, cuya capacidad administrativa es reducida en virtud

---

\* Asesor Jurídico Federal.



de los bajos ingresos que obtienen, a estos se les impone una carga adicional como lo es la obligación de utilizar máquinas registradoras de comprobación fiscal.

Se dice que esta obligación es violatoria de los principios de equidad y de legalidad debido a que impone cargas adicionales a las personas cuya capacidad contributiva es reducida y por ello optan por tributar en el régimen en comento, alejándose dicha disposición del fundamento y motivo por el cual fue creado este régimen intermedio.

Respecto de la obligación de las máquinas registradoras de comprobación fiscal, se han emitido por el máximo Tribunal del país diversas jurisprudencias que han establecido que éstas no son inconstitucionales, no obstante lo anterior, considero importante analizar este tipo de cargas inadecuadas para los contribuyentes desde un punto de vista que más allá de formalismos judiciales, pueda servir como un mero referente de las injusticias que han llevado a este país a tener un sistema fiscal sumamente complejo y poco efectivo que lo único que propicia es la evasión ante la dificultad de cumplir con las obligaciones tributarias.

Así mismo, considero importante referir que seguramente, de impugnar dicho artículo por algún medio de defensa legal, las autoridades que resolvieran estos asuntos, nuevamente acudirían a formalismos “legales” afirmando que no existe violación a ninguna garantía constitucional debido a que la obligación de utilizar las máquinas registradoras de comprobación fiscal únicamente sería para aquellos contribuyentes que “voluntariamente optaran” por tributar bajo el Régimen Intermedio.

Sin embargo lo que se pretende con este trabajo no es tener la verdad absoluta de un aspecto meramente subjetivo respecto del tema que nos ocupa, sino por el contrario, plantear las situaciones legales, acordes con la exposición de motivos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, para poder llegar a la conclusión de lo que a mi parecer, resulta ser una disposición inconstitucional, más allá de que el régimen en comento sea o no una opción para los contribuyentes que puedan sujetarse al mismo.

## DESARROLLO DEL TEMA

El artículo 134 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta prevé:

*“Artículo 134. Los contribuyentes personas físicas que realicen exclusivamente actividades empresariales, cuyos ingresos obtenidos en el ejercicio inmediato anterior por dichas actividades no hubiesen excedido de \$4'000,000.00, aplicarán las disposiciones de la Sección I de este Capítulo y podrán estar [sic] a lo siguiente:*

*I. Llevarán un solo libro de ingresos, egresos y de registro de inversiones y deducciones, en lugar de llevar la contabilidad a que se refiere la fracción II del artículo 133 de esta Ley.*

*II. En lugar de aplicar lo dispuesto en el tercer párrafo de la fracción III del artículo 133 de esta Ley, podrán anotar el importe de las parcialidades que se paguen en el reverso del comprobante, si la contraprestación se paga en parcialidades.*

*(REFORMADA, D.O.F. 30 DE DICIEMBRE DE 2002)*

*III. No aplicar las obligaciones establecidas en las fracciones V, VI, segundo párrafo y XI del artículo 133 de esta Ley.*

*(REFORMADO, D.O.F. 30 DE DICIEMBRE DE 2002)*

*Para los efectos de este artículo, se considera que se obtienen ingresos exclusivamente por la realización de actividades empresariales cuando en el ejercicio inmediato anterior éstos hubieran representado por lo menos el 90% del total de sus ingresos acumulables disminuidos de aquéllos a que se refiere el Capítulo I del Título IV de esta Ley.*

*(REFORMADO, D.O.F. 30 DE DICIEMBRE DE 2002)*

*Los contribuyentes a que se refiere esta Sección que en el ejercicio inmediato anterior hubiesen obtenido ingresos superiores a \$1'750,000.00 sin que en dicho ejercicio excedan de \$4'000,000.00 que opten por aplicar el régimen establecido en esta Sección, estarán obligados a tener máquinas registradoras de comprobación fiscal o equipos o sistemas electrónicos de registro fiscal. Las operaciones que realicen con el público en general deberán registrarse en dichas máquinas, equipos o sistemas, los que deberán mantenerse en todo tiempo en operación.*

*El Servicio de Administración Tributaria llevará el registro de los contribuyentes a quienes corresponda la utilización de máquinas regis-*

*tradoras de comprobación fiscal así como de los equipos y sistemas electrónicos de registro fiscal y éstos deberán presentar los avisos y conservar la información que señale el Reglamento de esta Ley. En todo caso, los fabricantes e importadores de máquinas registradoras de comprobación fiscal, equipos y sistemas electrónicos de registro fiscal, deberán conservar la información que el Servicio de Administración Tributaria determine mediante reglas de carácter general”.*

Como se puede advertir, esta disposición contempla que los contribuyentes personas físicas que realicen exclusivamente actividades empresariales, cuyos ingresos obtenidos en el ejercicio inmediato anterior por dichas actividades no hubiesen excedido de \$4'000,000.00, aplicarán las disposiciones de la Sección I del Capítulo relativo a los ingresos por actividades empresariales y profesionales de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y podrán llevar un solo libro de ingresos, egresos y de registro de inversiones y deducciones, en lugar de llevar la contabilidad a que se refiere la fracción II del artículo 133 de esta Ley; además, en lugar de aplicar lo dispuesto en el tercer párrafo de la fracción III del artículo 133 de esta Ley, podrán anotar el importe de las parcialidades que se paguen en el reverso del comprobante y si la contraprestación se paga en parcialidades y como último beneficio se establece que no se aplicarán las obligaciones establecidas en las fracciones V, VI, segundo párrafo y XI, del artículo 133 de la ley.

Hasta este momento, todo parece indicar que este esquema es una verdadera opción de simplificar el registro de las operaciones contables que realicen las personas que opten por tributar en este régimen.

Sin embargo, posteriormente prevé el artículo que los contribuyentes a que se refiere la Sección en comento de la Ley del Impuesto Sobre La Renta, si en el ejercicio inmediato anterior obtuvieron ingresos superiores a \$1'750,000.00 sin que en dicho ejercicio excedan de \$4'000,000.00 que opten por aplicar el régimen establecido en esta Sección, estarán obligados a tener máquinas registradoras de comprobación fiscal o equipos o sistemas electrónicos de registro

fiscal, rompiendo con ello el motivo por el cual se estableció este régimen de tributación.

La exposición de motivos de la reforma fiscal para el ejercicio fiscal 2002, en la que se pretendió establecer la Nueva Hacienda Pública Distributiva,<sup>1</sup> que posteriormente dio lugar al nacimiento de la nueva Ley del Impuesto Sobre la Renta, estableció respecto del régimen que nos ocupa, lo siguiente:

“[...]

B) *Impuesto sobre la renta de las personas físicas*

[...]

*Del régimen intermedio*

*Con el objeto de facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de las personas físicas con actividades empresariales, cuya capacidad administrativa es reducida en virtud de los bajos ingresos que obtienen, se propone establecer un régimen fiscal intermedio para estos contribuyentes.*

*Este régimen intermedio será aplicable para quienes en el ejercicio inmediato anterior hubiesen obtenido ingresos por actividades empresariales inferiores a \$4 '000,000.00.*

*Los contribuyentes que se ubiquen en los supuestos para tributar en el régimen intermedio, en lugar de llevar la contabilidad en los términos del Código Fiscal de la Federación, podrán llevar exclusivamente un libro de ingresos, egresos y de registro de inversiones y deducciones.*

*Asimismo, no estarán obligados a proporcionar información sobre sus principales clientes y proveedores, ni de operaciones realizadas con partes relacionadas.*

*Además, con el objeto de fomentar el crecimiento económico de los contribuyentes afectos a este régimen, se propone que los mismos deduzcan las inversiones en la misma forma en que deducen las compras y los gastos, es decir, en el momento en que sean efectivamente erogados.*

*Resulta de gran importancia destacar que el régimen de contribuyentes intermedios que se propone en la Nueva Ley del Impuesto sobre la*

<sup>1</sup> Cámara de Diputados, Exposición de Motivos, México, D.F., a 5 de Abril del 2001, Iniciativa del Ejecutivo, Exposición General de la Propuesta de la Nueva Hacienda Pública Distributiva.

*Renta, no se encuentra limitado a contribuyentes que realicen operaciones con el público en general. Es decir, estos contribuyentes podrán emitir comprobantes con los requisitos que para las deducciones y los acreditamientos establecen las disposiciones fiscales. De esta manera, el régimen intermedio podrá ser aplicado para que las personas físicas con actividades empresariales se incorporen en las cadenas de integración y comercialización de productos”.*

Siendo claro que de la exposición de motivos referida tenemos que el Régimen Intermedio de las Personas Físicas se creó con el objeto de facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de las personas físicas con actividades empresariales, cuya capacidad administrativa es reducida en virtud de los bajos ingresos que obtienen; asimismo se estableció que los contribuyentes que se ubicaran en los supuestos para tributar en el régimen intermedio, en lugar de llevar la contabilidad en los términos del Código Fiscal de la Federación, podrán llevar exclusivamente un libro de ingresos, egresos y de registro de inversiones y deducciones.

Así pues, si el fin con el que se creó el régimen en comento fue con el objeto de facilitar el cumplimiento de obligaciones fiscales para quienes obtuvieran bajos ingresos para que en caso de optar por este régimen, se llevara exclusivamente un solo libro contable, resulta ser que la obligación impuesta para utilizar además una máquina registradora de comprobación fiscal, deviene violatoria de lo que dispone el artículo 25 Constitucional al no adecuarse la norma a los motivos para los que fue creada y los fines que se persiguieron con la misma.

En efecto, los motivos por los que se creó la norma de acuerdo con la exposición de motivos se sustentan en facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de las personas físicas con actividades empresariales, cuya capacidad administrativa es reducida en virtud de los bajos ingresos que obtienen.

Por otro lado, los fines de la creación de dicho régimen intermedio fueron para que esas personas, en lugar de llevar la contabilidad en los términos del Código Fiscal de la Federación, pudieran

llevar exclusivamente un libro de ingresos, egresos y de registro de inversiones y deducciones.

Por ello, en el particular, el párrafo sexto del artículo 134 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, vulnera el principio de legalidad contenida en el artículo 25 del texto constitucional.

Para sustentar esta afirmación es menester retomar lo que en su parte conducente dice la exposición de motivos a la que ya me he referido:

*“Además, con el objeto de fomentar el crecimiento económico de los contribuyentes afectos a este régimen, se propone que los mismos deduzcan las inversiones en la misma forma en que deducen las compras y los gastos, es decir, en el momento en que sean efectivamente erogados.*

*Resulta de gran importancia destacar que el régimen de contribuyentes intermedios que se propone en la Nueva Ley del Impuesto sobre la Renta, no se encuentra limitado a contribuyentes que realicen operaciones con el público en general. Es decir, estos contribuyentes podrán emitir comprobantes con los requisitos que para las deducciones y los acreditamientos establecen las disposiciones fiscales. De esta manera, el régimen intermedio podrá ser aplicado para que las personas físicas con actividades empresariales se incorporen en las cadenas de integración y comercialización de productos”.<sup>2</sup>*

Esta exposición de motivos guarda una íntima relación con el texto del artículo 25 Constitucional que en su parte conducente dice:

*“Art. 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.*

*El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las*

---

<sup>2</sup> Ob. Cit.

*actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.*

*Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.*

*[...]*

*La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.*

*La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución”.*

Ahora bien, el texto del sexto párrafo del artículo 134 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta al establecer una obligación no contenida en la exposición de motivos y que contradice la misma al no ser acorde con dicho texto, vulnera la libertad plena de los particulares para su desarrollo comercial al permitir la permanente fiscalización de la autoridad que aun sin estar presente físicamente, sí está presente a través de sus mecanismos que permitirán tener una fiscalización constante en el domicilio del contribuyente causando una afectación a su desarrollo económico.

Esta afectación se encuentra directamente relacionada con la violación al artículo 16 Constitucional que en su parte conducente establece:

*“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.*

Este artículo, prevé como principio la inviolabilidad domiciliaria, mismo que se rompe con la presente disposición ya que con la

obligación de un sujeto pasivo para registrar operaciones en una máquina registradora de comprobación fiscal cuyo uso y adquisición sólo puede autorizar la propia autoridad hacendaria, implica una permanente fiscalización en el domicilio del contribuyente; distinto sería si se le permitiera al sujeto pasivo utilizar una máquina que cumpliera con ciertos requisitos fiscales, sin embargo, al pretender que se obligue a los contribuyentes que opten por tributar al amparo del régimen intermedio de las personas físicas con actividades empresariales que prevé la Ley en comento, usar una máquina autorizada por las autoridades hacendarias, considero que existe violación a la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio al permitirle a la autoridad de una manera constante, permanente y continua, fiscalizar todas y cada una de las operaciones que pudiere registrar la persona que se encontrare sujeta al multicitado régimen.

Además, en la ya citada exposición de motivos, igualmente se establece respecto de las máquinas registradoras de comprobación fiscal que:

*“Máquinas registradoras de comprobación fiscal*

*La estructura del sistema tributario mexicano contiene mecanismos de autofiscalización, que gravitan en torno a la expedición y recepción de comprobantes que amparan las operaciones efectuadas. Así, el primer paso para evitar el pago de impuestos federales es la no expedición de los comprobantes citados. Es por ello que el Código Fiscal de la Federación establece una estricta regulación en materia de expedición y recepción de comprobantes fiscales. Dicha regulación, en ciertos casos, genera una carga administrativa adicional a los contribuyentes cumplidos.*

*Por lo anterior y con el objeto de simplificar el mecanismo de expedición de comprobantes fiscales, al tiempo de mantener instrumentos para combatir en forma directa y eficaz la evasión fiscal, se propone establecer que los contribuyentes con ingresos de más \$1,500,000.00 y hasta \$4,000,000.00 que realicen exclusivamente actividades empresariales, utilicen las máquinas registradoras de comprobación fiscal para registrar todas las operaciones que realicen con el público en general.*

*Con base en lo anterior, los comprobantes emitidos por dichas má-*



*quinas de comprobación fiscal servirán como documento suficiente en la comprobación de ventas al público en general. Cabe señalar que las operaciones registradas en dichas máquinas no pueden ser eliminadas o alteradas, de forma tal que los procesos de fiscalización que en su caso realice la autoridad fiscal resultarán sumamente ágiles en beneficio del contribuyente”.*<sup>3</sup>

Así pues, tenemos aspectos contradictorios en la propia exposición de motivos, a saber:

1.- En relación a la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la única motivación que se da para la creación del régimen intermedio es a fin de que quien se encuentre sujeto al mismo, y por consecuencia obtengan bajos ingresos, pueda de una manera más fácil registrar sus operaciones contables únicamente en un solo libro.

2.- Las máquinas registradoras de comprobación fiscal se imponen como una obligación creada para establecerse en el Código Fiscal de la Federación y con motivo de evitar la evasión fiscal. En este segundo punto es donde se rompe con la garantía de equidad prevista en el artículo 31, fracción IV Constitucional.

Luego entonces, el texto del artículo 134 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta es inconstitucional ya que si lo que se pretende es aminorar la carga para los sujetos personas físicas con actividad empresarial con bajos ingresos para optar por tributar en el régimen intermedio, el establecimiento de una carga administrativa adicional como lo es la imposición de una máquina registradora de comprobación fiscal, de ninguna manera aminora carga alguna, sino todo lo contrario, la adiciona rompiendo con ello el fin de la creación de dicho régimen.

Aunado a lo anterior, el hecho de que tanto en la exposición de motivos ya tantas veces referida, como en el párrafo sexto del artículo 134 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, se haya establecido la obligación de utilizar máquinas registradoras de comprobación fiscal viola, como se ha dicho, el principio de equidad previsto en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

---

<sup>3</sup> Idem.

Para tal efecto, debemos preguntarnos en consecuencia, ¿qué se entiende por EQUIDAD?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que:

*“El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos, deducciones permitidas, plazos de pago, etc., debiendo variar únicamente las tarifas tributarias aplicables, de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula”.<sup>4</sup>*

La equidad se refiere a la igualdad jurídica, el fin supremo que se persigue en la aplicación de este principio es evitar que las leyes en su aplicación no generen un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica, ya que al aplicarse a todos por igual, de manera invariable e inflexible, propicia excesos autoritarios y tratamiento desproporcionado a los particulares, por lo que cuando una norma se estructura de tal manera que produzca en sí misma efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones de desigualdad o disparidad hay discriminación injustificada, siendo que el principio de proporcionalidad nos obliga a que tanto las multas como las contribuciones, deben de estar en proporción con la capacidad contributiva de los sujetos pasivos.

Por ello se afirma que la disposición en análisis es violatoria del artículo 31, fracción IV constitucional en una doble acepción:

- 1.- Respecto de los demás sujetos del impuesto.
- 2.- Respecto de los mismos sujetos que tributen en el régimen intermedio pero que no rebasen sus ingresos en el ejercicio inme-

<sup>4</sup> Jurisprudencia publicada a fojas 256 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, Tomo I.

diato anterior, la cantidad de \$1,750.000.00.

En relación al primer punto, existe inequidad habida cuenta que como se ha comentado, la Suprema Corte ha dicho que el principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, debiendo variar únicamente las tarifas tributarias aplicables, de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado.

Así, tenemos que en el particular, estamos hablando de que cuando no se trate de tarifas aplicables de acuerdo a la capacidad económica de cada contribuyente, todos los sujetos de un mismo tributo deberíamos estar en un plano de igualdad, sin embargo, el artículo en análisis prevé en lo conducente:

*“Los contribuyentes a que se refiere esta Sección que en el ejercicio inmediato anterior hubiesen obtenido ingresos superiores a \$1'750,000.00 sin que en dicho ejercicio excedan de \$4'000,000.00 que opten por aplicar el régimen establecido en esta Sección, estarán obligados a tener máquinas registradoras de comprobación fiscal o equipos o sistemas electrónicos de registro fiscal. Las operaciones que realicen con el público en general deberán registrarse en dichas máquinas, equipos o sistemas, los que deberán mantenerse en todo tiempo en operación”.*

Con ello, se viola el principio de equidad ya que quien se encuentre dentro del régimen intermedio de personas físicas con actividad empresarial y opte por este esquema, es el único sujeto pasivo que se encontrará obligado a utilizar máquinas registradoras de comprobación fiscal, con lo que se da un trato desigual a sujetos del mismo impuesto.

En relación al segundo punto, existe inequidad debido a que no existe motivo alguno para que sólo las personas que dentro de este régimen, hubieren tenido ingresos en el ejercicio inmediato anterior superiores a los \$1,750.000.00, sean las únicas obligadas a utilizar dichas máquinas.

Retomando lo narrado en la exposición de motivos comentada, la finalidad del legislador para establecer la imposición de las

máquinas de comprobación fiscal es evitar la evasión fiscal, entonces no existe motivo para que las personas físicas con actividad empresarial que tributen bajo el régimen intermedio sean las únicas obligadas a la fiscalización permanente mediante tales instrumentos ya que lo mismo puede evadir impuestos un pequeño o un gran contribuyente, que una persona moral o una persona física que tribute bajo el régimen de ingresos asimilados a salarios, o por la prestación de un servicio personal asimilado a salarios, etc., siendo claro que sólo a los sujetos que tributan en el régimen intermedio se les impone como obligación dicha carga administrativa, lo que resulta inequitativo.

En abundancia a lo anterior, si atendemos a que este régimen intermedio se creó con el objeto de facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de las personas físicas con actividades empresariales, cuya capacidad administrativa es reducida en virtud de los bajos ingresos que obtienen, habría que analizar o definir qué se entiende por un nivel bajo de ingreso, en otras palabras, habría que analizar por qué el legislador consideró que \$1,750.000.00, era la cantidad a partir de la cual se debería tener un mecanismo de control contable permanente como lo son las máquinas registradoras de comprobación fiscal y no se señaló una cantidad inferior o una superior, es decir, ¿acaso los que perciben ingresos por \$1,749.999.00 pesos en el ejercicio inmediato anterior no podrían evadir impuestos? o en su defecto, ¿no tiene el mismo carácter de sujeto pasivo una persona que tribute bajo el régimen intermedio y cuyos ingresos sean inferiores a \$1,750.000.00, que uno que perciba mayor cantidad?

Hay que recordar que los parámetros establecidos en cantidades con respecto al sujeto pasivo son legales tratándose de la garantía de proporcionalidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido acerca de la proporcionalidad lo siguiente:

*“La proporcionalidad radica medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva*

*capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos[...] Los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativa superior a los de medianos y reducidos recursos[...] para que en cada caso el impacto sea distinto, no sólo en cantidad, sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos”.<sup>5</sup>*

Siendo claro que sólo los gravámenes pueden ser distintos dependiendo la capacidad económica del sujeto pasivo, sin embargo, tratándose de cargas administrativas, como lo es la obligación de tener en un domicilio del contribuyente una máquina registradora de comprobación fiscal, la ley no debe hacer distinción cuando se trate de sujetos de un mismo tributo, lo que acontece en la especie y en consecuencia, por ello se afirma que el precepto en comento es inconstitucional.

## COMENTARIO FINAL

Considero importante señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto prácticamente de una manera uniforme todos y cada uno de los planteamientos de la ilegalidad de los actos de las autoridades fiscales con respecto a la imposición de las máquinas registradoras de comprobación fiscal argumentando que no son violatorias de garantías individuales, sin embargo aún no existe un pronunciamiento respecto de la inconstitucionalidad del artículo 134, sexto párrafo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y cuando lo haya seguramente resolverá en el mismo sentido que se ha venido haciendo, agregando que no existe violación de garantías si partimos de la base de que este régimen intermedio de las personas físicas con actividad empresarial resulta ser una opción para el contribuyente por lo que si considera que este régimen lo afecta, podrá

---

<sup>5</sup> *Idem.*

no elegirlo y sujetarse el Régimen General de las Personas Físicas con Actividades Empresariales y Profesionales.

No obstante lo anterior, insisto en que dicha disposición es inconstitucional si tomamos en cuenta que, en nuestro sistema legal, la jerarquía de las leyes se encuentra perfectamente delimitada en el artículo 133 Constitucional que establece que:

*“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, 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”.*

Siendo claro que la Ley Suprema otorga la Supremacía a la Constitución, motivo por el cual, si tomamos como referencia que con el solo hecho de que en caso de que un contribuyente desee acogerse al beneficio del régimen intermedio de las personas físicas previsto en la ley del Impuesto Sobre la Renta, le será impuesta una obligación de utilizar como sistema contable una máquina registradora de comprobación fiscal, esto constituye un acto de molestia que debe, para ser legal, observar los requisitos que prevé el artículo 16 Constitucional y en caso contrario, se estaría causando un agravio a la esfera jurídica del gobernado.

Así pues, por la materia de garantías constitucionales debe estarse a la interpretación que favorezca su acatamiento y no a la que facilite su vulneración, más aun, que dentro de la propia Constitución, su parte dogmática es primaria y preferente respecto de las facultades de las autoridades, que deben ajustar sus actos a los lineamientos legales a efecto de no conculcar garantías individuales, de pensar lo contrario, se propiciarían situaciones que crean cargas innecesarias, so pretexto de un supuesto beneficio que se le pueda ocasionar al contribuyente.

Por todo lo anterior considero que es necesario reformar el texto en análisis a efecto de establecer un mecanismo que sin que sea

necesario emitir un acto de molestia ejerciendo verdaderas facultades de fiscalización permanente, pueda lograrse una adecuada recaudación del impuesto, sin que sea necesario “etiquetar” a cierto rubro de contribuyentes como posibles “evasores fiscales”, dándoles un trato distinto al de los demás contribuyentes.

## BIBLIOGRAFÍA

*Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 2001.

*Prontuario Tributario 2007*, Tax Editores Unidos, Cuarta Edición, México, 2007.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, Vigésimoséptima Edición, México 1993.

Carbonell, Miguel, *Constitucion, Reforma Constitucional y Fuentes Del Derecho Mexicano*, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2001.

IUS 2004. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2005.

COMPILA XI. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2005.

## Un contrato de compraventa de esclavo

*José Ovalle Favela\**

Para los lectores mexicanos del siglo XXI resulta verdaderamente sorprendente, por decir lo menos, encontrar un contrato de compraventa, en el cual el objeto no es un bien sino una persona. En este caso la persona objeto del contrato era un esclavo, el cual, aunque fuera realmente persona, era considerado por el derecho novohispano como una simple cosa, sujeto a las leyes de comercio.

A continuación se presenta el contrato de compraventa de esclavo, celebrado el 29 de marzo de 1780 en la ciudad de Celaya, Guanajuato (conocida entonces como Ciudad de la Purísima Concepción de Celaya).<sup>1</sup> El contrato de compraventa fue celebrado por Rosalía de Zúñiga, con la licencia de su esposo Antonio Estrada, como parte vendedora, y por Francisco de la Trinidad Núñez, como comprador. Al esclavo sólo se le describe como un mulatillo, de nombre José Joaquín, color blanco, de 16 años. El contrato fue otorgado ante el escribano real Juan de Dios de Castro y Ochoa.

En la complicada redacción del contrato no se leen antecedentes, declaraciones ni cláusulas. Todo se dice de un solo golpe, mezclando nombres de personas y cargos. Sin embargo, un análisis cuidadoso del documento sí permitiría extraer y aislar tales antecedentes, declaraciones y cláusulas. Entre los antecedentes se podría

\* Miembro de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>1</sup> Este contrato fue encontrado y proporcionado por el doctor Ricardo Franco Guzmán, integrante de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública.



poner el hecho de que el esclavo objeto del contrato de compraventa, era hijo de Bárbara del Espíritu Santo, casada con Joaquín León Español; así como que la vendedora compró el esclavo a María Ana de Oñate, a quien le otorgó poder para hacerlo su esposo Antonio de Oñate. El contrato de compraventa que sirvió de antecedente se celebró el 3 de diciembre de 1765 ante el teniente de alcalde mayor sustituto, quien procedió como juez receptor.

Entre las declaraciones se podría mencionar la de que la vendedora afirma que es “suyo propio dicho esclavo, y que está libre de empeño, censo, hipoteca...”; así como que “no ve vicio, tacha, defecto o enfermedad pública o secreta...” Sólo faltaría que el escribano en sus antecedentes afirmara que en el certificado de gravámenes expedido por el Registro Público de la Propiedad no aparece ningún gravamen que afecte al esclavo.

En el documento abundan los juramentos. La vendedora declara, “bajo juramento que hace por Dios nuestro Señor y la Señal Santa Cruz”, que para el otorgamiento de la escritura “no ha sido compelida, apremiada, inducida, aconsejada o atemorizada por el dicho su marido u otra persona en su nombre, sino que la otorga de su libre y espontánea voluntad...”

Entre las cláusulas se puede destacar de que la vendedora “se obliga a la evicción, seguridad y saneamiento de esta venta, en la mejor y más solemne forma que por derecho pueda y deba ser obligada”.

En forma completamente extraña, la vendedora, al renunciar al “fuero” que le pudiera corresponder por su domicilio, renuncia también a “los auxilios del Emperador Justiniano, senatur consultus, Bonifacio Vetellano, nueva y vieja constitución, fuero, Madrid, y pérdida y demás favorables a las mujeres”. La parte transcrita resulta inexplicable históricamente, pues el Emperador Justiniano lo fue del Imperio Romano con sede en Bizancio, en el siglo VI de la era cristiana. Pero la vendedora no se detiene en juramentos, sino que más adelante afirma “tantos, cuantos juramentos, sean necesario hacer, hace, y uno más para que exceda a las relajaciones...”

Por otro lado, este tipo de contratos sobre esclavos nos da una perspectiva histórica más amplia y nos permite valorar y entender mejor los hechos que sobrevinieron después. El 6 de diciembre de 1810 Miguel Hidalgo y Costilla, en pleno movimiento insurgente, decretó la abolición de la esclavitud. En el mismo sentido procedieron Ignacio López de Rayón en sus *Elementos constitucionales* de 1811 y José María Morelos y Pavón en *Los Sentimientos de la Nación*, de 14 de septiembre de 1813. La consumación de la independencia culminó esta abolición en el decreto del Congreso de 13 de julio de 1824. Varios años más tarde el Presidente Benito Juárez construyó el Estado nacional mexicano sobre la base fundamental del laicismo y pudo separar claramente las funciones del Estado de las de la Iglesia. Por esta razón, en el derecho mexicano desapareció el juramento, que tiene una connotación religiosa, y fue sustituido por la declaración bajo protesta de decir verdad, manifestación propia del Estado laico.

Por último, se puede advertir que entre la escritura del escribano de 1780 y las actuales escrituras de los notarios, median grandes diferencias, si bien es cierto que todavía nos siguen pareciendo muy complicadas. En el siglo XIX Gustave Flaubert escribió en su clásica novela *Madame Bovary*, lo siguiente: “Porque no hay un burgués que en los ardores de su primera juventud no se haya creído, aunque sólo sea por un día o por unos minutos, abocado a grandes empresas y capaz de grandes pasiones. El libertino más ramplón ha soñado alguna vez con sultanas, y todos los notarios llevan dentro de sí las ruinas de un poeta”.

Celaya — — — Año. — — — de 1780

*[Signature]*

Venta de Esclavo

Que de L. que dentro expresa, otorgo Doña Rosalia de Lumga Muga deprimada de d. Antonio Estrada vecino de la Congregacion de Mapuato Nido en esta Ciudad, por cantidad de 150 p. y de mas que menciona.

*[Signature]*

De Don Juan de la Trinidad Nunez, vecino al Pueblo de Aguas de esta Ciudad.



Seis reales,

**SELLO SEGUNDO, SEIS  
REALES, AÑOS DE MIL SE-  
TECIENTOS Y OCHENTA Y  
OCHENTA Y VNO.**

En la Ciudad de la Purísima Concepción de  
Celaya, á veinte, y nueve días del mes de Mayo  
de, del año de mil setecientos ochenta y  
nueve. El Excmo. y Ffco. Dña. Avelina  
de Fuenfaja, Mager Lexistima, y Don Anto-  
nio Comán, Verinos de la Congregación de  
Nupriato, Residentes en esta Ciudad, con  
Licencia, que la nombrada demandó á  
dicho Sr. Maxido, para Otorgar, y Jurar  
esta Excepción, y el dicho Sr. la concedió  
so expresa obligación, que hizo, con una  
Persona, y Otor, y no Revocarla, y que  
doy fee, y se conovales. De cuya Licencia  
viendo la supra nombrada Dña. Avelina  
Por la presente, y en la mar bastante  
forma, que haya lugar Otorga, que por vi,  
y á nombre de sus herederos, y sucesores,  
y quien u causa huviera, vende Calmonte,  
y con efectos, D. Francisco de la Trinidad Nuñez  
Verino del Pueblo de Apaseo en esta Jurisdic-  
ción para el enudicho, los sujos, y quien



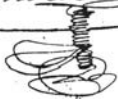
su derecho Representante, es á saber, el Sr. Alcaide  
 Satillo Escalero Nombrado Jefe Joaquin, Celoso  
 blanco, Pelo lacio, & Coada al presente & diez,  
 y dos años, vecindades, por el Sr. D. J. de  
 Barbaña el Excmo. Viceroy de Escalera,  
 Casada con Joaquin & Leon Español, á  
 la que, y dicho Mulatillo, tuvo, y compró la  
 Otorgante & Doña Maria Ana & Oñate  
 vecina & dicho Pueblo & Apareo, por Ex-  
 ceptura, que en virtud de su Poder le otor-  
 gó Don Antonio & Oñate, vecino & de  
 misma Congregacion & Tlapuato, en que  
 paró á los diez & Diciembre del Año &  
 mil setecientos veinte y cinco, por Ante  
 Don Martin Perez & Lizarza, Jefe de  
 & Alcaide Mayor Substituto en ella,  
 que procedió como Jefe Reception. con  
 rigo & Arribencia. En cuya confesio-  
 nidad la Otorgante Declara suyo propio  
 dicho Escalero, y que está libre & Empeño  
 Censo, Hipoteca, memoria, y Obligacion, Es-  
 pecial, ó General, que no la tiene, lo que  
 así asegura, y no & Vicio, Facha, defec-  
 to, ó Enfermedad, Pública, ó Secreta, por





ante, y aparta del ~~dechecho~~ de acción, dominio,  
 y propiedad, Senorio, Titulo, Por, y otro Recurso, que  
 á dicho Excmo ha tenido, y todo ello lo cede, Re-  
 nuncia, y transfiere en el Comproador, los suyos,  
 y quien su causa hubiere, para, q. como suyo  
 propio, habido, y adquirido con su dinero, y  
 Tulo Titulo, lo haya, posea, goce, y su servicio,  
 Venda, enageno, y disponga. El á su arbitrio,  
 á cuyo efecto se lo tiene entregado en señal  
 de Prevision, la que se ha visto haver aprehen-  
 dido Judicial, ó extrajudicialmente, como le  
 comenga, con solo un tanto autorizado de  
 esta Excmo, que tiene á bien se le dé, pa-  
 ra que se viva de Titulo bastante. Y en su Vir-  
 tud, como Real Vendedora la Otorgante, se obli-  
 ga á la evicción, seguridad, y saneamiento de  
 esta Venta, en la mesa, y mas solemn for-  
 ma, que por derecho pueda, y deba, ser obliga-  
 da. Y á la firmeza, guarda, y cumplimiento  
 de lo que dicho es, se obligan el nominado Don  
 Antonio Cortada, por la Licencia, que concie-  
 ne, con su Persona, y Primer, y dicha Doña Roa-  
 lia con los suyos, ambos, con los habidos, y por  
 haver, con poderos á los Señores Jueces, y

Tuvieron & su libertad de quaterquienad.  
 paxer, que sean especialmente, à los por quie-  
 nes fueren Rquecidos, à cuyo fuero, y jurisdic-  
 cion se someten; Renuncian el suyo propio  
 Domicilio, y Veridad, la Ley vi convenir; di-  
 cha Dona Rosalia los Auxilios & Compendios  
 Tuvierian, venatus Consultar, Beneficio Ve-  
 tellano, nueva, y Nueva constitucion, Tozo, Ma-  
 drid, y Pareda, y demas favorables à las Mu-  
 geres, & cuyo efecto fue advenida, por mi el  
 presente Excmo. que de ello doy fee: y  
 como entendida, la Renuncia para no valer  
 se & su Remedio. Y para el Tuamonto, que haze  
 por Dios Nuestro Señor, y la Señal & la Santa  
 Cruz. Declara que para el Amalgamento &  
 esta Exscriptura, no ha sido computa. apre-  
 miada, inducida, aconsejada, ò acemotizada  
 por el dicho su Maxido, ò otra Persona en  
 su Nombre, si no que la Oroya & su Libre  
 y Espontanea Voluntad, por combenir el  
 efecto & ella en su pro, y utilidad, por lo que  
 no la Reclamada, ò conradixia, ama, ni en  
 ningun tiempo, ni à ella se oponia, por





su Dote, dadas, Bienen, Hecediarios para su  
 ser, multiplicados, ni por otro derecho, que lo per-  
 tenerca, y que se este Juramento, no tiene he-  
 cha, ni hará presente, ó *Renunciacion* en contraria,  
 ni de el pedia *abdicacion*, ó *Relaxacion*, á nin-  
 gun Juez, ó *Relato*, q. conforme á derecho se la  
 pueda, y deba conceder, y si pareciere la Ro-  
 ca, ó si se motu proprio, ó *ad defectum agendi*  
 se fuere dividido, ó *Relaxado*, de uno, ni otro  
 usará, ponga se *Perfusa*, y se caer en caso de  
 menos dalex, que tantos, quanto Juramentos,  
 sean necesarios hacer haze, y uno más, pa-  
 ra que exceda á las *Relaxaciones*, y por el mis-  
 mo echo se entienda *haver* *ex* *aproximado* esta *Co-*  
*ceptura*, *Validad* de la, y añadido en ella, fun-  
 do, á fuerza, y *Contrato* á *Contrato*, ambos *Renun-*  
*ciacion*, las demás *Leyes* de su favor, y *Defensa*. Y  
 General el derecho en forma, para que los com-  
 pelan, y apremien por los *ligas*, y *via* *Executiva*,  
 y como si fuere por *sentencia* pasada en *autoridad*.  
 E Cosa Juzgada. Y así lo  
 Otorgaron y firmaron  
 en do *Febrero* Don Fernando  
 e Cayto; Vicente Roche, y

José Muxandá: E carta Verisimil =

Antonia Pópulo Muxandá = Antonio Cirada =

Antoni Tustal Dip. & Carlos y Ochoa Exco =

Caro Real = Conde de Ochoa = v.

Se sacó día de su desamparo de Pedimento la otorgante y para Comprador en quita  
for. con esta. El papel correspondiente y convalida con su Original do y se

Losyros & En Testim. L. Ochoa

Para de D. Ochoa  
En. Va. 2. 1. Ochoa

El Mulata Escrito llamado José Joaquín Comendado  
en Era Escritura lo huere Compro con Orden y Com  
don de D. Thomas Escala del Comercio de Veracruz lo  
aquien Perienece como si asustaba Enbieric oton  
pud. de. Escritura g. Navegación de. En. Va. 2. 1.  
10. para que Compro lo firmo el Ochoa y Ochoa  
En. Va. 2. 1. Ochoa

Fran Platinidad Muxandá



## D discurso pronunciado en la ceremonia de entrega de la Medalla Ponciano Arriaga al Defensor Público Federal más destacado en el año 2006

Esta ceremonia, solemne y emotiva a la vez, tiene el doble objetivo de honrar la memoria del liberal visionario que estableció las bases de la defensa pública en nuestra patria, y de hacer un reconocimiento a todos los buenos defensores federales, representados por quien obtuvo las más altas calificaciones en la evaluación a su desempeño durante el año 2006, en fecha simbólica que corresponde al día y mes en que entró en vigor la ley que permitió construir la nueva defensoría pública federal.

Don Ponciano Arriaga describió, con palabras conmovedoras, la realidad social de mediados del siglo XIX: un mural pintado con los tonos grises y negros de la ignorancia, insalubridad, miseria, marginación, arbitrariedad, injusticia y explotación de la clase desvalida.

Ese mural de la ignominia, semejante tal vez al “Guernica” de Picasso, refleja lo que acontece en amplios sectores del México de los albores del siglo XXI, en el que las mismas causas originan una desigualdad social motivadora de que, por ejemplo, mientras un mexicano es el segundo hombre más rico del mundo, rebasa los cincuenta millones el número de pobres, muchos de ellos en grado extremo, que es una forma eufemística de referirse a la miseria.

En aquel entonces, después de describir la triste situación de los marginados sociales, don Ponciano Arriaga expuso: “Y si llegamos a indagar que el padre de ellos se halla encerrado en una cárcel, que

hace muchos años está pendiente su proceso, que se encuentra sumido en horrible miseria, que no tiene con qué abrigarse del frío, y que el juez, el alcaide, el celador de policía y hasta el alguacil le maltratan, le persiguen, le estafan y le oprimen”, para enseguida inquirir “¿Quién defiende a aquel desgraciado nuestro semejante? ¿Quién se encarga de reparar el agravio, de consolarle siquiera en medio de su espantoso infortunio?” En vía de solución presentó al Congreso del Estado de San Luis Potosí el proyecto de Ley de Procuradurías de Pobres, cuerpo normativo de avanzada que ha inspirado, en varios aspectos, a las leyes que rigen las defensorías públicas federal y locales de México.

En el presente, el Instituto Federal de Defensoría Pública se esfuerza en dar respuesta a aquellas interrogantes a través de una defensa penal activa, profesional, eficiente y humana que dé vigencia al mandato constitucional, enriquecida con una asesoría jurídica de alto nivel que es la vía de acceso a la justicia –también derecho fundamental– de los marginados sociales. Mucho hemos avanzado y no está lejano el día en que alcancemos la excelencia, que fue la meta desde un principio fijada.

El camino ha sido difícil, porque debido al abandono y a la falta de recursos, el derecho a la defensa que surge como garantía en la Constitución de 1857 –en la que germina la semilla sembrada por Arriaga–, y que recoge y recrea la Constitución de 1917, se había convertido en una mera formalidad que en el fondo dejaba indefenso al inculcado. Ministerios públicos y juzgadores se acostumbraron a ver en el defensor de oficio una figura decorativa, que poco o nada aportaba para la justa aplicación de la ley.

En la nueva era de la institución, defensores públicos federales altamente capacitados, seleccionados a través de concursos abiertos de oposición y sometidos a rigurosos procedimientos de supervisión y evaluación, actúan a plenitud lo mismo en la averiguación previa que en el proceso y en la ejecución de la sentencia. Si bien se han vencido resistencias, subsisten prácticas inaceptables que obligan a nuestro permanente reclamo, respetuoso pero firme:

Al ministerio público para que no obstaculice la defensa adecuada que es garantía constitucional del imputado, permita con oportunidad su entrevista previa y privada con el defensor, dé acceso al expediente y desahogue las pruebas que se le ofrezcan, condiciones indispensables para que la defensa sea una realidad y no simple ficción.

A los señores jueces, para que permitan la libre actuación del defensor y lo apoyen en el acopio de pruebas a fin de llegar al conocimiento de la verdad histórica, en especial de la pericial porque en ese aspecto —debemos reconocerlo—, nos encontramos en franca desventaja frente al órgano acusador; no lo obliguen a intervenir en diligencias que no le corresponden por existir defensor particular, cuya ausencia circunstancial en forma alguna puede legitimar la intervención del público; y, sobre todo, respeten el secreto profesional y cesen en la exigencia de que se exhiban los expedientes formados por los defensores, en los que constan las entrevistas personales que realizan a sus defendidos.

A los señores magistrados, para que cumplan en sus términos el mandato del artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IX, no olviden que el derecho de nombrar defensor es única y exclusivamente del inculpado, y sólo ante la imposibilidad o negativa de hacerlo puede válidamente designársele al defensor público federal; designarle a éste a pesar de existir defensor particular o sin requerirlo para que haga el nombramiento, no corresponde al mandato constitucional y trae como consecuencia una carga de trabajo cada vez mayor, que en algunos tribunales se acerca al 100%, y que deriva en doble incumplimiento a la propia norma suprema ya que, por una parte, se priva al inculpado del derecho inalienable de nombrar defensor, y por otra, se impide la defensa adecuada al imponer al público un número de casos superior al que razonablemente puede atender con eficiencia.

Quede clara nuestra posición: no eludimos el trabajo; por el contrario, hacemos todo lo posible para servir al mayor número de mexicanos, pero deseamos realizarlo con eficiencia y no como mera

formalidad, que sería una triste regresión a situaciones del pasado con gran esfuerzo superadas.

Tampoco se trata de simplemente gestionar la creación de nuevas plazas, porque con independencia de las limitaciones de carácter presupuestal que son de todos conocidas, en el fondo lo que defendemos es un principio de legalidad, que debe estar por encima de la intención de resolver con prontitud los casos, ya que hemos insistido en que más importante que la justicia pronta es, para el inculpado, la defensa adecuada, en atención a que de ésta puede depender su libertad.

Confiamos en seguir venciendo obstáculos paso a paso, lo que permitirá mejorar los servicios proporcionados a los justiciables y acrecentar el prestigio de la institución, dentro y fuera de nuestras fronteras.

Menciono esto porque, en el ámbito nacional, el activismo de la defensoría pública federal ha empezado a permear en las defensorías de oficio locales, a despertar conciencia de la necesidad de apoyarlas, y a obtener reconocimientos. Con satisfacción recuerdo que al rendir informe de labores correspondiente al año 2006, el Presidente de la Primera Sala mencionó que los problemas importantes de constitucionalidad los plantean nuestros defensores, y que en sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 17 de abril de este año, se hizo referencia al profesionalismo con el que esos defensores por lo general actúan.

Lo menciono también porque, en el ámbito internacional, al participar en el Encuentro sobre Defensa Legal de los Jurídicamente Necesitados, celebrado el pasado mes de abril en Cartagena de Indias, Colombia, escuché con atención casos extremos: una defensoría de Brasil que afirmó contar con cuarenta y cuatro mil defensores, tal vez influida por el omnipresente Botero; un sistema español en el que prácticamente se privatizó el servicio al otorgarse las defensas, en grupo, a los colegios de abogados, que a su vez las distribuyen entre sus agremiados, con un elevado costo para el Estado; las paradojas de Argentina y El Salvador en donde, en una mis-

ma institución, convergen el ministerio público acusador y el ministerio de defensa.

Frente a esos casos extremos, que me hicieron pensar que el realismo mágico de Gabriel García Márquez, recientemente homenajeado en la hermosa ciudad amurallada, se había apoderado del Encuentro y las mariposas amarillas de Macondo revoloteaban en la antigua construcción que nos albergaba, presentamos la realidad de la defensoría pública federal mexicana, sin maquillajes, exponiendo sus fortalezas y reconociendo sus debilidades, quedando de manifiesto que quizá sea la institución más sólida en América Latina, en especial en lo que concierne al servicio civil de carrera, que ha sido el eje central de la evolución.

Precisamente dentro de ese servicio, que comprende la selección, ingreso, adscripción, permanencia, promoción, capacitación, prestaciones, estímulos y sanciones, en el Plan Anual de Capacitación y Estímulos 2007 la Junta Directiva de este Instituto acordó galardonar con la Medalla Ponciano Arriaga –instituida en 1999–, además de diploma alusivo y estímulo económico de un mes de sueldo, al defensor público federal más destacado en el año 2006. Para el efecto de acuñar la Medalla y contar con el importe del estímulo económico, se solicitó apoyo financiero del Consejo de la Judicatura Federal, que con toda oportunidad lo otorgó.

Mediante acuerdo dictado por el Director General el 29 de marzo de 2007, que fijó las bases para la premiación, dio inicio el procedimiento encaminado a seleccionar al defensor merecedor de la presea, siendo pertinente destacar que entre esos requisitos el más importante es el de la calificación al desempeño, resultante del sistema de supervisión y evaluación, que debía corresponder a los conceptos bueno alto o sobresaliente que equivalen a 85 o más puntos en escala de 100. Reitero que es el requisito más importante porque, dentro del servicio civil de carrera, constituye la certificación constante de la capacidad demostrada al aprobar los exámenes de los concursos de oposición abiertos, única vía de acceso al cargo de defensor.



El comité de evaluación integrado para tal efecto analizó los expedientes de 474 defensores que obtuvieron esas calificaciones, que superan a los 376 del año pasado y equivalen a más del 70% del total, lo que refleja la calidad cada vez mayor de los servicios sustantivos que el Instituto proporciona a los justiciables.

Tomando en consideración los factores contemplados en el acuerdo y en función de las calificaciones, se fue reduciendo el número de los elegibles hasta llegar a los calificados con 90 o más puntos en sus evaluaciones. De esa lista se acordó tomar en cuenta a quienes obtuvieran calificación de sobresaliente sin considerar los puntos adicionados por cargas de trabajo, llegándose así a los 17 más destacados.

En sesión celebrada el 17 de abril, aplicando criterios objetivos y distribuyendo con equidad los puntos correspondientes a antigüedad, grado académico, disciplina y evaluación, el Comité integró la terna con los que obtuvieron las más altas puntuaciones que fueron, citados en orden alfabético de apellidos, los licenciados José del Carmen Constantino Avendaño, Martha Gómez Vázquez y Juan Sandoval González, defensores públicos federales adscritos: al Segundo Tribunal Unitario del Vigésimo Circuito con sede en Tuxtla Gutiérrez, Chiapas; al Tercer Tribunal Unitario del Quinto Circuito con residencia en Hermosillo, Sonora; y al Juzgado Séptimo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal.

La terna se hizo del conocimiento de los miembros de la Junta Directiva, acompañada de síntesis curriculares de sus integrantes, para los efectos de su análisis y ponderación.

El procedimiento concluyó en sesión ordinaria celebrada el martes 24 de abril, en la que después de exponerse razonamientos relacionados con los méritos de cada uno de sus integrantes, por unanimidad de votos se eligió a la licenciada Martha Gómez Vázquez como la Defensora Pública Federal más destacada en el año 2006. La Junta Directiva también acordó extender reconocimientos, como estímulo, a los demás integrantes de la terna.

La licenciada Martha Gómez Vázquez, madre de dos adoles-

centes, es originaria del Distrito Federal, en donde cursó la educación básica y media en la Escuela Primaria Nezahualcóyotl, en la Escuela Secundaria Diurna 107 y en la Preparatoria José Vasconcelos.

Sus estudios profesionales los realizó en la Escuela Libre de Derecho, obteniendo el título que acredita su competencia para ejercer en el Foro Mexicano la profesión de Abogado el 19 de mayo de 1986, con la tesis intitulada “el trabajo en favor de la comunidad, como medida sustitutiva de la pena corta de prisión”.

Cursó la Especialidad de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Sonora, División de Ciencias Sociales, obteniendo el grado en 2004 por haber aprobado con destacado promedio el programa correspondiente.

De las constancias que obran en su expediente personal se desprende una clara vocación por el estudio y la búsqueda permanente de superación profesional, al haber obtenido diplomas y constancias por su participación en las siguientes actividades académicas:

- Seminario sobre Derecho Notarial, impartido por el Foro Sonorense Colegio de Abogados, en noviembre de 1988.
- Primer Curso de Actualización para Ministerio Público y Policía Auxiliar, impartido por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora en febrero de 1989.
- Seminario de Actualización para Agentes del Ministerio Público, impartido por la propia Procuraduría en diciembre de 1989.
- Reunión de Análisis del Código Penal para el Estado de Sonora, organizado por la Procuraduría General de Justicia de ese Estado en abril de 1994.
- Curso de Especialización Judicial, ciclo escolar 2000, impartido por el Instituto de la Judicatura Federal.
- Diplomado Superior en Historia y Derecho, impartido por la Escuela Nacional de Antropología e Historia en 2000 y 2001.
- Primer Curso de Especialización sobre los Derechos de la Niñez, patrocinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

- y el Instituto de la Judicatura Federal, en octubre de 2001.
- Curso Delincuencia Organizada, impartido por la Universidad de Sonora, División de Ciencias Sociales, en marzo de 2002.
  - Programa Uniforme de Capacitación y Actualización de Defensores Públicos y Asesores Jurídicos Federales, organizado por la Delegación Sonora del Instituto Federal de Defensoría Pública en 2002.
  - Diplomado en Comunicación Escrita y Expresión Oral, impartido por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Contaduría y Administración, División de Educación Continua, en 2003.
  - Ciclo de conferencias Temas Selectos de Derecho Procesal Penal, impartido en la Casa de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Estado de Sonora, durante 2004.
  - Diplomado en Desarrollo Humano y Organizacional en el Servicio Público, impartido por la Universidad Iberoamericana en la Casa de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Estado de Sonora, en el año 2004.
  - Programa Uniforme de Capacitación y Actualización de Defensores Públicos y Asesores Jurídicos Federales, impartido por el Instituto Federal de Defensoría Pública, Delegación Sonora, en 2004.
  - Seminario Lucha contra la Tortura: Manual para Jueces y Fiscales, impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, con el patrocinio de la Embajada Británica, en 2005.
  - Diplomado en Derecho Procesal Constitucional, impartido en la Casa de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Estado de Sonora, en 2005.

En cuanto a su desarrollo profesional, desempeñó los cargos de Secretaria Auxiliar de Acuerdos, Secretaria de Acuerdos, Agente

Segundo del Ministerio Público del Fuero Común adscrita al Juzgado Primero del Ramo Penal, y Agente del Ministerio Público del Fuero Común, Auxiliar del Procurador, en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, entre abril de 1987 y abril de 1995.

El primero de mayo de 1995 fue nombrada Defensora de Oficio Federal interina, adscrita al Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito con residencia en la ciudad de Hermosillo, Sonora.

El 22 de febrero de 1996 fue nombrada Defensora de Oficio Federal por tiempo indefinido, en la misma adscripción. Al entrar en vigor la Ley Federal de Defensoría Pública de 1998, se le designó Defensora Pública Federal en esa adscripción.

Ha desempeñado este honroso cargo durante doce años, con gran dedicación y constante superación, como lo demuestran los resultados de las evaluaciones a su desempeño en los últimos cuatro años, en los que obtuvo calificaciones de 90.3, 90.9, 94.0 y 91.6.

Precisamente por esas calificaciones, que corresponden al rango de sobresaliente, la licenciada Martha Gómez Vázquez se hizo merecedora a integrar las ternas para seleccionar al Defensor Público Federal más destacado en los años 2003, 2004 y 2005.

El no obtener la presea en esos años, lejos de provocarle desánimo la impulsó a seguir la ruta ascendente, continuar con la mística de ser cada día mejor defensora y en justa recompensa, en su cuarta nominación, obtuvo el reconocimiento unánime de la Junta Directiva.

Estos son los servidores públicos que el Poder Judicial de la Federación demanda y que la sociedad con razón exige; servidores comprometidos con la justicia desde cualquier trinchera en que les corresponda actuar, en especial desde la nuestra, que es la más noble porque está al servicio de los marginados sociales.

Por sus méritos, licenciada Martha Gómez Vázquez, el Ministro Presidente le hará entrega de la Medalla Ponciano Arriaga, el más alto galardón en la defensoría pública federal, que debe ser un estímulo para seguir adelante en la lucha por la justicia en favor de quienes menos tienen, en especial de las mujeres y los indígenas de nuestra patria.

Reciba usted también el reconocimiento y la cálida felicitación de todos quienes laboramos en la institución, disfrútela con sus seres queridos y retorne a la batalla diaria con renovados bríos, porque finalmente, más allá de cualquier premiación, está la satisfacción que produce un apretón de manos encallecidas, las palabras emocionadas y, en ocasiones, las lágrimas con las que sus defendidos y familiares le expresan su gratitud.

Magistrado César Esquinca Muñoa  
28 de mayo de 2007.





# Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General

Magistrado César Esquinca Muñoa

Junta Directiva

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

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Mario Alberto Torres López  
*Unidad de Defensoría Pública y Evaluación en Materia Penal*

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

Licenciado Pedro Pérez Popomeya  
*Unidad de Supervisión y Control de Defensoría Pública y Asesoría Jurídica*

Licenciada Lidia Beristáin Gómez  
*Unidad de Apoyo Operativo*





*El diseño y la formación de este volumen  
estuvieron a cargo de la Dirección General  
de Comunicación Social del Consejo de la  
Judicatura Federal*

