



Instituto Federal  
de Defensoría Pública

# Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. ESPECIAL/OCTUBRE 2012

ISSN 1870-7610



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORIA PUBLICA



**PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**  
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

**Director**

Mario Alberto Torres López

**Coordinadores**

Mario Alberto Torres López  
Rocío Alejandra Azuela Silva  
Miriam Falcón Ugalde

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

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública  
Número Especial, octubre de 2012  
Publicación especial, 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.

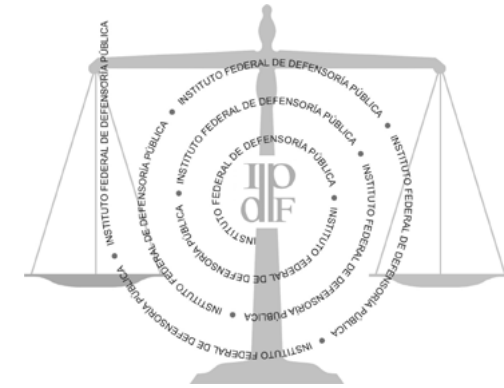
Editor responsable: Mario Alberto Torres López

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública  
ISSN 1870-7610

Tiraje 1,200 ejemplares  
Distribución gratuita.



## Índice

## Página

Presentación .....	5
--------------------	---

### **Sección Primera**

#### *Presencia de la Judicatura*

<i>Magistrado Juan Carlos Cruz Razo</i> Por una defensoría pública nacional .....	11
--	----

<i>Juez José Raymundo Cornejo Olvera</i> Derechos fundamentales y prueba ilícita: un caso real .....	29
--	----

<i>Licenciada Miriam Saavedra Luna</i> Presunto inocente: medidas cautelares y prisión preventiva en el sistema penal acusatorio .....	73
--	----

## Sección Segunda

### *Presencia de la Defensoría*

*Doctor Ángel Alonso Trujillo*

El delito de desaparición forzada de personas y sus implicaciones dogmáticas ..... 101

*Maestro Óscar Enrique Castillo Flores*

*Doctor Raúl Rodríguez Vidal*

Reflexiones sobre *ombudsman* fiscal, Defensoría Pública Federal y Comisiones de Derechos Humanos ..... 159

*Maestro Juan Carlos Hernández Cárdenas*

Estado neoliberal y la política criminal en México ..... 189

## Sección Tercera

### *Presencia de la comunidad jurídica*

*Doctora Yasmín Esquivel Mossa*

La reforma constitucional en materia de derechos humanos y sus implicaciones en la administración de justicia ..... 237

*Licenciado Tilemy Santiago Gómez*

La conceptualización del daño y la respuesta del sistema de justicia penal: sobre el futuro de la criminología ..... 253

*Doctora Elizabeth Cruz Reyna*

El control previo de constitucionalidad: la omisión legislativa en México ..... 271

*Licenciado Fernando Carreón Rodríguez*

Argumentos para el juicio de amparo en materia de justicia para adolescentes ..... 327

*Licenciado Manuel Tejeda Reyes*

El derecho fundamental de reunión y manifestación en España ..... 373

*Doctor José Luis Musi Nahmías*

El sistema penitenciario: actualidad y propuestas ..... 405

## Presentación

El Instituto Federal de Defensoría Pública nace con la Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 28 de mayo de 1998 y su estructura se gesta en un poco tiempo, dado que el 26 de noviembre de ese mismo año, aparecen publicadas en dicho órgano de gobierno las Bases Generales de Organización y Funcionamiento, emitidas por su Junta Directiva; nace una nueva visión de lo que, hasta entonces, se había visto como el *defensor de oficio federal*, para dar pie al defensor público y, a la par, da origen a un nuevo tipo de servidor público federal destinado también a otorgar orientación, asesoría y representación gratuita en materias en las que, hasta antes, no se brindaba: el asesor jurídico.

Así, durante más de 14 años de vida –de los cuales hemos sido parte por casi 12– el Instituto Federal de Defensoría Pública se ha consolidado, sin lugar a dudas, como la institución de servicios jurídicos gratuitos más importante del Estado Mexicano. Vale la pena mencionar que un factor decisivo de dicho posicionamiento, ha sido el estar dentro del Poder Judicial de la Federación, gozando de autonomía técnica y operativa; ello ha evitado que la Defensoría Pública sea blanco de ataques, presiones o intereses ajenos a los estrictamente institucionales y jurídicos.

En esos 14 años, el Instituto ha desarrollado sus propias estructuras y sistemas: su estructura responde a la necesidad de los ciudadanos, sobre todo, de quienes no están en aptitud de contratar un licenciado en Derecho o un abogado, de acceder a la justicia a través

de un profesional en leyes que los defienda, los oriente, los asesore y los represente, a través de la labor que, en su favor y por ellos, desarrollan 780 defensores públicos y 160 asesores jurídicos. Ha implementado sus propios sistemas de calidad a través de la evaluación, así como de control mediante visitas de supervisión y, finalmente, ha consolidado el servicio civil de carrera que en la actualidad, incluye los cargos de defensor público o asesor jurídico, supervisor, evaluador y delegado. El único objetivo, finalidad y razón de ser del Instituto Federal de Defensoría Pública, es servir en el ámbito jurídico y en el acceso a la justicia a las clases más desprotegidas y a quienes menos tienen; un derecho humano que se hace realidad día con día.

De la mayor importancia ha sido la labor del Instituto en hacer tangible el derecho humano de quienes pertenecen a pueblos y comunidades indígenas del país, en cuanto a tener un defensor público que conozca su lengua y su cultura. En la actualidad se cuenta con un cuerpo de defensores bilingües en materia indígena reconstituido y en vías de ampliarse.

No menos valioso ha sido el impulso que los señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que los señores Consejeros de la Judicatura Federal han tenido en ello, quienes desde el nacimiento del Instituto se han interesado en la labor de servicio ciudadano que realiza y no han tenido el menor recato en actuar en beneficio de la Institución porque, finalmente, no se trata de intereses particulares sino del interés más noble y justo: servir gratuitamente a los más desprotegidos.

El Instituto ha enfrentado exitosamente sus retos y lo seguirá haciendo; continuará como la institución de servicio legal gratuito más importante de México y, por qué no, de Latinoamérica.

Reflexiones como estas y la consideración del camino que el Instituto Federal de Defensoría Pública ha hecho durante sus 14 años de existencia, motivan la publicación del número extraordinario de su Revista que ahora se presenta.

**Mario Alberto Torres López**

*Director General*

*Octubre de 2012*

## **Sección Primera**

*PRESENCIA DE LA JUDICATURA*



---

## Por una Defensoría Pública Nacional

*Juan Carlos Cruz Razo<sup>1</sup>*  
*“Sin defensa pública,  
se limita el acceso a la justicia”.*  
**Ernesto Pazmiño**

RESUMEN: En este ensayo el autor aborda el problema de la defensoría pública en México, sus características que impactan de manera negativa en la tutela del derecho fundamental del acceso a la justicia; elabora un recorrido doctrinal y empírico sobre la forma en cómo debe solucionarse el problema que enfrenta la defensoría pública en nuestro país; desde luego, todo ello en la óptica de un juzgador con una amplia trayectoria en el Poder Judicial de la Federación. Y en ese tenor, efectúa agudas propuestas y beneficios para transitar a un modelo que permita dotar de certeza y seguridad jurídica a la persona usuaria del servicio público de la defensoría pública.

SUMARIO: I. Estado Constitucional y Democrático de Derecho; II. Reforma Constitucional de junio de 2011; III. Marco jurídico de la Defensoría Pública; IV. Diagnóstico de la Defensoría Pública en México; V. Precedentes internacionales y diálogo jurisprudencial comparado; VI. Conclusiones; Bibliografía.

---

<sup>1</sup> Consejero de la Judicatura Federal.

## I. Estado Constitucional y Democrático de Derecho

El paradigma del Estado Constitucional y Democrático de Derecho surge en la segunda posguerra, con la finalidad de que las Constituciones representen:

*El intento por recomponer la gran factura entre democracia y constitucionalismo.*<sup>2</sup>

De esta forma, la Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, *una norma directiva fundamental*.<sup>3</sup> Ejemplo de ello son las Cartas Fundamentales, como la de Bonn de 1949, la Constitución Española de 1978, entre otras.

El anterior proceso de evolución es definido por Ferrajoli en el siguiente sentido:

*La sumisión del legislador a normas jurídicas positivas, como lo son los principios ético-políticos, jurídicamente positivizados (sic) en las Constituciones rígidas.*<sup>4</sup>

En este sentido, como señala el autor florentino, se tiene una preponderancia especial en la coherencia de los contenidos de los derechos fundamentales,<sup>5</sup> por lo que se abandona el predominio de la forma de producción de las normas.

Así podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional<sup>6</sup>; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica, necesariamente, ser un Estado Constitucional.

Esta delimitación puede ser de utilidad para expresar la legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente garantista, cuyo eje

principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales.

El Estado de Derecho expresa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; sin embargo, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y, primariamente, se somete el Estado.

## II. Reforma constitucional de junio de 2011

En junio de 2011, el Derecho mexicano instaaura formalmente el paradigma constitucional sobre los Derechos Humanos, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que:

*Con las reformas de 6 y 10 de junio de 2011, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impactan directamente en la administración de justicia: **El reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas**, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas.*

*Así, la ampliación de los derechos que significa la concreción de algunas cláusulas constitucionales, como aquella relativa a los migrantes o a la suspensión de garantías, aunada a la obligación expresa de observar lo tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, **miran hacia la justiciabilidad y eficacia de los derechos que, a la postre, tiende al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.***

*Las reformas constitucionales antes referidas generan **la impostergable necesidad de profundizar en***

<sup>2</sup> Fioravanti, M.: *Constitución...*cit., p. 163.

<sup>3</sup> Fioravanti, M.: *Los derechos...*cit., p. 133.

<sup>4</sup> Ferrajoli, L.: "Iuspositivismo..."cit., p.8.

<sup>5</sup> Ferrajoli, L.: "Pasado y..."cit., p. 18.

<sup>6</sup> Cfr. Ferrajoli, L.: *op. cit.*

***el estudio de los tratados internacionales en los que se reconocen derechos humanos y en que el Estado mexicano es parte; por lo cual se ha estimado indispensable hacer del conocimiento público un listado enunciativo, no limitativo, de los instrumentos internacionales de esa naturaleza, clasificados por la materia en que inciden.***<sup>7</sup>

En tal tesitura, el Poder Judicial de la Federación, en conjunto con la comunidad jurídica, debe analizar a profundidad esta reforma constitucional y articular las estrategias, acciones y reformas que sean necesarias para implementar y, en vía de consecuencia, potencializar los derechos humanos que día a día se trabajan en los órganos jurisdiccionales, tanto federales como locales.

Para la justicia federal es importante abordar este tema, a fin de disminuir, no solo los altos índices de litigiosidad producidos por una inadecuada defensa, sino también, en atención a que si el centro de protección de los derechos humanos es justamente la persona, evitemos de nueva cuenta el desarrollo de *presuntos culpables*, quienes permanecen en centros carcelarios por falta de recursos que les permitan contratar un abogado que les defienda adecuadamente.

Un primer paso en la construcción de esta política judicial es atender de manera prioritaria, el *derecho de acceso a la justicia*, consagrado en Tratados Internacionales y, por supuesto, en la Constitución, a través de una reforma integral a las defensorías que existen en el país, atento a la problemática que existe en tales instituciones, de cuyo diagnóstico y propuesta me ocuparé de dilucidar en el presente ensayo; sin embargo, cualquier acción que se intente debe ser coherente y consensuada entre las instancias federales y locales.

<sup>7</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>, consultado 02 de julio de 2012.

Más aún, en función de la configuración del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es menester que el Estado Mexicano en su conjunto, por conducto de los Poderes Federales y Locales, marque una tendencia acorde con los nuevos paradigmas doctrinales, jurisprudenciales y constitucionales, a fin de dar progresividad a los derechos humanos.

### **III. Marco jurídico de la Defensoría Pública**

Si bien es cierto que los artículos 17 y 20 de nuestra Constitución, determinan los derechos fundamentales de acceso a la justicia y las garantías que deben observarse en cualquier procedimiento penal, también es cierto que estos derechos deben interpretarse de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concretamente, con los artículos 8 de la Convención y 14 del citado Pacto, los cuales disponen el *derecho irrenunciable a contar con un defensor proporcionado por el Estado*.<sup>8</sup>

Ahora bien, no se discute el hecho de que debe existir o no un defensor público, tanto en el orden federal como local, sino la calidad de los servicios que presta cada uno de ellos, lo que impacta en la carga de trabajo y productividad de los órganos judiciales, su

<sup>8</sup> La Constitución y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la **Opinión Consultiva 11/90**, de 10 de agosto de 1990, establecen como principios rectores de una defensoría pública, los siguientes:

1. *El inculcado debe estar presente en el proceso.*
2. *El inculcado puede defenderse personalmente o **ser asistido por un defensor.***

En síntesis, la persona inculpada tiene derecho a ser informada de un proceso en su contra y asistirse por un defensor; la exigencia radica, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en **que el juicio se desarrolle de forma equitativa y justa, a pesar de no contar con los recursos para ello.**



eficiencia y eficacia y, al final del día, en la protección de un derecho humano: *el acceso a la justicia*, de ahí la razón para analizar los problemas inherentes a la defensoría pública en México.

#### IV. Diagnóstico de la Defensoría Pública en México

El acceso a la justicia es una de las demandas más sentidas de la población. La problemática radica en asegurar este acceso y brindar certeza jurídica en sociedades cada vez más heterogéneas, complejas y multiculturales, en las cuales es necesario atender a demandas sociales de los grupos menos favorecidos; en ese tenor, el reto representa un doble desafío para los poderes judiciales y las defensorías:

Por un lado, responder a las cargas crecientes de trabajo y, por otro, diferenciar y especializar su acción, en función de los grupos sociales que acuden a ella y que presentan problemas específicos generados por las propias características socio-culturales, económicas y regionales.<sup>9</sup>

El problema del acceso a la justicia se inscribe, en general, en la falta de políticas públicas coordinadas entre los tres Poderes de la Unión al respecto;<sup>10</sup> sin embargo, uno de los rubros que exigen atención de manera inmediata es la Defensoría Pública, misma que presenta enorme disparidades en niveles de eficiencia, salariales y competencia profesional entre el ámbito federal y el local.

<sup>9</sup> Jürgen Habermas, al referirse a la inclusión del otro en una democracia, justamente alude a este problema.

<sup>10</sup> Tema presente en la iniciativa de la Ley de Atención a Víctimas, al plantear el sistema nacional de atención a víctimas involucrando a diferentes actores e instituciones estatales.

La premisa de la que es necesario partir estriba en que el derecho a una defensa adecuada es un derecho fundamental e impone al Estado la obligación de garantizarla. En tal circunstancia, se debe exigir que los defensores públicos tengan elevados niveles de preparación y, el Estado, retribuirles con remuneraciones justas, a efecto de que puedan ejercer su función y evitar que personas de grupos vulnerables permanezcan injustamente en la cárcel, con los problemas inherentes a dicho sistema carcelario; de nueva cuenta, *no más presuntos culpables* en nuestras cárceles.

Otro derecho de igual importancia que debe garantizarse, es el derecho de la víctimas, y no solo el de aquellas que han sufrido un secuestro, sino de todas aquellas personas que hayan sido víctimas de un delito, no importante de qué tipo, por ello debe ampliarse su ámbito de protección, en otros términos, debe existir el sistema nacional de atención a víctimas propuesto, pero también una defensoría pública sólida, ambas son acciones complementarias.<sup>11</sup>

De esta forma planteado el problema, la solución puede ser muy sencilla: ***transitar, vía la Constitución Federal, a un modelo de colaboración entre la Federación y las entidades, mediante el que se instituya una Defensoría Pública Nacional.*** Como juristas, estamos obligados a estudiar el problema con diferentes enfoques y trazar rutas de acción para evitar las dificultades colaterales de una defectuosa defensa:

1. **Argumentación judicial.** Precariedad argumental de algunas sentencias y, por tanto, la evidencia de una inadecuada defensa pública.

<sup>11</sup> A la fecha de publicación de este texto, la iniciativa de la Ley de Atención a Víctimas se encuentra detenida en el proceso legislativo que se efectúa para tales fines.

2. **Índice de litigiosidad.** Elevados índices de apelaciones y juicios de amparo, con la consiguiente complejidad procesal.
3. **Sistema penitenciario.** Respeto a los estándares internacionales de las condiciones del sistema carcelario.
4. **Costos.** Disminución de costos e inversiones que el Estado tiene que erogar con motivo de un aparato de defensoría con bajos resultados.
5. **Reducción de gastos** innecesarios en la manutención de personas inocentes privadas de su libertad en los centros penitenciarios.

De manera empírica, del análisis de la *Ley Federal de Defensoría Pública, las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, los informes anuales de labores del Instituto Federal de Defensoría Pública, así como el informe especial sobre la Defensoría de Oficio del Distrito Federal de 2006 y las diversas leyes locales*, se pueden inferir las siguientes problemáticas:

1. La coexistencia entre dos órdenes normativos de defensoría pública; *federal y local*, cada uno con su régimen.
2. Falta de una política judicial articulada al respecto, es decir, cada entidad organiza su defensoría pública en función de objetivos, metas y necesidades muy particulares, lo cual podría enriquecerse con un diálogo y construcción de acuerdos entre la instancia federal y local, a fin de coordinar actividades y funciones, con el objetivo común de lograr un pleno acceso a la justicia de la persona.
3. Diferenciación de materias y sujetos por lo que se debe tener acceso al defensor, en algunas entidades se distinguen defensores para la

materia indígena, agraria, penal, familiar; en síntesis, grupos sociales desfavorecidos.<sup>12</sup>

4. Ausencia de un sistema nacional de capacitación del defensor público, cuya especialización varíe de acuerdo al tipo de materia y complejidad de los asuntos a tratar; así como estrategias de desarrollo, protocolos de actuación y manuales de trabajo, para la defensa correcta y oportuna.
5. Falta de configuración de un sistema de defensoría pública, en el que, eventualmente, converjan recursos y políticas públicas para eficientar su desarrollo.
6. Por supuesto, una disparidad en los salarios de los defensores públicos estatales y federales.

Para sustentar lo anterior, es necesario considerar datos objetivos como los siguientes:

Existen en la República Mexicana diez estados en los que **sus defensores perciben como salario menos de 10 mil pesos mensuales**; dieciocho estados en los que el salario fluctúa entre los 10 a 20 mil pesos; en dos entidades, el salario oscila entre 20 a 30 mil pesos; en un estado, el salario se encuentra entre los 30 y 40 mil pesos, y, uno más, en el que el salario se ubica entre 40 y 50 mil pesos.

De manera esquemática tenemos que:

Salario mínimo mensual de un defensor público del fuero local	Salario máximo mensual de un defensor público del fuero local	Salario mensual de un defensor público federal <sup>13</sup>
\$3,178.00	\$50,000.00 (en una sola entidad federativa)	\$ 62,376.93

<sup>12</sup> Piénsese en comunidades económicamente solventes, que al no contar con una asesoría legal adecuada se ven inmersas en problemas complejos que desgastan al Estado en la prestación del servicio, cuando la solución pudo haber sido simple; de igual forma, los problemas de la posmodernidad que nos toca vivir: **género, educación, religión, discriminación social y racial, tan presentes en nuestra sociedad.**

<sup>13</sup> Con datos reportados por el Instituto Federal de Defensoría Pública en agosto de 2012.

Con base en lo anterior, podemos establecer la enorme diferencia que existe entre ambas esferas (local y federal) del nivel de ingreso salarial, ya que mientras la nómina de los 779 defensores públicos federales asciende a \$583,099,536.00, la nómina de los 3,335 defensores públicos estatales es del orden de \$669,528,451.56.

Defensores públicos federales <sup>14</sup>	Defensores públicos estatales
Plantilla total: 779	Plantilla total: 3,335
Nómina anual: \$583,099,536.00	Nómina anual: \$669,528,451.56

Para ejemplificar mejor esta situación, baste decir que un **defensor público federal percibe como sueldo mensual \$62,376.93**, y, en contraste, un defensor de oficio del fuero común obtiene ingresos mensuales en Chihuahua: **\$3,178.00**; en Tabasco: **\$5,239.00**; en Nayarit: **\$5,500.00**; en Sinaloa: **\$6,837.00**; en Tlaxcala: **\$8,254.00**.

Independientemente de la diferencia sustancial que existe en el ingreso salarial de los defensores jurídicos estatales con respecto a los federales, existen otras diferencias importantes, vinculadas a la garantía de la calidad del servicio de defensoría, como son:

1. La forma de acceso al cargo que en materia federal es mediante un concurso profesional.
2. La permanencia en el cargo a través de la constante capacitación y la evaluación del desempeño.
3. El respeto a los principios de probidad, honradez y profesionalismo.

<sup>14</sup> Último dato reportado por el Instituto Federal de Defensoría Pública en agosto de 2012.

Por cuanto a la evaluación del servicio de defensoría, el Instituto Federal de Defensoría Pública, al rendir el informe anual de labores correspondiente al periodo 2010-2011, señaló que **el índice de efectividad de la defensa federal en averiguación previa fue del 53.15%, lo que constituye un índice que evidencia un elevado éxito (si se entiende que no se podría esperar una eficacia del 100%, porque esto implicaría que nadie comete delitos).**

A mayor abundamiento, cabe mencionar que un conocido abogado postulante, miembro de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública, el licenciado Juan Velasquez, señaló en el discurso que pronunció durante el Informe Anual de Labores 2010-2011 de dicha institución, que los defensores de los fueros comunes:

***Defienden al 90% de los procesados, ganando sueldos mensuales de unos \$10,000.00, perdiendo el 94% de las causas que defienden (que en promedio son 250) y de las cuales el 42% son inocentes que se quedan en las cárceles, a veces para siempre, no por ser culpables, sino por ser pobres y no haberse podido defender a través de su pobre defensor.***<sup>15</sup>

De manera gráfica puede comprenderse mejor la situación:

Número de defensores del fuero común	Porcentaje de defendidos	Salario mensual promedio	Índice de efectividad
3,335	90% de los procesados	\$10,000.00	El 94% de las causas se pierden; 42% de inocentes se quedan en las cárceles

<sup>15</sup> Discurso pronunciado por el Lic. Juan Velasquez durante el Informe Anual de Labores 2010-2011, ante los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, miembros de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública y el Director de tal institución.

Con independencia de lo anterior, existen una serie de razonamientos torales que evidencian la necesidad imperiosa de unificar los criterios en esta problemática, entre ellos, los siguientes:

1. La tutela del derecho fundamental del acceso a la justicia, maximizado de conformidad con pactos y tratados internacionales, el cual no puede ser disminuido por disposiciones de derecho interno, según el artículo 27 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados.
2. La alta especialización de los problemas jurídicos que resuelven los defensores públicos en lo estatal y en lo federal.
3. La compleja cadena procesal que debe llevar a cabo un defensor de oficio para llevar a un buen puerto a su defendido.
4. Solucionar de manera integral problemas relativos a la *eficiencia, eficacia, transparencia, rendición de cuentas, calidad, cantidad, complejidad, índice de litigiosidad e índice de revocación*.
5. Instrumentar una política pública que impacte de manera directa en el ciudadano, visto éste, como un usuario de los servicios de justicia.
6. La certeza jurídica como valor primario de las actuaciones judiciales, la cual se logrará con la instrumentación de un sistema de capacitación de defensores públicos, pues lo que al día de hoy se tiene, son acciones aisladas y coyunturales, por lo que se requiere un plan estratégico a largo plazo, con objetivos puntuales.
7. Realizar estudios, investigaciones y reportes académicos e *in situ*, a fin de conocer los perfiles reales de los defensores y de manera inductiva construir un perfil idóneo.

8. Homogeneizar, en la medida de lo posible, los salarios de los defensores públicos, los sistemas de acceso al cargo y la capacitación constante; así como la revisión y seguimiento de su trabajo bajo protocolos establecidos.
9. Atender a las víctimas de los delitos, pero también a los imputados con rangos de profesionalismo y objetividad para evitar los *presuntos culpables*.
10. Disminuir la población carcelaria con la problemática inherente a la misma, como la sobrepoblación de dichos centros.
11. En igual sentido, disminuir el número de recursos y juicios de amparo que se promueven con motivo de una defensa inadecuada.

## V. Precedentes internacionales y diálogo jurisprudencial comparado

La Opinión Consultiva **11/90**, de 10 de agosto de 1990, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que no puede negarse a una persona, por cuestiones de indigencia o precariedad económica, el derecho a contar con un defensor, dado que si se realizó de esa manera, es posible que se admita el recurso en sede internacional, sin el previo agotamiento de las instancias nacionales.

En igual sentido, el derecho de defensa pública, desde luego, también tiene que atenderse, en relación con los derechos de los migrantes indocumentados, **Opinión Consultiva 18/03**, de 17 de septiembre de 2003.

No puede pasarse por alto que en los casos contenciosos que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto, al interpretar y sancionar a los Estados parte, de conformidad con la

propia Convención, tales como *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, se pronunció por el deber de los estados de procurar la máxima protección de los derechos fundamentales, entre ellos, desde luego, el acceso a la justicia mediante la defensa pública.

Los anteriores precedentes son obligatorios y orientadores para el Estado Mexicano, por lo que deben tomarse acciones inmediatas para el efectivo acceso a la justicia, por la vía de una defensa pública adecuada.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que la Asociación Internacional de Defensorías Públicas,<sup>16</sup> entre otros puntos, señala que para mejorar el sistema de defensoría en la región latinoamericana desarrolló un *decálogo de defensores, como postulados de máximos de orientación y actuación, pues los principios rectores ya están en la ley, y constituyen el piso mínimo a observar*.

De igual forma, a fin de tutelar de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia, dicha asociación trabaja con planes estratégicos sobre productos específicos para obtener, a través de la defensoría, una adecuada protección a grupos vulnerables, lo cual es acorde con nuestro artículo 1º constitucional.

Finalmente, cabe mencionar que, a nivel internacional, cualquier reforma de ley sobre defensorías comenzó, primeramente, por un sistema articulado de capacitación funcional: *cursos, estancias, elaboración de protocolos y manuales de procedimientos*.

<sup>16</sup> Para una mayor profundidad del tema, consúltense el sitio <http://www.aidef.org/wtk/pagina/inicial>, así como documentos relativos a las *Reglas de Brasilia*, sobre personas en estado de vulnerabilidad con necesidad de acceder a la justicia.

## VI. Conclusiones

1. El Estado Constitucional y Democrático de Derecho exige la máxima protección de los derechos fundamentales.
2. El acceso a una defensa adecuada es un derecho fundamental contenido en nuestra Constitución, las Convenciones y Pactos Internacionales.
3. Las democracias contemporáneas garantizan que grupos minoritarios tengan acceso a la justicia y que una mayoría por muy electa democráticamente que sea, no puede vulnerar derechos de terceros.
4. Existe una problemática en la defensoría pública en México, al igual que en los países latinoamericanos, lo cual impacta de forma negativa en el sistema de justicia, económico, político y social.
5. Del estudio realizado se evidencia una disparidad y diferencias sustanciales entre defensores públicos locales y federales, en tres ejes principales: *a) acceso al cargo; b) capacitación y carga de trabajo; c) remuneraciones salariales*.
6. Es menester unificar el sistema de la defensoría pública a fin de disminuir costos, reducir índices de litigiosidad en las instancias locales y federales, mejorar la calidad del servicio, aminorar el número de inocentes en las cárceles, todo ello, con el único fin de proteger a la persona, aspiración de cualquier régimen político que tenga su base en el bien común.
7. **Es necesario crear una Defensoría Pública Nacional que aglutine los problemas inherentes al servicio que se presta en la actualidad, mediante la cooperación y la instrumentación de esfuerzos y políticas compartidas entre los sectores y poderes involucrados.**



8. Finalmente, el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni expresa:

*...puede afirmarse que el indicador del grado de realización del Estado de Derecho en nuestra región está dado por la autonomía y el poder de la Defensoría Pública en comparación con las otras agencias del sistema penal. Poco importan códigos procesales acusatorios y jueces técnicamente formados, si carecen de defensa idónea quienes más la necesitan... el Estado de Derecho solo podrá considerarse mínimamente respetado cuando la defensa pública –que se ocupa de los menos poderosos o de los directamente desamparados– tenga el mismo poder y la misma jerarquía que el ministerio de la acusación, pero, por supuesto, a condición de que sobre ninguno de ambos ponga su zarpa ninguna agencia ejecutiva. Hasta que no se tenga claro cuál es el modelo de defensa pública que puede satisfacer en mayor medida las necesidades de un procedimiento equitativo, que haga de la igualdad de las partes su basamento, poco se habrá avanzado en la lucha contra el sistema inquisitivo y el fortalecimiento del sistema acusatorio o adversarial.<sup>17</sup>*

## Bibliografía

- Ferrajoli, Luigi: *La pragmática de la teoría del derecho en Epistemología jurídica*.
- \_\_\_\_\_: “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, México, No. 16, 2002.
- \_\_\_\_\_: “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell M., *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.

- Fioravanti, Maurizio: *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001. (Profesor de historia de las Constituciones de la U. de Florencia).
- \_\_\_\_\_: *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000.
- Zaffaroni, Raúl: en “Introducción” de *Pena y Estado*, Revista No. 5. Ediciones del Instituto INECIP, Buenos Aires, 2002.
- Informe Anual 2010-2011 del Instituto Federal de Defensoría Pública.

## Páginas web consultadas

- <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>, consultado 02 de julio de 2012.
- <http://www.sistemasjudiciales.org>, consultado 02 de julio de 2012.
- <http://www.aidef.org>, consultado 02 de julio de 2012.
- <http://www.aidef.org/wtk/pagina/inicial>, consultado 02 de julio de 2012.

<sup>17</sup> Zaffaroni, R.: “Introducción” cit., p. 20.

---

## **Derechos fundamentales y prueba ilícita: un caso real**

*José Raymundo Cornejo Olvera\**  
*Homo res sacra hómini<sup>1</sup>*

SUMARIO: I. Introducción II. Breve bosquejo de los derechos fundamentales. III. Derechos fundamentales y prueba ilícita, un caso real. IV. Conclusiones.

### **I. Introducción**

Sin caer en exageraciones, me permito afirmar que, jurídicamente, existe un antes y un después de las reformas constitucionales y de amparo del mes de junio de 2011, con la reforma al artículo 1° constitucional nos encontramos, de hecho, ante una expansión a nivel de

---

\* Juez Octavo de Distrito en Reynosa, Tamaulipas.

<sup>1</sup> *El hombre es una cosa sagrada para el hombre*, contrario al principio de Hobbes (*Homo hóminis lupus*). Lo anterior se puede armonizar con el principio *pro homine*, de acuerdo al artículo 1° constitucional. Obviamente se queda corta la frase al equiparar al hombre como una cosa, lo anterior desde un punto de vista de la tradición romana como *res*, hoy en día se puede interpretar como *El hombre (persona como tal) debe ser sagrado y respetado en su dignidad por el hombre*. A mayor abundamiento tenemos la siguiente Jurisprudencia con número de registro 160869, Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, Octubre de 2011, Página: 1529, Tesis: I.5o.C. J/31 (9a.), Materia(s): Civil, cuyo rubro es, *DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.*

derechos fundamentales y su necesaria vinculación al bloque de constitucionalidad de los mismos; por lo anterior, dichas reformas nos llevan y, en algunos aspectos, si se me permite la expresión, de forma casi brutal, al punto de quiebre de viejos paradigmas y temas que antes eran inamovibles (como el del control concentrado y la plena observancia de los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales, entre otros), lo que en efecto, nos obliga a todos a reflexionar seriamente sobre estos temas e ineludiblemente a capacitarnos en los mismos, a los abogados, defensores públicos federales, Ministerios Públicos Federales y demás autoridades, pero sin duda, muy especialmente a nosotros como juzgadores, a fin de que realmente se cumplan esos mandatos de optimización que señala el artículo 1° de nuestra Carta Magna y, por ende, velar en su efectivo cumplimiento para que no sean solamente una mera romántica declaración de derechos, sino por el contrario, hacer valer dichos postulados de forma seria, con prudencia pero a la vez enérgica y con valor.

## II. Breve bosquejo de los derechos fundamentales

El 10 de junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, diversas disposiciones que reforman nuestra Carta Magna, en lo relativo a un nuevo marco constitucional en materia de derechos humanos, de la siguiente manera:

**Artículo 1.** *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...*

Lo que a su vez guarda íntima relación con el artículo 133 constitucional, que señala:

**Artículo 133.** *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.*

Ahora bien, de una forma sencilla podemos definir los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar.<sup>2</sup>

Por lo tanto, nos encontramos con el principio *pro homine*, el cual está incorporado en diversos tratados internacionales y que, en esencia, dispone que en lo relativo a la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales, debe estarse siempre a favor del hombre, lo que implica acudir a la norma más amplia

<sup>2</sup> La definición anterior se tomó del material que proporcionó en su exposición el magistrado Rubén Arturo Sánchez Valencia, en el Diplomado sobre el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en México, desde la perspectiva constitucional, impartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, en colaboración con la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del sistema de justicia penal, a través de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y del Instituto de la Judicatura Federal, en el año 2011.

o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a ejercicio.

De lo anterior, sin duda, se puede afirmar que nos encontramos ante un cambio total de lo que se entendía por garantías individuales, hoy en día como derechos fundamentales y, de forma secundaria, las garantías de los mismos, de ahí que de entrada implica una transformación en la aplicación e interpretación de estos, pero, como ya se dijo, de poco pueden servir esos cambios si no van aparejados con una verdadera metamorfosis en su aplicación, lo anterior necesariamente conlleva un cambio profundo de mentalidad y, en su caso, romper viejas inercias del pasado, ya que bajo la concepción de *garantías individuales*, de alguna forma y, en ciertos casos, se pudieron haber limitado las vías para su exigibilidad.

No se piense que el concepto *pro homine* nace exclusivamente a partir de esta reforma a la Constitución, es justo reconocer, con orgullo para el Poder Judicial de la Federación, que por parte de algunos Tribunales Colegiados de Circuito dieron vida con anterioridad a diversos criterios que ya lo enunciaban.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 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 255644, que a la letra dice: *GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS. Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catálogo 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 sus derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió*

Con la reforma se refuerza el concepto de derechos fundamentales al máximo nivel posible, esto es, tanto los que se ubican en nuestra Carta Magna, como los que se encuentran en los tratados internacionales que nuestro país haya suscrito con las formalidades debidas, creando lo que se conoce como *bloque de constitucionalidad*, además por la forma en que el Estado se obliga a la protección de los derechos fundamentales y, de acuerdo con una *interpretación conforme*, la cual opera como una cláusula de tutela y garantías de esos derechos, se recurre a las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuando haya necesidad de la interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, con el efecto de lograr una ampliación en la protección de los derechos fundamentales.<sup>4</sup>

No es propiamente materia del presente artículo, pero no está de más decir que de acuerdo con lo ya señalado, se abre de una manera amplísima la puerta a los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales y, por ello, la obligatoriedad de su aplicación, lo que da lugar al nacimiento del control de convencionalidad, un control difuso y, por ende, la inexorable muerte de lo que conocíamos como control concentrado.<sup>5</sup>

*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.*

<sup>4</sup> Caballero Ochoa, J. L.: "La cláusula de interpretación..." cit., pp. 115-116.

<sup>5</sup> Registro No. 160480 Localización: Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011. Página: 557. Tesis: P. LXX/2011 (9a.). Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. *SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término,*

Cabe decir que el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos fundamentales, debe ser acorde con el modelo de constitucionalidad establecido de una interpretación armónica y sistemática de los artículos 1° y 133 de la Constitución, y el control que deberemos ejercer todos los jueces del país se integra de la manera siguiente:

1. Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.
2. Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano será parte.

*el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.*

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de

- 3.- Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en los que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.<sup>6</sup>

### III. Derechos fundamentales y prueba ilícita, un caso real

Después de haber señalado de forma muy breve la aplicación de los derechos fundamentales, me permito exponer un caso real, en específico, del derecho fundamental de inviolabilidad de la intimidad del domicilio y, a su vez, relacionado con la prueba ilícita, del que como juzgador me correspondió conocer. En el caso, el Ministerio Público Federal ejerció acción penal sin detenido por diversos delitos considerados por la ley adjetiva como graves, y después de analizar las constancias de autos, se determinó negar la orden de aprehensión solicitada, precisamente por considerar que las actuaciones de los

jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.', conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

<sup>6</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010. Caso Rosendo Radilla. Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose Ministro José Ramón Cossío Díaz, pág. 33.



elementos que participaron en dichos hechos, no se ajustaron al pleno respeto de derechos fundamentales; cabe señalar que con posterioridad, dicha determinación fue confirmada por el Tribunal Unitario correspondiente, al considerar como inoperantes e infundados los agravios esgrimidos por el Ministerio Público Federal. Por obvias razones, no se señalan datos de identificación de personas o lugares.

*En la ciudad de Reynosa, Tamaulipas, a \*\*\*\* de febrero de dos mil doce.*

....

#### **CUARTO. ELEMENTOS DE LOS TIPOS PENALES EN ESTUDIO.**

*El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en su parte conducente establece:*

*... Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera...*

*En este orden y al tenor del citado numeral 168 del código adjetivo de la materia y fuero, la descripción típica del delito **CONTRA LA SALUD, en la modalidad de POSESIÓN DE MARIHUANA CON FINES DE VENTA**, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 195, en relación con los numerales 193 y 194 fracción I, del Código Penal Federal; se contiene en los siguientes numerales:*

*Artículo 195. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre*

*y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194...*

*Artículo 193. Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia.*

*Para los efectos de este capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III y 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública...*

*Artículo 194. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:*

*I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.*

*Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico...*

*De los preceptos transcritos, se advierte que para la integración de la figura típica descriptiva se requiere de la actualización de los siguientes elementos.*

**a) La existencia material de un narcótico, en el caso, marihuana (elemento objetivo, esto es la**

**descripción de la conducta antijurídica desde un punto de vista externo).**

**b)** Que dicho narcótico sea objeto de posesión, es decir, que el sujeto activo lo tenga bajo su radio de acción, control personal y ámbito de disponibilidad inmediata (**elemento objetivo**).

**c)** Que la droga poseída tenga como finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal (elemento subjetivo específico, esto es, cuando se hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, por lo que van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo en la realización de algún ilícito penal), y

**d)** Que el activo adolezca de autorización para poseer dicho narcótico (elemento normativo, aquel o aquellos que son susceptibles de valoración jurídica).

Asimismo, por cuanto hace a la posesión de los cartuchos afectos se transcribe el numeral 83 Quat, fracciones I y II, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, mismo que dispone:

**ARTÍCULO 83 QUAT. Al que posea cartuchos en cantidades** mayores a las permitidas, se le sancionara:

I. Con prisión de uno a cuatro años y de diez a cincuenta días multa, si son para las armas que están comprendidas en los artículos 9, 10 y 11, incisos a) y b), de esta Ley, y

II. Con prisión de dos a seis años y de veinticinco a cien días multa, si son para las armas que están comprendidas en los restantes incisos del artículo 11 de esta Ley.

El artículo 11, incisos b), c), f), párrafo segundo, de la citada ley señala:

... Las armas, municiones y material para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, son los siguientes:

... b) Pistolas calibre 9mm. Parabellum, Luger y similares, las .38” Súper y Comando, y las de calibres superiores;

c) Fusiles, mosquetones, carabinas y tercerolas en calibre .223”, 7 mm, 7.62 mm. y carabinas calibre .30” en todos sus modelos...

f) Municiones para las armas anteriores y cartuchos con artificios especiales como trazadores, incendiarios, perforantes, fumígenos, expansivos, de gases y los cargados con postas superiores al “00” (.84 cms. de diámetro) para escopeta...

Al respecto, debe decirse que el marco de punibilidad por la comisión de dicha conducta, se establece atendiendo al arma de fuego para la que los cartuchos serán utilizados, es decir, la fracción I, del artículo 83 Quat, señala la sanción por la posesión de cartuchos para armas comprendidas en los artículos 9, 10 y 11, incisos a) y b), de la citada legislación especial; en tanto que la fracción II del mencionado artículo previene la pena por la posesión de cartuchos que sean para las armas que están comprendidas en los restantes incisos del numeral 11 de la nombrada ley; de lo anterior, se tiene que el representante social de la federación debió señalar con precisión en qué incisos se encuentran comprendidas las armas de fuego para las que serían utilizados los cartuchos 9 mm, 7.62 x 39 mm, 5.56 mm y .308” afectos a la causa, dado que al hacer referencia de manera genérica al artículo 11, inciso f), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que dice: **Las armas, municiones y material para el uso exclusivo del Ejército,**

**Armada y Fuerza Aérea, son las siguientes: ...f) Municiones para las armas anteriores y cartuchos con artificios especiales...**, está haciendo alusión a diversos calibres.

Empero, si bien en el precitado numeral se clasifican las armas y cartuchos que son del uso exclusivo de los institutos castrenses del país, es evidente que dicho injusto se actualiza generalmente en función del arma que los pertrechos abastecen, es decir, la exclusividad de estos depende del artefacto al que surten, y ocasionalmente será en cuanto a las características de las municiones de que se trate, específicamente a aquellas a las que se refiere el inciso f) del numeral citado, esto es, las que cuenten con algún aditamento o artificio especial (expansivos, etcétera).

En esas condiciones, queda precisado que en lo relativo a los cartuchos afectos a la causa, su posesión se encuentra contemplada y castigada por el artículo 83 Quat, fracciones I y II, en relación con el 11, incisos b), c) y f), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Establecido lo que precede, se tiene que los elementos de dicha descripción típica son:

- a) La existencia de cartuchos para armas de fuego del uso exclusivo de la milicia nacional; cuya clasificación legal (de las armas) encuadre en el artículo 11, incisos b), c) y f), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (elemento objetivo);
- b) Que dichos cartuchos sean objeto de posesión por parte del activo (elemento objetivo);
- c) Que esos cartuchos excedan de los permitidos en la ley (elemento normativo); y
- d) Que esa posesión se realice sin contar el sujeto del delito con la autorización correspondiente, o sin

pertenecer el activo a las fuerzas armadas del país (elemento normativo).

Ahora bien, del análisis de los invocados elementos prueba, se llega a la conclusión de que no se encuentran demostrados los componentes de los tipos penales de trato.

Se afirma lo anterior, dado que de la denuncia de hechos de cinco de diciembre de dos mil once, suscrita y ratificada por \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* y \*\*\*\*\*, pertenecientes al \*\*\*\*\* del Ejército Mexicano, se advierte que estos informaron que aproximadamente a las doce horas con cuarenta y cinco minutos, de ese día, al realizar patrullamientos urbanos, en la colonia \*\*\*\*\* de esta ciudad, sobre la calle \*\*\*\*\* en la casa marcada con el número \*\*\*\*\*, observaron un individuo portando un arma larga; al percatarse este último de la presencia del personal militar se dio a la fuga, internándose en el patio de la referida casa, brincándose por la parte trasera sin darle alcance, dicho inmueble se encontraba con las puertas abiertas, por lo que se ordenó a los Sargentos \*\*\*\*\* y \*\*\*\*\* la revisión de la casa, localizando diversos paquetes confeccionados con cinta canela conteniendo una hierba verde y seca con las características de la marihuana, así como equipo diverso, cargadores y cartuchos, dándose parte al personal de la Procuraduría General de la República de esta ciudad, para poner a disposición el inmueble, enervante, equipo diverso y uniformes; dada la flagrancia delictiva se procedió al aseguramiento de lo siguiente:

1. Doscientos treinta y tres paquetes con una hierba verde y seca con las características de la marihuana, con un peso total de dos mil doscientos sesenta y seis kilos.

**2.** Ciento cincuenta y ocho cargadores para cartuchos calibre 7.62x39 mm con capacidad de treinta cartuchos.

**3.** Mil cuatrocientos sesenta cartuchos calibre 9 mm.

**4.** Cuatrocientos ochenta cartuchos calibre 7.62x39 mm.

**5.** Treinta y dos cartuchos calibre 5.56 mm.

**6.** Trece cartuchos calibre 0.308”.

Como puede observarse, de los hechos narrados por los miembros del Ejército Mexicano, sustancialmente se desprende, en lo que aquí interesa, que los doscientos treinta y tres paquetes con marihuana que dieron un total de dos mil doscientos sesenta y seis kilos, mil cuatrocientos sesenta cartuchos calibre 9 mm.; cuatrocientos ochenta cartuchos calibre 7.62x39 mm.; treinta y dos cartuchos calibre 5.56 mm.; y trece cartuchos calibre 0.308”; los extrajeron del interior del inmueble marcado con el número \*\*\*\*\* de la calle \*\*\*\*\* de la colonia \*\*\*\*\* de esta ciudad, esto es, para lograr el aseguramiento del supuesto narcótico contenido en esos paquetes y de los cartuchos de referencia, tuvieron que ingresar al domicilio en cuyo interior se encontraban dichos objetos.

Ahora bien, cabe señalar que el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone:

Artículo 61. Cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, o si no la hubiere a la del orden común, a solicitar por cualquier medio la diligencia, dejando constancia de dicha solicitud, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que

se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia.

Al inicio de la diligencia el Ministerio Público designará a los servidores públicos que le auxiliarán en la práctica de la misma.

Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia; los servidores públicos designados por el Ministerio Público para auxiliarle en la práctica de la diligencia no podrán fungir como testigos de la misma.

Cuando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar.

La petición de orden de cateo deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata, en un plazo que no exceda de las veinticuatro horas siguientes a que la haya recibido. Si dentro del plazo señalado el juez no resuelve sobre el pedimento de cateo, el Ministerio Público podrá recurrir al superior jerárquico para que este resuelva en un plazo igual.

En esas condiciones, si del precitado numeral se desprende que carece de valor probatorio la diligencia de cateo que se realice sin los requisitos ahí establecidos, en la especie deben desestimarse los testimonios en comento, emitidos mediante el contenido del instrumento noticioso de referencia y la ratificación que del mismo hicieron sus suscriptores, exclusivamente en lo concerniente a las circunstancias en que dicen haber asegurado el narcótico y el

material bélico en el inmueble mencionado, ya que los hechos narrados al respecto fueron conocidos por ellos mediante la realización de un acto que se considera ilegal, ya que como antes se dijo, de tales atestes se desprende que los citados castrenses penetraron al domicilio en que se encontraban los doscientos treinta y tres paquetes con marihuana, así como mil cuatrocientos sesenta cartuchos calibre 9 mm.; cuatrocientos ochenta cartuchos calibre 7.62x39 mm.; treinta y dos cartuchos calibre 5.56 mm.; y trece cartuchos calibre 0.308", mismos que aseguraron y pusieron a disposición del agente del Ministerio Público consignador, sin tener autorización de la autoridad judicial competente, es decir, **sin contar con la orden de cateo correspondiente, al no obrar en la averiguación previa constancia alguna de la que se desprenda que se hubiere cumplido con ese supuesto para así poder allanar lícitamente dicho inmueble.**

En efecto, la sanción que establece el mencionado artículo 61, en el sentido de que carecerá de valor la diligencia de cateo que no se realice conforme a los requisitos en él señalados, lo cual además es congruente con lo dispuesto en el artículo 16 constitucional; permite concluir que es improcedente el otorgar eficacia probatoria a lo asentado en el acta correspondiente, así como las pruebas que se deriven de dicho acto ilegal, esto es las relativas a la existencia de los objetos ahí asegurados y demás datos obtenidos en el registro domiciliario respectivo. Lo últimamente aseverado es así, porque las pruebas obtenidas con vulneración al derecho fundamental relativo a la inviolabilidad del domicilio, es decir, las que se obtengan con motivo de la intromisión de la

autoridad al domicilio de un gobernado sin contar con orden judicial correspondiente, como son los objetos y personas que en su caso se lleguen a localizar en el mismo; debe considerárseles como pruebas ilícitas por derivar de un acto ilegal, y en esas condiciones, se colige que en el caso, los paquetes con la droga que se encontraron en el lugar ya señalado, las pruebas desahogadas en torno a su aseguramiento y los datos que obran en la indagatoria derivados del citado acto ilegal de los elementos del Ejército Mexicano, constituyen pruebas ilícitas, carentes de valor probatorio.

Al respecto, cabe decir que en un Estado democrático y de derecho, la tutela de los derechos fundamentales debe ser el objetivo prioritario de ese mismo Estado, lo que la propia Constitución consagra, ya que los derechos fundamentales son la base de nuestra organización jurídico-política; en esa virtud, su vulneración, entre otras consecuencias, debe conducir a la imposibilidad de otorgar eficacia jurídica a las pruebas obtenidas con infracción de tales derechos. Así resulta, que como ya se dijo, al ser la inviolabilidad del domicilio un derecho fundamental, las pruebas obtenidas con vulneración al mismo, carecerán de eficacia probatoria, quedando afectada también la eficacia probatoria de las pruebas que sean consecuencia directa de la obtenida con vulneración de dicho derecho fundamental, esto es, las obtenidas a partir de aquéllas.

De lo que se desprende que los doscientos treinta y tres paquetes con marihuana, así como mil cuatrocientos sesenta cartuchos calibre 9 mm.; cuatrocientos ochenta cartuchos calibre 7.62x39 mm.; treinta y dos cartuchos calibre 5.56 mm.; y trece cartuchos calibre 0.308",



*encontrados en el domicilio inconstitucionalmente registrado, no hubieran existido de no haberse practicado esa especie de cateo llevado a cabo por los elementos militares, el cual, al resultar ilegal, y en consecuencia carecer de todo valor probatorio, influye de manera directa en los actos que de él derivaron, debiendo éstos seguir la misma suerte que aquello que les dio origen.*

*Así las cosas, debe considerarse que todo acto que tenga su origen en un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales, carece de existencia legal, pues los actos que tengan su origen en un cateo que carezca de valor probatorio, esto en términos del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, no pueden tener válidamente una existencia legal.*

*De igual manera, de acuerdo a la regla procesal de exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, no puede darse valor legal en juicio a probanzas obtenidas con violación al debido proceso legal, lo que a su vez está íntimamente ligado a las formalidades esenciales del procedimiento a que tiene derecho la hoy indiciada, en esa virtud, resulta contrario a tal regla el considerar las actuaciones y probanzas realizadas con motivo de un cateo efectuado sin cumplir con los requisitos constitucionales ya señalados.*

*Además que de darles valor a tales actos, sería tanto como convalidar de manera parcial el cateo ya señalado de ilegal, lo que en cierta forma sería en beneficio de la autoridad, toda vez que si bien se declararía carente de valor probatorio el cateo, lo cierto es que las pruebas en él encontradas, mismas que derivan de tal diligencia, podrían ser consideradas en contra de quien fue allanado su domicilio, y en esas*

*condiciones, se dejaría en plena libertad a la autoridad para practicar cateos que no reúnan los requisitos constitucionales, lo que podía prestarse a un abuso por parte de esa autoridad, ya que de todos modos, los objetos que se encontraran en el mismo, tendrían valor probatorio.*

*Proceder de la anterior forma, implica desatender los requisitos que el artículo 16 constitucional en su octavo párrafo establece para las órdenes de cateo, en donde se señala que la diligencia respectiva debe limitarse a lo indicado en la orden con relación al lugar que ha de catearse, así como a los objetos que se buscan, pues cualquier objeto encontrado en el mismo, podría ser considerado por la autoridad, violándose con ello la privacidad del domicilio.*

*Cabe apuntar que el mandato constitucional respecto de la orden de cateo va dirigido a las autoridades que se encuentran inmersas en la procuración y administración de justicia, que con su actuar pueden violar derechos fundamentales del gobernado que trascienden en su domicilio, libertad y seguridad jurídica, por lo que dichas autoridades están obligadas a respetar el marco constitucional y legal establecidos para esos efectos.*

*No se soslaya que existen casos de flagrancia, esto es, cuando se está en presencia de actos delictivos que se están ejecutando o se acaban de ejecutar, por ejemplo, cuando la autoridad policial recibe información en el sentido de que en determinado domicilio tienen secuestrado a un sujeto (delito permanente), o que se está cometiendo una violación (delito instantáneo), que se posee droga o armas (delito permanente), tráfico de personas (delito instantáneo), pederastia (delito instantáneo), casos en los que no se requiere,*

*necesariamente, orden judicial de cateo que autorice la intromisión o allanamiento del domicilio particular, ya que existiendo flagrancia, el propio artículo 16 constitucional, expresamente permite a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado y lógicamente hacer cesar la agresión delictiva.*

*Es de señalarse que el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 193, define lo que se entiende por flagrancia de la siguiente manera:*

*Artículo 193. Cualquier persona podrá detener al indiciado:*

- I. En el momento de estar cometiendo el delito;*
- II. Cuando sea perseguido material e inmediatamente después de cometer el delito, o*
- III. Inmediatamente después de cometer el delito, cuando la persona sea señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, o cuando existan objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el delito. Además de estos indicios se considerarán otros elementos técnicos.*

*El indiciado deberá ser puesto sin demora a disposición de la autoridad competente, conforme al artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución...*

*De lo anterior se advierte que la flagrancia se actualiza cuando el indiciado es sorprendido en el momento mismo en que se está cometiendo el delito o cuando inmediatamente después de que se ejecuta, el inculcado es perseguido materialmente; asimismo, cuando el inculcado es señalado por la víctima, por algún testigo presencial de los hechos o por quien hubiere participado con él en la comisión del delito,*

*o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley y no haya transcurrido un término de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.*

*Así, solo en los casos en que se trate de un delito cometido en flagrancia, previsto en el precepto constitucional y legal citado, puede la autoridad de manera válida y legal introducirse a un domicilio sin contar con orden de cateo, fundado en que la demora podría hacer ilusoria la investigación de los delitos y la aplicación de las penas correspondientes.*

*Lo anterior significa que la autoridad policial puede irrumpir en el domicilio de un gobernado sin contar con orden de cateo cuando se esté cometiendo el delito dentro del domicilio, igualmente cuando después de ejecutado un delito en flagrancia el inculcado es perseguido hasta el domicilio particular.*

*Ahora bien, si como quedó establecido, en los supuestos de flagrancia no se requiere, necesariamente, orden de cateo, lógicamente las pruebas que se encuentren vinculadas directa o indirectamente con dichas detenciones, no se rigen por los supuestos que contemplan los numerales 61 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues tendrán eficacia probatoria y corresponderá al juzgador valorarlas conforme a las reglas relativas.*

*La diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, como ya se apuntó, presupone una investigación ministerial de un*

*hecho delictivo previamente cometido y la necesidad de buscar o detener al presunto implicado en el mismo o, en su caso, de buscar las pruebas que acrediten la existencia misma del delito o la probable responsabilidad del inculpado, lo cual no sucede en los casos de flagrancia.*

*La razón anterior obedece también al hecho de que la autoridad policial tiene el deber de velar por la seguridad y protección de la ciudadanía, por lo que se convierte en garante de los bienes de la sociedad y por contrapartida, tiene el derecho de hacer que cese dicha afectación, sin esperar que se lo autorice expresamente la autoridad judicial.*

*En efecto, en la Constitución se establecen los requisitos de la orden de cateo, sin los cuales la misma será ilegal, pero también se establece la facultad punitiva del Estado como garante de la existencia de la sociedad, de ahí que también prevea el delito flagrante.*

*Lo anterior, permite apreciar que entre ambos mandatos constitucionales, el de la orden de cateo y el de la facultad punitiva del Estado, debe existir un equilibrio, ya que no se puede concebir una orden de cateo que no cumpla con los requisitos correspondientes, en atención a los bienes tutelados que afecta, como tampoco, que ante conductas constitutivas de delitos, el Estado no actúe.*

*Así, la regla para realizar un cateo la constituyen todos los requisitos que establece el artículo 16 constitucional descritos con anterioridad, y la excepción, cuando se verifique el cateo en caso de flagrante delito.*

*De acuerdo a lo antes señalado, es de concluirse que las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el*

*octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecerán de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad (ya sea penal o administrativa), en que las autoridades que irruman en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia de la intromisión de la autoridad policial a un domicilio en caso de flagrancia, tendrán eficacia probatoria.*

*Cabe señalar que corresponderá al órgano jurisdiccional realizar el juicio de ponderación sobre la medida del cateo llevada a cabo, a fin de establecer si se cumplieron los requisitos respectivos, o bien, no obstante que no se cumplieron se estaba en presencia de flagrante delito.*

*También debe precisarse que en caso de flagrancia la autoridad debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio, datos que se deberán aportar en el proceso en caso de llegarse a consignar la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez pueda tener elementos de valuación para determinar si en el caso efectivamente se trató de flagrancia.*

*De lo que se puede concluir que, en caso de que no se acredite que la intromisión al domicilio fue motivada por un delito flagrante, tal intromisión así como lo que de ello derive resultará ilegal, como acontece de los datos que se arrojan en autos.*

*Es aplicable a lo anterior, la jurisprudencia 1ª./J. 22/2007, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 111, del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXVI, de agosto de dos mil siete, con registro IUS 171836, del tenor literal siguiente:*

**CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE**

**INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.**

Asimismo, resulta aplicable la tesis 1a./J. 140/2011 (9a.), correspondiente a la Décima Época, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 2058, del Libro III, diciembre de 2011, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con registro IUS 160500, que a la letra dice:

*PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.* La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión,

*circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente.*

También tiene aplicación a lo anterior la tesis 1a./J. 139/2011 (9a.), de la Décima Época, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 2057, del Libro III, diciembre de 2011, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con registro IUS 160509, que a la letra dice:

*PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.* Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría

*en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.*

*Es también de puntual aplicación la diversa tesis del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, correspondiente a la Séptima Época, localizable en la página 280, del volumen 121/126 del Semanario Judicial de la Federación, con registro IUS 252103, que a la letra reza:*

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

*Sin que sea óbice para lo anterior, que en la averiguación previa obren diversas pruebas como son: la fe ministerial de los paquetes de droga y los objetos bélicos asegurados por los militares, los dictámenes en que se determinó la naturaleza del estupefaciente y la clasificación de los cartuchos y las demás constancias*

*referidas en el considerando inmediato anterior; ya que si bien, en condiciones normales, tales elementos de convicción se considerarían aptos para acreditar los componentes de los tipos penales de los delitos, en el caso, como quedó establecido, tales diligencias carecen de valor probatorio, al haberse derivado del cateo ilegal realizado por los mencionados elementos de Ejército Mexicano.*

*Tampoco es obstáculo para lo antes expresado, que la referida Primera Sala, en la diversa jurisprudencia identificada con el número 1a./J. 21/2007, correspondiente a la Novena Época, localizable en la página doscientos veinticuatro, del tomo XXVI de agosto de 2007, del Semanario Judicial de la Federación, con registro IUS 171739, haya sostenido literalmente lo siguiente:*

*INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA. Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que*



en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado –como garante de los bienes de la sociedad– debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, esta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de

que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.

Toda vez que de dicho criterio se advierte que el allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad, se justifica cuando existan datos **ciertos o válidos** que acrediten ante el Juez del conocimiento, que se trata de un delito cometido en flagrancia; toda vez que para la actualización de tal caso de excepción (ya que la regla general consiste en una orden de cateo por parte de la autoridad judicial para legalmente introducirse a un domicilio), es necesario que se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que en el caso no acontece, ya que si bien es cierto que los militares refieren que se encontraba un sujeto con un arma larga que al percatarse de la presencia de los elementos del Ejército Mexicano se introdujo a la finca marcada con el número \*\*\*\*\* de la calle \*\*\*\*\* del Fraccionamiento \*\*\*\*\* de esta ciudad, dándose a la fuga por el patio de dicha casa, brincándose la barda trasera; también lo es que el hallazgo de la droga y los cartuchos fedatados en autos, se produjo después de que dichos castrenses se introdujeron ilegalmente al interior de la casa para revisarla sin una orden de cateo.

Lo sostenido en la presente resolución tiene su razón de ser, ya que estamos ante la presencia de derechos fundamentales regulados universal y constitucionalmente: la libertad personal, seguridad jurídica, legalidad e inviolabilidad del domicilio y presunción de inocencia; pasar por alto esos derechos fundamentales implicaría que se ejerzan tales actos

de molestia en los ciudadanos sin que se ajusten a los mínimos requisitos y formalidades necesarias para transgredir los derechos fundamentales ya señalados y de ser así, se contravendría la protección que otorga el multicitado artículo 16 constitucional y sus correlativos 61, 168 y demás contemplados en el Código Federal de Procedimientos Penales, lo que incidiría directamente en el principio de inviolabilidad del domicilio, que también tiene rango de garantía constitucional.

Luego, este Juzgado de Distrito está obligado, por respeto a las garantías de libertad, presunción de inocencia y legalidad que tienen los ciudadanos, a cumplir con el imperativo legal relativo al acreditamiento de indicios o datos suficientes, objetivos, congruentes y coherentes, para la procedencia del libramiento de captura de un ciudadano. Máxime que no se trata de una obligación discrecional, sino perfectamente establecida como un imperativo legal en un Estado Democrático de Derecho y cuyo incumplimiento genera como en el caso concreto, la invalidez de dichos hallazgos que nos ocupan, sin soslayar, como ya se mencionó, que los Tribunales en modo alguno pueden sustituirse a la representación social en el ejercicio de sus facultades constitucionales, como es, el ejercer acción penal, ya que además de una invasión de esferas de competencia, se vulneraría el principio de igualdad de las partes, es decir, se favorecería a una que por regla general es técnica y no admite la suplencia de la deficiencia de su pretensión.

En mérito de lo anterior y en lo conducente, se cita la tesis 1a. LXXIV/2005, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página trescientos, Tomo XXII, agosto

de dos mil cinco, Materias Constitucional y Penal, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo contenido y texto son los siguientes:

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, este no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribela absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para

acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de *non bis in idem*). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia –esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento–, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23). Además, cabe señalar que el derecho fundamental que en la especie se privilegia, relativo a la inviolabilidad del domicilio, se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad de las personas, para lo cual es necesario definir esta última acepción; al respecto, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, define a la palabra intimidad en los siguientes términos; **Intimidad**, f. Amistad íntima. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Como se advierte, la palabra intimidad proviene del latín *intimus* que es el superlativo de *interior* y significa lo que está más adentro, lo más interior, el fondo. En este sentido, la segunda acepción de “intimidad”, que ofrece el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es una zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una

familia. Así las cosas, conforme al tenor literal de la palabra, el derecho a la intimidad sería un derecho a la protección de esa zona espiritual íntima y reservada que tienen las personas a los grupos, especialmente la familia.

Desde luego, para referirse al derecho a la intimidad habrá necesidad de referirnos a los derechos fundamentales, los cuales en nuestro Derecho mexicano eran conocidos con anterioridad como garantías individuales, los cuales se contienen en la parte dogmática de nuestra Carta Magna, también hay señal de que algunos doctrinarios han afirmado que tales garantías individuales no solo se contienen en los primeros 29 artículos, sino además en algunos otros de los preceptos constitucionales, que corresponden a la parte orgánica del Estado.

De lo antes precisado, se obtiene que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental inherente a toda persona.

Es menester señalar que los tratados internacionales forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme a lo dispuesto en los artículos 1° y 133 constitucionales, numerales que en lo conducente disponen:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia

favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...

Artículo 133. 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.

Ahora bien, el suscrito juzgador considera necesario, en el caso concreto, ejercer un control de convencionalidad ex officio, al considerar que con la actuación de las autoridades castrenses no solo ha existido una violación a lo señalado en el artículo 16 constitucional, en lo relativo al derecho fundamental que tiene todo gobernado a que la autoridad respete su inviolabilidad de su domicilio, sino que también fue vulnerado dicho derecho fundamental consagrado en diversos instrumentos internacionales que lo tutelan, (entendiendo los mismos como bloque de constitucionalidad). Todo lo anterior a fin de hacer efectivos los mandatos de optimización consagrados en el artículo 1° de nuestra Carta Magna.

En efecto, estos mandatos contenidos en el nuevo artículo 1° constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal, para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico. Es en el caso de la función jurisdiccional, y como

está indicado en la última parte del artículo 133, en relación con el artículo 1° de nuestra Constitución, en donde los Jueces estamos obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien es cierto que dependiendo del control que se esté realizando, que en este caso es de legalidad y por lo tanto no es factible hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí existe la obligación de dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente; por otro lado, a fin de realizar correctamente dicho control de convencionalidad se han establecido los siguientes parámetros:

- 1.- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.
- 2.- Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.
- 3.- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en

las que el Estado Mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

Tiene aplicación el siguiente criterio de nuestro Máximo Tribunal, Registro No. 160480, Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011. Página: 557. Tesis: P. LXX/2011 (9a.). Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional.

**SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.** Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o

por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: “Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: ‘CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.’ y ‘CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS



GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.”, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente. En el caso concreto, sí existe un criterio vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos y que nuestro Estado ha sido parte, como es el caso Fernández Ortega y otros contra el Estado mexicano. Que es el siguiente:

**DERECHO A LA VIDA PRIVADA, INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO FAMILIAR** La protección a la vida privada, la vida familiar y el domicilio implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar. Con esta base, el ingreso de efectivos militares en la casa de la señora Fernández Ortega sin autorización legal ni el consentimiento de sus habitantes, constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en su domicilio familiar, en contravención

al artículo 11.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la víctima y sus familiares (caso Fernández Ortega y otros. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215).

Además se pueden citar como criterio orientador el que a continuación se indica:

**DERECHO A LA VIDA PRIVADA. INVOLABILIDAD DE COMUNICACIONES POR EL ESTADO O PARTICULARES.** El artículo 11 de la Convención, prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, **sus domicilios** o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”. La Convención Americana protege la confidencialidad e involabilidad de las comunicaciones frente a cualquier injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado o de particulares, razón por la cual tanto la vigilancia como la intervención, la grabación y la divulgación de esas comunicaciones quedan prohibidas, salvo en los casos previstos en ley y que se adecuen a los propósitos y objetivos de la Convención Americana (caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200).

Con base en lo anterior se puede claramente advertir que el principio de involabilidad del domicilio está universalmente regulado en la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, aprobada por el Senado el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, ratificada por México el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno, publicada en el Diario Oficial de la Federación el siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno, que en su artículo 11 dispone:

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad.

...

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques...

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, aprobado por el Senado el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta ratificado por México el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno y publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, sobre el particular estatuye:

Artículo 17.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por tanto, al estar afectadas de nulidad las pruebas que obran en la averiguación previa para acreditar los elementos de los tipos penales de los delitos **CONTRA LA SALUD** en la modalidad de **POSESIÓN DE MARIHUANA CON FINES DE VENTA** y **POSESIÓN DE CARTUCHOS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL**, resulta ocioso hacer pronunciamiento alguno en lo concerniente al elemento subjetivo específico propio del primero de los ilícitos de referencia, así como de la probable responsabilidad penal de \*\*\*\*\* en su comisión.

En consecuencia, al no reunirse los requisitos que exige el artículo 16 Constitucional, **se niega la orden de aprehensión** solicitada por la agente del Ministerio Público de la Federación, titular de la Agencia Segunda Investigadora de esta ciudad, contra de \*\*\*\*\*, por su probable responsabilidad en la comisión de los siguientes delitos:

**a) CONTRA LA SALUD** en la modalidad de **POSESIÓN DE MARIHUANA CON FINES DE VENTA**, previsto y sancionado por el artículo 195, párrafo primero, en relación con los diversos 194, fracción I, y 193, del Código Penal Federal; y

**b) POSESIÓN DE CARTUCHOS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL**, previsto y sancionado en el artículo 83 Quat, fracciones I y II, en relación con el 11, incisos b), c) y f), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, ambos ilícitos en términos del numeral 13, fracción II, del Código Penal Federal.

Tiene aplicación al caso, en sentido contrario, la tesis XX.286 P, del Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la

*Federación, Octava Época, Tomo XV, Enero de 1995, visible en la página 268, que a la letra dice:*

*ORDEN DE APREHENSIÓN. REQUISITOS QUE SE REQUIEREN PARA EMITIR UNA. Para la emisión de una orden de aprehensión, conforme al texto del artículo 16 reformado de la Constitución General de la República, se requiere de la existencia de datos que acrediten tanto los elementos del ilícito de que se trata como la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, entendiéndose por estos últimos que deben ser una serie de indicios que, enlazados entre sí, produzcan convicción en el ánimo del juzgador para estimar fundadamente que el inculpado es probablemente responsable en la comisión del injusto penal que se le atribuye. ...*

#### IV. Conclusiones

El camino al reconocimiento de los derechos fundamentales no ha sido fácil, por el contrario, históricamente no se reconocían como tal y poco a poco fue creándose una conciencia y expansión de estos, de ser en su momento regulados y tutelados como garantías individuales para, actualmente, dar el gran salto como derechos fundamentales a nivel constitucional y su correlativo bloque de constitucionalidad relativos a los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales. Esto tan solo es el comienzo, recordemos que una característica de los derechos fundamentales es que son progresivos.

Todo lo anterior implica un nuevo paradigma en lo referente a la aplicación de los derechos fundamentales y, por lo que hace a la teoría de la prueba ilícita, es menester decir que no existen, de manera general, fórmulas mágicas; por el contrario, el juzgador deberá

realizar un cuidadoso juicio de ponderación, asunto por asunto, para resolver cuándo no aplica la misma o en qué situaciones es procedente su aplicación y, en su caso, los efectos de nulidad correspondientes.

#### Bibliografía

- Caballero Ochoa, José Luis: “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución.)”, del libro *La reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*. Coord. Carbonell Miguel; Salazar, Pedro. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pág. 115-116.
- Carbonell, Miguel: *Los Derechos fundamentales en México*, México, UNAM-edit. Porrúa, 2011, 4º Ed.
- Sánchez Valencia, Rubén Arturo: exposición en el *Diplomado sobre el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en México, desde la perspectiva Constitucional*. Impartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, en colaboración con la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, a través de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y del Instituto de la Judicatura Federal, 2011.
- Silva García, Fernando: *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, criterios esenciales*, México, Dirección General de Comunicación ocial del Consejo de la Judicatura Federal, 2011.
- Silva Meza, Juan N.: *Derechos Fundamentales*, México, edit. Porrúa, 2009.

## Legislación

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Expediente Varios 912/2010 Caso Rosendo Radilla, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose Ministro José Ramón Cossío Díaz, pág. 33.

## Presunto inocente: medidas cautelares y prisión preventiva en el sistema penal acusatorio

*Miriam Saavedra Luna\**

RESUMEN: Derivado de las reformas judiciales del 18 de junio de 2008, el presente trabajo tiene como uno de sus objetivos principales, mostrar lo delicado de la labor del legislador a fin de no contrariar los principios fundamentales del nuevo sistema penal acusatorio. De ahí que el propósito del artículo sea destacar la finalidad del nuevo sistema. Se trata de una mejora proyectada hacia que el imputado cuente con una verdadera certeza de su seguridad jurídica. Se describen de modo general los sistemas procesales, así como la transición del sistema mexicano a partir de 2008 con las nuevas reformas. Por otra parte, se señalan algunos puntos importantes para entender el tema de las medidas cautelares y, en particular, lo que se refiere a la prisión preventiva, con el objeto de reflejar que el trabajo del legislador deberá continuar con un serio compromiso hacia el pueblo mexicano que ayude a combatir así con la complicada situación en la que vivimos ahora.

SUMARIO: Introducción I. Antecedentes de los Sistemas Procesales. II. Sistema mexicano. III.

\* Jefa de Departamento de la Dirección de Capacitación de la Dirección General de Servicios al Personal del Consejo de la Judicatura Federal.

Etapas del nuevo procedimiento penal ordinario.  
 IV. Medidas cautelares. V. Presunción de inocencia y la prisión preventiva. VI. Conclusión.  
 VII. Bibliografía.

## Introducción

En este trabajo se pretende reflexionar sobre la medida cautelar, además de mostrar que, aun cuando el sistema acusatorio se manifiesta como un sistema garantista, el legislador, con todo y las buenas intenciones de actualizar el sistema, tiene que seguir profundizando respecto a tales medidas y, en particular, en torno a la prisión preventiva; ello, con la finalidad de que las medidas cautelares no se terminen aplicando como una ley general sino como una excepción.

Para abordar estos temas se hará una breve síntesis de los sistemas procesales penales, que son principalmente tres: el inquisitivo, el acusatorio y el mixto.

A través del tiempo, la sociedad mexicana se ha adaptado a las necesidades propias de su contexto histórico y ello se ha reflejado en el sistema penal mexicano, que ha mostrado poca eficiencia: por ello, los legisladores propusieron, a últimas fechas, una serie de iniciativas de reforma al sistema penal de justicia, lo que dio como resultado la publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008, que plantea un cambio contundente al actual sistema inquisitivo, surgiendo, así, el nuevo sistema penal acusatorio y oral.

Otro de los objetivos de este trabajo es poner en contexto, de manera general, la primera etapa del proceso del sistema penal acusatorio, a fin de ubicar el momento en el que intervienen las medidas cautelares y, de forma particular, lo que se refiere a la *prisión*

*preventiva*, prevista en la fracción del artículo 169 del Código de Procedimientos Penales en el Estado de Chihuahua. Se destaca la prisión que el *artículo 19 constitucional párrafo II*, contrapone a la prisión preventiva con la presunción de inocencia, al erigirlo como uno de los principios rectores del proceso penal acusatorio.

Es importante precisar el papel fundamental que juegan el juez y el fiscal, pues las medidas cautelares son medidas de resguardo, que significan formas de coerción para el imputado, lo que consecuentemente rompe con la lógica de la presunción de inocencia.

## I. Antecedentes de los Sistemas Procesales Penales

Para iniciar esta reflexión, es necesario recordar que las instituciones procesales se han ido adaptando a las necesidades cambiantes de la historia. Se ha pretendido que, a través del proceso, se colmen presupuestos relevantes para la administración de justicia: como el obtener la verdad histórica o material, solucionar problemas sobre insuficiencia probatoria o carga de la prueba, fijar términos y reglas para el ofrecimiento, preparación y desahogo de pruebas y términos para plantear recursos. Todo lo anterior, con miras a que se condene a los culpables y se absuelva a los inocentes, así como a respetar los derechos fundamentales, sin desconocer que esto se intenta en una creciente complejidad de relaciones sociales, avances tecnológicos y una globalización de las naciones. Quizá lo más importante de estos propósitos sea evitar absolver a culpables y condenar inocentes.

Además, estas aspiraciones han quedado reflejadas en múltiples trabajos legislativos, que se plantean y solo quedan, como nobles metas por alcanzar. En la



actualidad, con la reforma al sistema penal está por esclarecerse en qué medida se cumplirán con éxito tales anhelos. La historia del proceso penal se ha distinguido por diferentes características, ya sea por su forma o por su desarrollo, dando margen principalmente a tres sistemas procesales.

### **A. El inquisitivo**

*Los antecedentes históricos del sistema inquisitivo datan del Derecho Romano y se propagan bajo los auspicios de los emperadores de Oriente en toda Europa hasta alcanzar institucionalidad en el siglo XII.* Sus características principales son: impera la verdad material, frente a ella la participación humana es insustancial; la privación de la libertad depende de quién ostente la autoridad; la acusación anónima, la incomunicación del detenido, el carácter secreto del procedimiento y la instrucción escrita forman su base fundamental. Los actos de acusación, defensa y decisión residen en el juzgador, mismo que podía tomar las medidas necesarias para la investigación y poder ampliar la información de los hechos. La defensa era casi nula, toda vez que el proceso procedía a espaldas del inculpado, de modo que para resolver el caso dependía de todo aquello que, de manera caprichosa, el juez utilizaba como medio de prueba.<sup>1</sup>

### **B. El acusatorio**

*Es considerado como la forma primitiva de los juicios criminales, debido a que históricamente, mientras prevaleció el interés privado, solo se iniciaba el juicio previa acusación del ofendido o de sus familiares y ya después se delegó a la sociedad en general. En la actualidad,*

*ha sido adoptado por aquellos países organizados bajo el régimen democrático, y sus características son las siguientes: los actos esenciales no residen en una sola persona, los actos de acusación residen en un órgano del Estado (Ministerio Público), los actos de defensa en el defensor (particular o de oficio) y los actos de decisión en los órganos jurisdiccionales (juez, magistrado, etc.).<sup>2</sup>* No hay que olvidar que en este sistema, las garantías están instituidas legalmente para proteger la libertad del hombre y solo admite las excepciones que la exigencia procesal impone. Los principios que prevalecen son: de igualdad, moralidad, publicidad y concentración de los actos procesales. En este sistema, la aportación de las pruebas corresponde a las partes y su valoración se realiza por el órgano jurisdiccional.

### **C. El mixto**

Se ubica en la etapa de transición de la República al Imperio Romano, después en Alemania. Como consecuencia de la Revolución Francesa, la ideología facilitó establecer este sistema. Entre sus características se contemplan algunas que son propias del sistema acusatorio y otras del inquisitivo. En ocasiones, el proceso nace de la acusación formulada por un órgano determinado por el Estado; en otras, el juez no puede avocarse al conocimiento de la conducta o hecho. La instrucción procesal es escrita y en secreto; no obstante, el juicio se distingue por las formas: oralidad, publicidad y contradicción, además se le da injerencia al defensor permitiendo que asista al procesado.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Colín Sánchez, G.: *Derecho Mexicano...*cit., p. 75.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>3</sup> *Ídem*.

## II. Sistema mexicano

El proceso penal mexicano se encuentra ubicado por algunos autores en el sistema acusatorio (Franco Sodi, González Bustamante) y, por otros, en el sistema mixto. González Bustamante, por ejemplo, sostiene que: *es un proceso de partes cuyas funciones están delimitadas por la ley*. Franco Sodi<sup>4</sup>, por su parte, señala que el proceso penal mexicano, por mandato constitucional, es acusatorio. Mientras que Manuel Rivera Silva considera que el sistema adoptado por la legislación mexicana es mixto y dice también que el sistema acusatorio que se le aduce está desvirtuado pues la ley mexicana permite al juez decidir.<sup>5</sup>

Es importante mencionar que estas categorías genéricas denominadas sistemas procesales, *son marcos analíticos explicativos de las distintas versiones de un proceso penal*. Se pueden identificar ciertas características similares en los diferentes sistemas procesales, pero dichos modelos no representan una descripción fidedigna, toda vez que la diferencia entre un sistema y otro se delimita con una línea muy tenue. Estas distinciones representan *grandes ventajas para el estudio sistemático del proceso penal*, que permite identificar las características del mismo y asociarlo a un marco analítico más general, además de que funcionan como una pauta de observación con la finalidad de comprender, clasificar o distinguir los procesos penales.<sup>6</sup>

A últimas fechas, el sistema penal mexicano vigente ha recibido severas críticas dada su poca efectividad, acentuada en estos últimos años; de ahí que se han

buscando soluciones al problema. Una propuesta en este sentido es la reforma judicial que introdujo modificaciones contundentes a los procedimientos penales con el fin de darle un mejor apoyo al sistema penal.

El 18 de junio de 2008 se publicaron, en el Diario Oficial de la Federación, las iniciativas de la reforma al sistema penal, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Además, en el artículo transitorio, párrafo segundo, refiere que:

*El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero... entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contando a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.*<sup>7</sup>

La reforma judicial plantea un cambio al actual sistema inquisitivo y escrito, sustituyéndolo por un sistema penal acusatorio y oral, mismo que, según algunos académicos y los trabajos legislativos, ha demostrado mayor protección a los derechos de las víctimas y acusados. El sistema inquisitivo se basa en expedientes escritos; esta dinámica crea poca transparencia y se aleja del ciudadano, además de que se presta a la corrupción. Asimismo, se caracteriza por la importancia plena de los elementos probatorios que recoge el Ministerio Público en la etapa de la averiguación previa, en ocasiones con valor probatorio pleno, y sin que se garantice el derecho a una adecuada defensa,

<sup>4</sup> Catedrático de derecho penal y procesal penal. Recibió la distinción del Doctorado Honoris Causa por la UNAM.

<sup>5</sup> Colín Sánchez, G.: *op cit.* p. 77.

<sup>6</sup> Duce J. M. y Riego R. C.: *Introducción al...cit.*, pp. 38-39.

<sup>7</sup> Se pretende como una reforma integral, sin embargo, su aplicación es gradual. Algunos estados de la República Mexicana, ya han transitado hacia un nuevo sistema de justicia penal como son: Nuevo León, en 2004; Chihuahua, en 2006, entre otros.

generando un cúmulo de sentencias condenatorias. El sistema penal acusatorio, por su parte, sienta sus bases en las audiencias públicas y orales, con la presencia del juez, la víctima, el acusado, sus abogados y el público en general.<sup>8</sup> Además, el juez debe tomar una decisión con base en las pruebas expuestas tanto por la parte acusadora como por la parte de la defensa, ambas mostradas de forma equilibrada.

Los aspectos centrales de la reforma fueron:

1. Establecimiento de un sistema acusatorio.
2. Herramientas para combatir eficazmente a la delincuencia organizada.
3. Redefinir la política criminal y asegurar el debido proceso.

El nuevo sistema penal aborda dos factores característicos: por un lado, un régimen de excepción a fin de combatir la delincuencia organizada y las conductas que afectan bienes jurídicos relevantes, en el que se sacrifican muchas de las ventajas del sistema acusatorio; por otro, el sistema acusatorio es de corte garantista, partidario de un Derecho Penal mínimo. Este último sistema ofrece grandes ventajas en materia de la tutela de las prerrogativas fundamentales, pues se estructura a partir de principios orientados a salvaguardar la libertad personal, sobre la base del principio de inocencia, la existencia de jueces de control, jueces de proceso y de ejecución de penas, medidas alternativas para la solución de controversias y procedimientos orales regulados por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

<sup>8</sup> Carbonell, M. y Ochoa Reza, E.: "Ocho Mitos..."cit., pp. 239-240.

### III. Etapas del nuevo procedimiento penal ordinario

Es de considerar que las etapas del procedimiento penal se estructuran con base en los modelos utilizados en Chile en los juicios orales. A últimas fechas, ha habido en México, una intensa capacitación de los jueces chilenos a los mexicanos en diferentes estados de la República, como es el caso de Chihuahua, en donde se ha asesorado a los actuales juzgadores de garantías y orales, con el fin de implementar estrategias ya probadas con éxito en Chile.<sup>9</sup>

El procedimiento penal se estructura en tres grandes etapas:<sup>10</sup> 1) Etapa de Investigación; 2) Etapa Intermedia; 3) Etapa de Juicio Oral. Para fines prácticos de este trabajo, solo haré referencia a la primera etapa.

1) Etapa de Investigación.- La investigación del delito y del autor que los cometió, se lleva a cabo a través del Ministerio Público (agentes de policía ministerial y peritos), además de la intervención del juez, quien resolverá la situación jurídica del imputado. La investigación puede iniciar por denuncia o querrela y el Ministerio Público se encargará del seguimiento de

<sup>9</sup> Molina Martínez, S. J.: "Nociones del..."cit., p. 107.

<sup>10</sup> Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales: artículo 163. Las etapas del procedimiento penal.

*El procedimiento comprende las siguientes etapas: I. La de investigación inicial, que abarca desde la presentación de la denuncia, querrela o su equivalente hasta el ejercicio de la acción penal ante los tribunales correspondientes; y... La del proceso, que comprende las siguientes fases:*

*a. La de plazo constitucional, que comprende desde que el imputado queda a disposición del juez de control, hasta el auto que resuelva sobre la vinculación a proceso;*

*b. La de investigación formalizada, que comprenderá desde el auto de vinculación a proceso hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación;*

*c. La intermedia o de preparación del juicio oral, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio oral;*

*d. La de juicio oral, que comprende desde la radicación del juicio hasta la emisión de la sentencia que pone fin al proceso.*

dicha investigación previa (carpeta de investigación). Posteriormente, según los datos que proporcionen los agentes ministeriales, se puede concluir en: a) ejercer la facultad de no iniciar la investigación; b) archivar temporalmente; c) aplicar el principio de oportunidad; d) iniciar la investigación.

En caso de que, derivado de la investigación, se pueda concluir que existe un delito y un probable responsable, el fiscal podrá formular la imputación, a partir de las pruebas recabadas en una audiencia pública, en presencia del juez de garantías, el imputado y su defensor. El imputado, en el mismo acto procesal, con base en dichas pruebas, que se encuentran incluidas en la carpeta de investigación, puede responder el cargo y rendir su declaración. Una vez escuchadas ambas partes, el Ministerio Público solicitará al juez de garantías que se vincule a proceso al imputado quién, junto con el defensor, expondrán su conformidad o, en su caso, pedirán que se emita la vinculación a proceso dentro de los términos establecidos en la Constitución (72 horas siguientes o 144 al duplicarse<sup>11</sup>), con la finalidad de

<sup>11</sup> PCFPP.- Artículo 361. Plazos para resolver sobre la vinculación a proceso. El plazo a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 19 de la Constitución... se duplicará cuando lo solicite el imputado por sí, o por su defensor, después de rendir su declaración inicial, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar datos de pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica, el Juez deberá señalar fecha y hora para tales efectos. ... Si el imputado requiere del auxilio judicial para citar testigos o peritos a la audiencia de vinculación a proceso, deberá solicitar dicho auxilio al menos con cuarenta y ocho horas de anticipación a la hora y fecha señaladas para la celebración de la audiencia...

Artículo 362. Requisitos para vincular a proceso al imputado. El juez decretará la vinculación a proceso del imputado siempre que se reúnan los siguientes requisitos: I. Que se haya formulado la imputación e informado de su derecho de declarar o abstenerse de hacerlo; II. Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el ministerio público se desprendan datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió

ofrecer los medios de prueba que considere pertinentes.<sup>12</sup>

En el auto de vinculación a proceso, el juez fija como plazo hasta seis meses al Ministerio Público para que cierre la investigación. Dictado el auto, a petición de la fiscalía, *se aplicarán las medidas cautelares al imputado con el objeto de garantizar la reparación del daño a la víctima o, bien, en su persona, para garantizar que no se fugará, obstaculizará la investigación o pondrá en riesgo la seguridad de la víctima*. Concluido el plazo otorgado en el auto de vinculación a proceso, se debe cerrar la investigación. El Ministerio Público puede: a) solicitar sobreseimiento; b) suspensión del proceso; c) acusar formalmente al imputado.<sup>13</sup>

Uno de los objetivos del sistema penal acusatorio es acortar el proceso y tratar de evitar llegar al juicio oral, de modo que se consideran ciertos delitos, como los culposos, patrimoniales o de sanción no mayor de cinco años, durante esta etapa, para presentar salidas alternas o alternativas, tales como: 1) suspensión de proceso a prueba y 2) acuerdos reparatorios. Lo que se pretende es procurar *la reparación del daño en beneficio del ofendido y la víctima; facilitar la rehabilitación y reinserción en la sociedad para el imputado; y el ahorro de recursos materiales y humanos para el Estado*.<sup>14</sup>

Cabe mencionar que esta es una fase predominantemente preparatoria, cuyo objetivo es preparar, en su totalidad, una adecuada presentación en el juicio. La etapa de investigación no tiene carácter probatorio,

*o participó en su comisión. Para los efectos de determinar la existencia del hecho que la ley señale como delito, se estará a lo previsto en el artículo 293 de este código. III. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.*

<sup>12</sup> Molina Martínez, S. J.: op. cit. pp. 107-108.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 109.

es decir, los actos que formen parte de su desarrollo y que contribuyan para el esclarecimiento del caso tendrán solamente un valor informativo para quienes lleven adelante el seguimiento correspondiente (fiscales y policías), no se constituyen *en elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral en las formas que el juicio oral lo requiere*.<sup>15</sup>

#### IV. Medidas cautelares<sup>16</sup>

En cuanto concepto de dichas medidas, ha expuesto que son *calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso*.<sup>17</sup>

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, en su artículo 8, dice lo siguiente: *Las medidas cautelares durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, previstas en este Código, tienen carácter excepcional, y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse*.

El fiscal deberá aportar los datos necesarios que permitan justificar plenamente los supuestos que autorizan las medidas que solicita, ya que la presunción

de inocencia es el estatuto normal del imputado durante el proceso, que garantiza el pleno goce de sus derechos constitucionales. Las medidas cautelares surgen como una *excepción de afectar esa situación normal y general, con fines cautelares*,<sup>18</sup> es decir, es justificable en aras del proceso y se adoptan las medidas de resguardo que significan formas de coerción para el imputado. En consecuencia, las medidas cautelares personales rompen con la lógica de la presunción de inocencia.

El papel del juez es fundamental, así como el del fiscal, quien solicita tales medidas. Se debe verificar la seriedad de los cargos, en el entendido de que, aun estando en la primera etapa, la información con la que cuenta el fiscal debe estar suficientemente fundamentada a propósito de su objetivo. El juez va formando su juicio, pendiente de cómo se va desarrollando el caso y del debate entre las partes. También se encuentra condicionado por las medidas cautelares que se pidan y su duración, *y parece evidente que mientras más graves sean estas medidas y mayor su duración proyectada, mayor será la exigencia del juez en torno a aquilatar la fortaleza del caso que se le plantea*.<sup>19</sup>

Las medidas cautelares que pueden ser invocadas en la vinculación a proceso por el Ministerio Público y contraargumentadas por la defensa, son, según el Artículo 169 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua:

- I. *La presentación de una garantía económica suficiente en los términos del Artículo 176;*
- II. *La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Juez;*
- III. *La obligación de someterse al cuidado o vigilancia*

<sup>15</sup> Duce J., M. y Riego R., C.: *op. cit.* pp. 115-116.

<sup>16</sup> Atendiendo a su objeto, las medidas cautelares se clasifican en: a) Medidas Personales: se imponen limitaciones del derecho a la libertad personal. b) Medidas Cautelares Reales: las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.

<sup>17</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Edit. Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, p. 2091.

<sup>18</sup> Duce J., M. y Riego R., C.: *op. cit.* p. 246.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 243-249.



*de una persona o institución determinada, que informe regularmente al Juez;*

*IV. La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o ante la autoridad que él designe;*

*V. La colocación de localizadores electrónicos, sin que medie violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;*

*VI. El arraigo, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga;*

*VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;*

*VIII. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;*

*IX. La separación inmediata del domicilio, cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima conviva con el imputado;*

*X. La suspensión de derechos, cuando exista riesgo fundado y grave de que el imputado reitere la misma conducta que fue motivo del auto de vinculación a proceso; [Fracción reformada mediante Decreto No. 1062-07 XIII P.E., publicado en el P.O.E. No. 82 del 13 de octubre de 2007]*

*XI. Internamiento en centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite; y*

*XII. La prisión preventiva, a menos que el delito imputado tuviera señalada pena alternativa o no privativa de libertad.*

*En cualquier caso, el Juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida conforme el artículo siguiente.*

## **V. Presunción de inocencia y la prisión preventiva**

Uno de los principios rectores del proceso penal acusatorio, incorporado en la Constitución Mexicana en el artículo 20 apartado A, es proteger al inocente. Este principio, de acuerdo con el Artículo 5° del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, se concreta en lo que se conoce como *presunción de inocencia*, este precepto establece que:

*El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código...*

Del principio de presunción de inocencia se infiere que todas las personas son inocentes hasta no demostrar lo contrario.<sup>20</sup> Partiendo de esta base, se entendería que una persona inocente debe ser tratada como tal y, por tanto, gozar de su libertad. En un Estado social y democrático de Derecho, la restricción de la libertad solo puede proceder cuando existan pruebas suficientes de que el sujeto cometió un delito. Si el Estado detiene a una persona por simples sospechas o presunciones, ya no estará tratando a la persona como inocente, sino con la presunción de que es un delincuente. La presunción de inocencia implica una ventaja para el ciudadano que la propia Constitución atribuye a la persona

<sup>20</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, señala, en su artículo XXVI que: *...se presume inocente, hasta que se demuestre que es culpable.*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone, en su artículo 11, inciso 1, que: *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

que se encuentra como parte acusada o es objeto de persecución penal.<sup>21</sup>

En contraste con lo antes expuesto, la prisión preventiva es definida por Llobet Rodríguez, como: *la privación de la libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o para evitar la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad.*<sup>22</sup> Cabe mencionar que, cuando se solicite la prisión preventiva no se impondrá alguna medida adicional.

Atendiendo al artículo 169 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el legislador previó, en la última fracción, la prisión preventiva y enfatizó que solo se podrá aplicar de manera absolutamente excepcional, tal y como se desprende de este precepto que establece:

*El juez podrá dictar el auto de vinculación a proceso imponiendo una o varias de las medidas señaladas, pero la prisión preventiva solo procederá cuando se den los presupuestos del art. 173 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que establece:*<sup>23</sup>

*Además de las circunstancias generables exigibles para la imposición de las medidas cautelares personales, la prisión preventiva solo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la*

*sustracción a la acción de la justicia del imputado, la obstaculización de la investigación o del proceso, el riesgo para la víctima u ofendido o que incurra en una conducta delictiva similar a la que se le atribuye, mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para el imputado.*

*En todos los casos, se considerará que hay necesidad de imponer la presente medida cautelar, por la importancia del daño a resarcir y la magnitud de las penas o medidas de seguridad que pudiera corresponder al imputado, en los términos de las fracciones II y IV, inciso A) del Artículo 172 del referido Código Procesal, cuando se trate de los siguientes delitos: homicidio simple y calificado, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura, violación, trata de personas, robo previsto en la fracción II del Artículo 212 y el robo de vehículos a que se refieren la fracción IX del Artículo 211 y la fracción III del Artículo 212, todos del Código Penal del Estado de Chihuahua; por lo que habrá lugar a la prisión preventiva del imputado por el peligro de sustracción de la justicia.*

De lo anterior, se advierten varias cuestiones:

a) Cuando se priva de la libertad a la persona, se suprime dicha garantía y esta supresión solo se justifica cuando se le declara condenado en una sentencia a ser privado de su libertad, por lo que la prisión preventiva<sup>24</sup>

<sup>24</sup> PFP. Artículo 333. Cesación de la prisión preventiva: La prisión preventiva finalizará cuando: I. Nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; o II. Transcurra el tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso, el cual en ningún caso podrá ser superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que su internamiento implique condiciones precarias para su salud, se estará a lo previsto por el artículo 326 de este código.

<sup>21</sup> Díaz-Aranda, E.: *Proceso Penal...*cit., pp. 381-384.

<sup>22</sup> Llobet Rodríguez, J.: *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José de Costa Rica, UCI, 1997. p. 35. Citado por Díaz-Aranda, E.: *op. cit.* p. 400.

<sup>23</sup> Díaz-Aranda, E.: *op. cit.* p. 399.

implica una condena sin juicio previo. Entonces ¿qué sucede si al final del juicio resultara absuelto, implica que se impuso una pena sin juicio previo a un inocente?

b) El nuevo modelo procesal acusatorio incumple con el segundo párrafo del artículo 173 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el cual presupone que en determinados delitos hay peligro de sustracción de la justicia, y ello resulta contrario al principio de presunción de inocencia, vulnerando esta garantía constitucional en perjuicio del imputado.<sup>25</sup> Con relación a estos aspectos, el doctor Enrique Díaz Aranda comenta que, en Alemania, el Código de Procedimientos Penales también contiene una disposición similar, la cual ha sido criticada por Schünemann; en los términos siguientes:

*El motivo de prisión denominado “gravedad de los hechos” (SS 112, ap. 3 StPO) que significa strictu sensu la falta de todo motivo para mantener a alguien en prisión. Este motivo proviene del pensamiento nacionalsocialista, del mismo modo que la detención preventiva, y también igual que ella destruyó desde hace tiempo los titubeantes esfuerzos del Tribunal Constitucional alemán por fijar límites para fijar límites. En efecto, el Tribunal había declarado constitucional la detención preventiva primeramente sobre la idea de que esta estuviera prevista solo para graves delitos sexuales y, de esa manera, para proteger a un círculo de personas especialmente desamparadas. Sin embargo, de esto no ha quedado nada en el actual catálogo del SS 112 a StPO. Mediante la extensión del SS 112 a, ap. 1, núm. 2. StPO a los casos graves de quebrantamiento de la paz estatal, lesiones corporales*

*peligrosas, hurto especialmente grave, receptación comercial y en banda, como así también la estafa y a numerosos delitos de la Ley de estupefacientes (Betäubungsmittelgesetz), la restricción realizada por el Tribunal Constitucional fue, por así decirlo, burlada.*<sup>26</sup>

Como expone el autor alemán, el criterio de gravedad del hecho fue utilizado por el régimen nacionalsocialista, con el fin de privar a los individuos de la libertad y mantenerlos en esa situación hasta antes de la sentencia; sin embargo, sucedió en esas épocas, que las personas murieron antes de ser sentenciados.

c) La función de la prisión preventiva como medida cautelar, señala Díaz-Aranda, únicamente puede tener como objetivo asegurar que la pena a aplicar será cumplida, por lo que no es conveniente la existencia de las presunciones legales sobre la procedencia de dicha medida cautelar por la comisión de ciertos delitos. El juez podría restringir los posibles efectos perjudiciales del párrafo segundo del artículo 173 solicitando, por lo menos, *la plena acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.*<sup>27</sup>

d) Tomando en consideración esa opinión, en Chihuahua, para recurrir a la prisión preventiva como medida cautelar, en caso de que no se pueda evitar la sustracción de la acción de la justicia del imputado, la obstaculización del proceso o el peligro para la víctima u ofendido, se debe tomar en cuenta que, tal y como lo marca el sentido del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua *como regla general, en el auto de vinculación a proceso se utilizará una medida cautelar diversa a la prisión preventiva, la cual solo se ordenará*

<sup>25</sup> Díaz-Aranda, E.: op. cit. p. 400.

<sup>26</sup> Citado por Díaz Aranda, E.: op. cit. p. 401.

<sup>27</sup> Ídem.

*excepcionalmente*. Por otra parte, en el caso de imputarse la prisión preventiva sin cumplir con los requerimientos necesarios o el fundamento de la medida cautelar no estuviera razonado en su totalidad, el imputado podrá apelar la resolución del juez, como lo prevé el del Código mencionado:<sup>28</sup>

Este tratamiento a la prisión preventiva coincide con lo que el legislador de Chihuahua mencionó antes de que entrara en vigor el Código citado:

*...en lo relativo a las medidas cautelares personales... que conforme lo exigen las normas y estándares internacionales, la aplicación de la prisión preventiva se establece como una medida de última ratio, cuya aplicación no depende del delito imputado, sino de la necesidad de la medida por existir riesgo grave de fuga, de obstaculización de la investigación o peligro para la víctima u ofendido. Extremos que, en concordancia con el principio de presunción de inocencia, la nueva ley no presume, sino que deben ser acreditados por el Ministerio Público.*<sup>29</sup>

Se estima, pues, que el legislador solo se enfocó en las situaciones excepcionales por las que se puede privar de la libertad al individuo (por temor a que se evada; que entorpezca el proceso o que haya peligro para la víctima u ofendido). Por ello, es posible deducir que esa orientación de la prisión preventiva solo puede ser materializada, configurándose alguno de los tres supuestos, ya que, de lo contrario, se pueden dictar medidas cautelares al imputado que le permitan gozar de su libertad.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> *Ídem*.

<sup>29</sup> Díaz-Aranda, E.: *op. cit.*, p. 389.

<sup>30</sup> *Ídem*.

No olvidemos que la prisión preventiva se encuentra plasmada en el artículo 18 constitucional que dispone: *Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva...*

Por otra parte, el artículo 19, fracción II, de la Constitución dispone: *la prisión preventiva solo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados*; sobre este aspecto, los legisladores argumentaron que se privilegió el principio de subsidiariedad y excepcionalidad,<sup>31</sup> en virtud de que este diseño es más adecuado con el principio de inocencia, aunque, como se puede apreciar, de igual modo resulta incongruente con este principio.

Del artículo 19 constitucional se desprenden dos posibilidades de procedencia de la prisión preventiva:

- 1) A petición del Ministerio Público;
- 2) Ordenada de oficio por el juez sin ninguna excepción.

En la primera, el Ministerio Público puede solicitar al juez la prisión preventiva *cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, los testigos o de la comunidad*.<sup>32</sup> De acuerdo con el autor García Ramírez, *la protección a la comunidad es muy amplia y abre las puertas al uso excesivo de la preventiva*,<sup>33</sup> continuando con el párrafo constitucional: *hay que advertir que*

<sup>31</sup> El principio de subsidiariedad, en su definición más amplia, dispone que un asunto debe ser resuelto por la autoridad (normativa, política o económica) más próxima al objeto del problema. Principio de excepcionalidad, la regla general es: la libertad. Por lo que solo deben decretarse cuando resulten absolutamente indispensables: carácter eventual.

<sup>32</sup> García Ramírez, S. e Islas de González Mariscal, O.: "La reforma constitucional..."cit., p. 220.

<sup>33</sup> *Ídem*.



*cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión del delito doloso,* concerniente a esta línea, considero importante lo que la autora Islas de González Mariscal nos señala, y es que no se especifica sobre la naturaleza o gravedad de tal delito doloso, por lo que las consecuencias a futuro son de pensarse. En el caso de la prisión preventiva oficiosa, no se definen los requisitos que se enumeran para la solicitud del Ministerio Público, y solamente se mencionan, de modo general, los delitos que el juez deberá tomar en cuenta:

Uno de los autores que se han dedicado al tema de la prisión preventiva es Zepeda Lecuona, quien hace un análisis sobre la situación de la prisión preventiva en México:

*La prisión preventiva en México es indebida, exorbitada, injusta y costosa. Es indebida porque contradice principios constitucionales y del derecho internacional; es exorbitada porque la autoridad la utiliza extensa e indiscriminadamente: aproximadamente la mitad de las personas señaladas como probables responsables son encarceladas. El día de hoy, aproximadamente 82 mil personas están privadas de su libertad esperando a que las investigaciones y sus procesos concluyan (representan el 42.7% de las personas encarceladas). Además la prisión preventiva es una realidad en expansión: el número de personas encarceladas a pesar de no ser aún sentenciadas va en aumento desde hace 10 años. La prisión preventiva constituye, entonces, uno de los temas urgentes de la reforma.<sup>34</sup>*

<sup>34</sup> Zepeda Lecuona, G.: *Los mitos de la prisión preventiva en México*, Open Society Justice Initiative, México 2004. Citado en *El Sistema Penal Acusatorio en México: Estudios sobre su Implementación en el Poder Judicial de la Federación*. México 2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Pareciera que la nueva reforma incluye un sistema distinto al que aplica en el sistema penal acusatorio, es decir, el Derecho Penal de excepción para los delitos de delincuencia organizada y para otros que ofenden gravemente a la sociedad. La prisión preventiva es oficiosa en los casos de delincuencia organizada: homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Con ello, se observa nuevamente la contradicción que este tratamiento tiene con el principio de inocencia, en virtud de que vulnera los derechos fundamentales del individuo. Por esta razón, se debe reflexionar sobre dicha medida cautelar, que se puede aplicar cuando el proceso acusatorio apenas se encuentra en la primera etapa, donde las pruebas todavía no han sido valoradas y, aun así, se puede solicitar la orden de aprehensión por haberse cometido alguno de los ilícitos antes citados, avalando recluir al imputado en tanto se continúa con el proceso correspondiente.

Es importante señalar que el legislador de Chihuahua se pronunció a favor de privilegiar la libertad, con argumentos que se estiman válidos, como los siguientes:

*... es claro como nuestra propia Constitución Federal violenta el tercer aspecto de la presunción de inocencia, al establecer que la prisión preventiva debe aplicarse en automático a personas imputadas de ciertos delitos que el legislador califique como graves, convirtiéndola así en una pena anticipada. Esto es, la prisión preventiva en nuestro país no se utiliza para garantizar los fines del proceso o la seguridad*



*de las víctimas u ofendidos, sino, por disposición constitucional, se utiliza para meter presos a personas antes de declararlas culpables...*<sup>35</sup>

## VI. Conclusión

Sin duda, el nuevo sistema penal acusatorio, da un giro contundente al sistema vigente. El sistema acusatorio se manifiesta como un sistema garantista, incluyendo –entre sus principios fundamentales– el de la presunción de inocencia, mismo que concede al imputado seguridad jurídica.

Sin embargo, considero que el legislador tendrá que trabajar a fin de que las medidas cautelares y, en particular la prisión preventiva, no se terminen aplicando como una regla general, sin tomar en cuenta que debe ser una excepción.

Asimismo, la prisión preventiva puede resultar una carga para el Estado, por lo que hay que mejorar las exigencias probatorias en la primera etapa, para anticipar el juzgamiento, dándole mayor legitimidad y, por tanto, más estabilidad a la decisión sobre la prisión preventiva. Este efecto contribuye al compromiso de buscar un juzgamiento en un plazo razonable,<sup>36</sup> además de cumplir con el objetivo consistente en darle veracidad al juicio, de modo tal que se tenga, por un lado, la certeza de que el culpable es condenado y, por otro, que se garantice la absolución del inocente.

No se descarta en la interpretación que hizo el constituyente permanente, el buen deseo de contar con instrumentos eficaces para combatir el alto índice de delitos graves, por ejemplo, los vinculados al narcotráfico

y a la delincuencia organizada. Sin embargo, la idea de decretar oficiosamente la prisión preventiva en esos casos puede parecer una contradicción, por atentar contra el principio de inocencia.

Hay que resaltar, en definitiva, que la prisión preventiva está supeditada a algunos presupuestos bien definidos: cuando exista peligro de que el imputado evada a la acción de la justicia, peligro para las víctimas o para el ofendido, en todos los casos de delitos graves.

## VII. Bibliografía

- Colín Sánchez, Guillermo: *Derecho Mexicano de Derechos Penales*, México, Porrúa, S.A., 1970.
- Díaz-Aranda, Enrique: *Proceso Penal Acusatorio y Teoría del Delito*, Straf, México, 2008.
- Duce J., Mauricio y Riego R., Cristian: *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Volumen 1, Escuela de Derecho, Universidad Diego de Portales, 2002.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

### Fuentes bibliográficas en internet

- Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique. “Ocho Mitos y Realidades sobre los Juicios Orales”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *El Sistema de Justicia Penal en México: Retos y Perspectivas* [http://enriqueochoareza.com/articulos/uploads/1/El\\_sistema\\_de\\_justicia\\_penal\\_en\\_mexico-1.pdf](http://enriqueochoareza.com/articulos/uploads/1/El_sistema_de_justicia_penal_en_mexico-1.pdf)
- Molina Martínez, Sergio Javier. “Nociones del Juicio Oral en el estado de Chihuahua”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, [www.](http://www.)

<sup>35</sup> *Consideraciones del dictamen...* pp.15-16, citada por Díaz-Aranda, E.: *op. cit.* p. 389.

<sup>36</sup> Duce J., M. y Riego R., C.: *op. cit.* p. 266.

[ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/.../RIJ26-06AMolina.pdf](http://ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/.../RIJ26-06AMolina.pdf)

- García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (Coordinadores). “La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal.” <http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/jornadasJusticiaPenal.pdf>

### **Legislación**

- *Código de Procesos Penales de Chihuahua*
- *Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales*

### **Documentos oficiales**

- *Consideraciones del dictamen que presentaron las Comisiones Unidas de justicia y Derechos Humanos, de gobernación y puntos constitucionales, de participación ciudadana y de seguridad pública, sobre el segundo dictamen relativo a la reforma integral al sistema de justicia penal, en el cual fue aprobado por unanimidad. Reforma Integral, construyendo el nuevo sistema de justicia penal. Poder Legislativo del Estado de Chihuahua. 15 de junio de 2006. 165 págs.*

## **Sección Segunda**

### *PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA*

---

## **La Desaparición Forzada de Personas y sus implicaciones dogmáticas**

*Ángel Alonso Trujillo\**

RESUMEN: La desaparición forzada de personas como método de represión contra los opositores del régimen ha sido utilizada por el Estado mexicano, principalmente en la década de los setenta; este delito ha sido tipificado en diversos instrumentos internacionales, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La descripción típica que se desprende del artículo 215-A del Código Penal Federal no se ajusta a los estándares internacionales, no incluye todas las formas de participación que contiene el artículo II de la Convención Interamericana, pues considera como sujeto activo, únicamente a quien tenga la calidad especial de servidor público, esto genera impunidad para las personas o grupo de personas que, con la aquiescencia del Estado, priven de la libertad a la víctima de este delito. La Corte Interamericana ha reconocido a los familiares de la persona desaparecida como sujetos pasivos, se reconoce que el bien jurídico que se tutela es pluriofensivo, lesionándose fundamentalmente la libertad, la integridad corporal, la vida y el reconocimiento a la personalidad jurídica. Este delito es de naturaleza permanente, mientras no

---

\* Defensor Público Federal adscrito al Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal en el Distrito Federal.

se establezca el destino o paradero de la víctima, lo que conlleva a que los plazos de prescripción inician a partir de que el sujeto pasivo aparece vivo o muerto, además las nuevas normas, que surjan mientras no cese la consumación, son aplicables sin que esto represente una aplicación retroactiva de la ley. La competencia militar solo surte cuando se afecten bienes jurídicos del orden militar, pero no cuando se vulneren derechos humanos de la población civil. Existe incongruencia entre la pena prevista en el artículo 215-B del Código Penal Federal y la lesión al bien jurídico que se protege.

SUMARIO: I. Marco contextual. II. Noción del caso Rosendo Radilla Pacheco. III. Descripción típica del delito de desaparición forzada de personas. IV. El problema de la autoría y participación delictiva. V. Sujeto pasivo. VI. Bien Jurídico. VII. La desaparición forzada como delito permanente. VIII. La retroactividad de la ley (declaración interpretativa), IX. La prescripción. X. Régimen de reserva. XI. La pena. XII. Conclusiones. XIII. Fuentes de investigación.

## Introducción

El delito de desaparición forzada de personas ha sido considerado como un delito de lesa humanidad por afectar, de manera grave, los derechos humanos de quien la padece; por esa razón y con motivo de la sentencia de condena dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Mexicano, en el caso Radilla Pacheco, ha surgido la curiosidad de quien escribe estas líneas, de explorar sobre sus implicaciones

de carácter dogmático en el ámbito penal, para lo cual, se hará referencia, en primer lugar, al contexto histórico en que se ha desarrollado este fenómeno, haciendo una noción del caso Radilla Pacheco, esto resulta necesario para contextualizar la desaparición forzada de personas. Más adelante, se conocerá la descripción típica de este delito contenida en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y, por supuesto, también el artículo 215-A del Código Penal Federal; de esta manera se conocerán las discrepancias existentes entre la norma internacional y la doméstica. También se abordará el problema de la autoría y participación delictiva, en donde se observará que el tipo penal previsto en el Código Penal Federal sobre desaparición forzada de personas, restringe los ámbitos de responsabilidad penal a título de autor, solo a quien tenga la calidad especial de servidor público, dejando fuera de este supuesto a las personas o grupos de personas que, con la aquiescencia de agentes estatales, priven de la libertad a su víctima. Otro tema que se estudiará será el del sujeto pasivo, donde cobra relevancia el criterio de la Corte Interamericana al reconocerles este carácter a los familiares de la persona desaparecida. El bien jurídico que se tutela en este delito también será tratado, toda vez que tiene la peculiaridad de ser considerado de carácter pluriofensivo y, desde mi perspectiva, tiene preeminencia la afectación al reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona desaparecida. La naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas es un tema de gran importancia, pues de su correcta comprensión

se podrá resolver, de manera atinada, el problema de la retroactividad de la ley y de la prescripción. Se conocerá también el llamado régimen de reserva, privilegiando la relevancia que tiene el bien jurídico que se ve lesionado cuando interviene personal militar en la comisión de este delito y de donde se determina la competencia del juez que debe conocer de estos hechos. Finalmente, se harán unas breves reflexiones en relación con la pena, se explorará cuál es la punibilidad prevista por el artículo 215-B del Código Penal Federal, y si esta es o no proporcional a la lesión del bien jurídico tutelado. Asimismo, por lo que se refiere a la ejecución de la pena, se conocerá si las personas que cometen este delito tienen derecho a la concesión de beneficios de preliberación.

Finalmente, lo que se pretende con este trabajo es brindar, a los estudiosos del Derecho Penal, una herramienta que les permita conocer y comprender, de manera más clara, en qué consiste el delito de desaparición forzada de personas y cuáles son sus implicaciones dogmáticas.

## I. Marco contextual

La práctica de la desaparición forzada de personas empieza durante la Segunda Guerra Mundial, con los crímenes del nazismo, concretamente el 7 de diciembre de 1941, cuando el Alto Supremo Comando Alemán promulgó un decreto denominado *Nacht und Nebel* (noche y niebla), sobre directrices para procesar a las personas que hubieran cometido crímenes contra el Reich de la potencia ocupante de los territorios ocupados; fue un método eficaz que dejaba, tanto a las familias de la víctima como a la población, en una ignorancia total sobre la suerte de la víctima.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Parayre, S.: “La desaparición...”cit., p. 26. Véase también [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr4.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr4.pdf)

A finales de la Segunda Guerra Mundial fue cuando el Derecho Internacional Humanitario se preocupó sobre el tema de las desapariciones de personas en combate; actualmente, la inquietud se centra en el motivo por el cual el Estado utiliza esta práctica como método represivo.

Históricamente, la desaparición forzada de personas ha sido utilizada como un procedimiento de represión e intimidación de la población por parte de regímenes políticos autoritarios o dictatoriales. Recurrir a ella provoca situaciones de gran angustia e incertidumbre, puesto que uno de sus objetivos es eliminar a los opositores de un determinado régimen, borrando todo rastro de las personas víctimas de esta práctica. En América Latina, la desaparición forzada de personas se extendió durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, especialmente en países con gobiernos dictatoriales, autoritarios, o que experimentaron conflictos sociales o armados internos (Chile, Argentina, Uruguay, Haití, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Brasil, Honduras, Colombia y México).

Producto de una política continental de dominación, las desapariciones no son un rasgo exclusivo de las dictaduras militares, ya que México, con un gobierno civil electo democráticamente, ha sido escenario de desapariciones forzadas de personas.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> El 5 de marzo de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, a través del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas, rindió un informe en el que sostuvo que funcionarios públicos de México participaron en desaparición forzada en la época de la denominada guerra sucia; en la desaparición intervinieron grupos criminales o particulares con el apoyo directo e indirecto de funcionarios estatales; se han reportado tres mil desapariciones a partir del año 2006, el Estado mexicano ha realizado detenciones arbitrarias por militares en contra de miembros de la población civil en los estados de Guerrero, Coahuila, Chihuahua, Nuevo León y Tamaulipas, además se han detectado actos de



Ha sido documentado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en su Recomendación 26/2001, que en México, en la llamada *guerra sucia de los años 70* en diversas partes del territorio mexicano tuvieron lugar numerosas desapariciones forzadas, a las personas reportadas como desaparecidas se les conculcaron diversos derechos, los casos que fueron examinados por la Comisión Nacional tienen la característica de haber tenido lugar en circunstancias políticas, sociales y económicas particulares. Sobre esta temática, la Comisión Nacional expuso que:

*...en el escenario de la sucesión presidencial de 1970, mientras a la vista se desarrolló una lucha político-electoral sin sorpresas ni sobresaltos, decenas de activistas se ubicaron en la clandestinidad, dedicados de tiempo completo a tareas propias, como paso previo y necesario para el ulterior desarrollo de las acciones... Entre 1973 y 1974 se exacerban las acciones guerrilleras y la contrainsurgencia. La Liga Comunista 23 de Septiembre pasó a un primer plano del enfrentamiento con el gobierno federal a partir del fallido secuestro y consiguiente asesinato del empresario neoleonés Eugenio Garza Sada, en*

tortura por parte de elementos del Ejército Mexicano en contra de civiles; las personas más vulnerables son, actualmente, mujeres, migrantes, defensores de derechos humanos y periodistas; se recomendó retirar a corto plazo a las fuerzas militares de las operaciones de seguridad pública; se pide que México regule el uso de la fuerza por parte del ejército y corporaciones policiacas conforme a los principios de racionalidad, proporcionalidad, legalidad y total respeto a los derechos humanos. México carece de una política integral para hacer frente al fenómeno de las desapariciones forzadas, las autoridades se niegan a iniciar las investigaciones de manera inmediata, dejan pasar setenta y dos horas, tiempo en que se pueden borrar evidencias; las víctimas no confían en las autoridades para denunciar este delito; se propuso eliminar de la legislación nacional el arraigo, pues esta medida habilita el asilamiento hasta por ochenta días, sin cargos, sin abogado, y, en muchos casos, provocando el desconocimiento del paradero del detenido; México es omiso en sancionar a los autores de este delito y garantizar la verdad y reparación del daño. Cfr. Periódico *La Jornada*, cit.

*septiembre de 1973. A este acontecimiento le sucede una etapa marcada por medidas drásticas contra la guerrilla: la detención ilegal, la tortura y la desaparición forzada e, incluso, probables ejecuciones extralegales de militares y dirigentes...*

*Otros agrupamientos importantes de la guerrilla mexicana fueron la “Brigada Campesina de Ajusticiamiento del Partido de los Pobres”, dirigida por el profesor Lucio Cabañas, que tuvo presencia básicamente en el estado de Guerrero... Sus principales acciones fueron, además de emboscadas al Ejército y a las fuerzas de seguridad, el secuestro en 1974 del gobernador electo de Guerrero, Rubén Figueroa.*

*También tuvo impacto en la opinión pública el grupo comandado por el profesor Genaro Vázquez Rojas, la “Asociación Cívica Nacional Revolucionaria” (ACNR), con presencia principal también en Guerrero, organización que no sobrevivió, como guerrilla, a la muerte de su líder en febrero de 1972.*

*Contra estos grupos, la política antisubversiva se caracterizó, al menos hasta 1981, por tener facultades prácticamente ilimitadas. Su operación estuvo a cargo de grupos especialmente formados por algunas corporaciones de la seguridad del Estado, (Brigada Blanca o Brigada Especial) encabezada por la Dirección Federal de Seguridad...*

*...la violencia continuó hasta inicios de la década de los ochenta y se tradujo en acciones armadas, enfrentamientos, con la continuación de los excesos de los organismos antisubversivos y las consecuentes desapariciones forzadas que engrosaron la relación de hechos ilegales.<sup>3</sup>*

<sup>3</sup> Cfr. Recomendación 026/2001 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

## II. Noción del caso Rosendo Radilla Pacheco

La Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>4</sup> en el caso Radilla Pacheco expuso, entre otras cosas, que los hechos consistieron en la detención y posterior desaparición del señor Rosendo Radilla Pacheco, sufrida el 25 de agosto de 1974, cuando contaba con 60 años de edad. En ese momento lo acompañaba su hijo Rosendo Radilla Martínez, de escasos 11 años, viajaban en un autobús desde Atoyac de Álvarez a Chilpancingo, Guerrero. El autobús fue detenido en un retén en donde agentes militares hicieron descender a todos los pasajeros para inspeccionarlos. Posteriormente, los pasajeros abordaron nuevamente el autobús para continuar el viaje. El autobús fue detenido en un segundo retén; los agentes militares solicitaron a los pasajeros descender del autobús para revisar su interior; seguidamente, se indicó a los pasajeros que abordaran el autobús, excepto el señor Rosendo Radilla Pacheco, quien quedó detenido porque componía corridos. Lo anterior se desprende de la declaración del único testigo de su detención, su hijo Rosendo Radilla Martínez.

El 28 de agosto de 1974, según informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Rosendo Radilla Pacheco fue ingresado al Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez. Esta es la última noticia que se tiene registrada de su paradero. Se dice que una de las causas de la detención y, posterior desaparición, fue porque el 6 de junio de 1974 la Brigada Campesina secuestró al gobernador electo del Estado de Guerrero Rubén Figueroa.

<sup>4</sup> Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Resolución de la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2009.

No fue sino hasta el 14 de mayo de 1999, cuando Tita Radilla formuló la correspondiente denuncia penal por la desaparición de su padre el señor Rosendo Radilla Pacheco. El 15 de noviembre de 2001 se presentó denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y por la Asociación de Familiares de Detenidos, Desaparecidos y Víctimas de Violación de los Derechos Humanos en México. El 15 de marzo de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en razón del incumplimiento del Estado Mexicano a las recomendaciones emitidas por esa Comisión, sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia de condena en contra del Estado Mexicano, por considerarlo responsable de la violación a diversos derechos humanos en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco y algunos familiares de este. El 14 de julio de 2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó resolución relacionada con el expediente varios 912/2010 y, en lo esencial, reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y resolvió dar cumplimiento a la sentencia de condena dictada por la instancia internacional.

## III. Descripción típica del delito de desaparición forzada de personas

En el ámbito doctrinal, siguiendo a Juan José Gómez Camacho, podemos sostener que la desaparición forzada de personas tiene la siguiente connotación:

*...la característica distintiva de la desaparición forzada de personas, y de la que se deriva su extrema*

*gravedad, es que en este caso el Estado no solo priva de la libertad e incluso con frecuencia de la vida a una persona, sino que lo hace en forma clandestina, sin dejar rastro alguno, ni de la persona ni de su suerte. Y, lo más importante, sin que exista una posibilidad real de siquiera demostrar que la persona está efectivamente desaparecida. Este es un delito específicamente diseñado para anular la protección de la ley y de las instituciones y para dejar a las víctimas en absoluto estado de indefensión...*<sup>5</sup>

Cuatro instrumentos internacionales tipifican el delito de desaparición forzada de personas, a saber:

1. Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992.

*Que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndose así a la protección de la ley.*<sup>6</sup>

2. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dictada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

<sup>5</sup> Gómez Camacho, J. J.: "La desaparición..."cit., pp. 28-29. Véase también [portal.sre.gob.mx/imr/pdf/GomezCam.pdf](http://portal.sre.gob.mx/imr/pdf/GomezCam.pdf)

<sup>6</sup> Cfr. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 47/133 de 18 de diciembre del 1992.

*Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.*<sup>7</sup>

3. Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998.

*La aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.*<sup>8</sup>

4. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 22 de junio de 2006.

*El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la*

<sup>7</sup> Cfr. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: Aprobada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994.

<sup>8</sup> Cfr. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

*suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.*<sup>9</sup>

El Código Penal Federal, en el artículo 215-A,<sup>10</sup> contempla el tipo penal de desaparición forzada de personas con la siguiente descripción típica:

*Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia,<sup>11</sup> ha considerado que, dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva, y la naturaleza de los derechos lesionados, el concepto de desaparición forzada de personas se ha consolidado internacionalmente en tanto grave violación de derechos humanos. Esta caracterización resulta consistente con otras definiciones contenidas en

<sup>9</sup> Cfr. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006.

<sup>10</sup> El Estado mexicano hizo un deficiente intento de ajustar su legislación interna a los estándares internacionales en materia de tipificación del delito de desaparición forzada de personas, pues fue hasta el 1 de junio de 2001, fecha en que se publicó la reforma legislativa por la que se reformó y adicionó al título Décimo del Código Penal Federal, bajo el rubro Delitos Cometidos por Servidores Públicos, un Capítulo III Bis denominado Desaparición Forzada de Personas, creando los artículos 215-A, 215-B, 215-C y 215-D; sin embargo, pienso que el tipo penal de desaparición forzada de personas debió haber sido incorporado en el Título Tercero del Código Penal Federal, intitulado Delitos contra la Humanidad, en razón de que la desaparición forzada ha sido considerada como un crimen de lesa humanidad, no solo por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, sino también por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin soslayar que, para que se trate de un delito de lesa humanidad, deberá consistir en un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil y que, además, el Estado tenga conocimiento de dicho ataque.

<sup>11</sup> Cfr. "Caso Gelman..."cit.

diferentes instrumentos internacionales, que señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos; y, c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.

Por su parte, la Corte Interamericana, en la sentencia del caso Radilla Pacheco, sostuvo:

*La caracterización pluriofensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada se desprende no solo de la propia definición del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la cual el Estado mexicano es parte desde el 9 de abril de 2002, los travaux préparatoires a esta, su preámbulo y normativa, sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de estos; y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada. Además, la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales, coinciden con la caracterización indicada.*<sup>12</sup>

Los elementos típicos de la desaparición forzada de personas se desprenden, fundamentalmente, de los cuatro instrumentos internacionales a los que ya se hizo referencia; a saber, la Declaración sobre la Protección de

<sup>12</sup> *op. cit.*, párrafo 140.



todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención Internacional sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Como se observa, el artículo 215-A del Código Penal Federal no se ajusta a los estándares adoptados por los instrumentos internacionales, y tampoco por los criterios sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia pues, desde mi perspectiva, el tipo penal de desaparición forzada de personas que contiene nuestra legislación interna se limita a describir los siguientes elementos: a) que el activo tenga la calidad especial de servidor público; b) que participe o no en la detención legal o ilegal de una o varias personas; y; c) que, independientemente de su participación, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

La nota distintiva de la desaparición forzada de personas con otras formas de privación de la libertad, consiste, precisamente, en que esta se ejecute o pretenda ejecutar, no únicamente por particulares, sino por agentes estatales y, por supuesto, por personas o grupos de personas que con la autorización, apoyo o aquiescencia de los primeros, priven de la libertad a una persona o grupo de personas o, como lo sostiene el Estatuto de Roma, por una organización política, pero con la aquiescencia de los agentes del Estado; que luego de la privación de libertad, sea esta legal o ilegal, los agentes estatales no den información, se nieguen a reconocer la privación de libertad o informar sobre el paradero de la víctima. Algo que a mi juicio resulta fundamental es que, con la conducta omisiva, se impida el ejercicio de los recursos legales y de las garantías

procesales pertinentes en perjuicio del sujeto pasivo de este delito. Así, se hace necesaria una norma integral que comprenda un concepto del delito, que contenga todos los elementos constitutivos del ilícito penal acorde a los estándares adoptados, fundamentalmente, por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.<sup>13</sup>

#### **IV. El problema de la autoría y participación delictiva**

Una de las implicaciones dogmáticas que se desprende de la redacción del artículo 215-A del Código Penal Federal, en relación con el sujeto activo, es la de considerar como autor del delito de desaparición forzada de personas, a quien reúna la calidad especial de servidor público; se trata, entonces, de un delito cualificado que restringe los ámbitos de responsabilidad penal y que por ello genera impunidad, pues no es posible imputar el resultado típico, a título de autor, a quien, a pesar de haber intervenido en su comisión, no reúna la calidad específica de servidor público. Sin embargo, dadas las condiciones especiales, no únicamente del país, sino de la forma en que se perpetra esta clase de delito, no siempre puede considerarse como

<sup>13</sup> Cfr. Sentencia Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, en donde, de manera esencial, se condena al Estado mexicano a implementar la reforma legislativa correspondiente con la finalidad de armonizar nuestra legislación interna con la internacional. En la sentencia se estableció que el artículo 215-A del Código Penal Federal, que sanciona el delito de desaparición forzada de personas, no se adecua plena y efectivamente a la norma internacional vigente sobre la materia. Por tal motivo, el Estado debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para compatibilizar dicha tipificación penal con los estándares internacionales, con especial atención a lo dispuesto en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta obligación, se dijo, vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido el Estado no debe limitarse a impulsar el proyecto de ley correspondiente, sino apresurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos con el ordenamiento jurídico interno para ello.



un delito de Estado, es decir, imputable a los agentes estatales, sino que también puede ser ejecutado por quien no tenga la calidad especial de *servidor público*, ello en clara correspondencia con los instrumentos internacionales y las propias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La redacción del tipo penal de nuestro Código restringe la calidad de sujeto activo en la hipótesis de autor al *servidor público*.

El artículo 215-A de nuestro Código Penal Federal no contiene todas las formas de participación que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así, incompleta. No se contempla a los particulares, personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo y la aquiescencia del Estado en la privación de la libertad legal o ilegal de la víctima. Tampoco contiene lo previsto en el Estatuto de Roma, es decir, a organizaciones políticas.

La consecuencia de limitar los ámbitos de responsabilidad penal para los sujetos que intervienen en la cadena delictiva, como ya lo señalé, genera impunidad, entendida esta como la no sanción de conductas antisociales y, por supuesto, que también como la negación del derecho y del propio orden jurídico representado por la voluntad general. Es decir, siguiendo a Hegel, si el delito que está representado por la voluntad individual del delincuente es la negación del derecho, la pena será la negación del delito, y si la negación de la negación da como resultado la afirmación, la pena es la afirmación del derecho, lo que conlleva a afirmar que, cuando el Estado no sanciona el delito y genera impunidad, al mismo tiempo está negado el propio derecho.

Luego, mientras el Estado mexicano no lleve a cabo la reforma legislativa al artículo 215-A del Código Penal

Federal, en cumplimiento a la sentencia de condena dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, en el sentido de que se tipifique el delito de desaparición forzada de personas en los términos del artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas surge, entonces, la siguiente interrogante: ¿cómo fincar responsabilidad penal a los sujetos que intervienen en la comisión del delito de desaparición forzada de personas que no reúnen la calidad especial de servidor público?

A continuación trataré, de manera por demás breve, de dar respuesta a la interrogante que nos hemos planteado, sin pretender hacer un análisis exhaustivo de la problemática que implica la autoría y participación delictiva, pues hacerlo rebasaría los límites trazados en este trabajo; solo señalaré algunas ideas que pienso son importantes a modo de propuesta para solucionar la problemática esbozada.

La calidad especial en el sujeto activo es, sin duda, un problema de tipicidad, si no se reúne ese requisito podemos decir que se actualiza una causa de exclusión del delito por la inexistencia de uno de los elementos que integran la descripción típica. El problema es muy complejo, en tratándose de delitos especiales, pues si atendemos al principio de legalidad o de exacta aplicación de la ley en materia penal, solo es autor quien satisface la calidad de servidor público, pero si recurrimos a la doctrina y, de manera fundamental, a la *teoría de la naturaleza accesoria de la participación*,<sup>14</sup>

<sup>14</sup> La dependencia de la participación del hecho principal implica que los partícipes deben responder, precisamente, por el mismo delito por el que hubiese de hacerlo el autor principal. El desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no es un desvalor autónomo, constituyendo un concepto de relación meramente dependiente. Esta es la

creo que, sin violentar el párrafo tercero, del artículo 14 constitucional, bien podemos adecuar la conducta desplegada por quien no tenga la calidad de servidor público, al contenido de la descripción típica contenida en el tipo penal de desaparición forzada de personas a que se refiere el artículo 215-A del Código Penal Federal.

Siguiendo a Orlando T. Gómez González, podemos decir que:

*El concepto de accesoriedad de Brikmeyer niega cualquier manifestación de autonomía del comportamiento del partícipe; por tanto, en la actualidad, por accesoriedad se designa la dependencia que la conducta del particular tiene respecto a la conducta del autor. La participación tiene una naturaleza accesoria que equivale a decir que su valoración jurídica depende de todos los aspectos plenamente de la que corresponde al delito realizado por el autor principal. Naturaleza accesoria... evita la inseguridad jurídica que comporta toda desviación de la existencia de tipicidad de la conducta.*<sup>15</sup>

Ahora bien, cómo establecer cuando una persona es autor o partícipe de un hecho punible; sobre esa temática existen varias teorías, entre ellas *la teoría negativa o unitaria de autor*, la cual sostiene que no hay diferencia entre autor y partícipe y, por lo tanto, todos los sujetos que intervienen en la cadena delictiva son autores en la comisión de ese delito. Por otra parte, está la *teoría diferenciadora o extensiva del concepto de autor*, la cual, en lo esencial, estima que sí existe

llamada naturaleza accesoria de la participación, que se manifiesta en que la posibilidad de hacer responsable al partícipe depende de ciertos presupuestos que debe reunir el hecho principal. Ello proviene, forzosamente, de que el contenido del ilícito de la participación se obtiene, en forma decisiva, a partir del hecho principal. Cfr. Gómez González, O. T.: *Participación...cit.*, p. 136.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 160.

diferencia entre autor y partícipe, se fundamenta de manera importante en la teoría del dominio del hecho.

Tomando en consideración que la participación implica una colaboración dolosa en un delito ajeno, lo que significa que el partícipe no realiza un hecho delictivo autónomo, sino que se encuentra en una situación de dependencia frente al autor de un evento principal, podemos sostener que, bajo el criterio de la accesoriedad limitada, en cuya tesis se sostiene que basta que el hecho principal sea típico y antijurídico para someter a los partícipes a una determinada pena, sin entrar a analizar la culpabilidad que es personalísima.

Desde esta perspectiva, si el partícipe contribuye en la realización de un tipo ajeno, cuya conducta no constituye un injusto penal en razón de su intervención, sino que obedece a la actuación del autor, se puede concebir que un particular que no tenga la calidad de agente estatal *servidor público* y, por tanto, no está en una situación de garante frente al bien jurídico tutelado, sea procesado como partícipe de esta clase de delito, porque existe una relación de principal a accesorio entre la autoría y la participación, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En las relatadas condiciones y respecto a la tipicidad, se puede superar el problema de la calidad especial del agente estatal, debido a que esa condición ya fue cumplida por el autor, quien tiene el dominio del hecho; por otra parte, la antijuridicidad en los delitos especiales que requiere la infracción de un deber jurídico, también deviene únicamente del autor, el cual, siendo servidor público del delito de desaparición forzada de personas, va a superar el juicio de valor y, por lo tanto, va a constituir el injusto penal de la conducta.

A su vez, el artículo 212 del Código Penal Federal, dispone que se impondrán las mismas sanciones

previstas para el delito de que se trate, a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente, lo que pone de relieve que también es posible sancionar penalmente a los particulares que, sin tener la calidad de servidores públicos, participen en la comisión de alguno de los delitos especiales cometidos por servidores públicos, como precisamente lo es, el de desaparición forzada de personas.

A modo de conclusión, no se puede fincar responsabilidad penal como autor del delito de desaparición forzada de personas a que se refiere el artículo 215-A del Código Penal Federal, a un particular porque no tiene la calidad especial de servidor público que exige la norma; esto es así en razón de que no tiene el deber jurídico que se deriva de esa calidad especial para proteger el bien jurídico que se tutela. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, sí se puede procesar a un particular (personas o grupo de personas) como partícipe de un delito de desaparición forzada de personas, dado que, al ser la participación accesoria a un hecho principal cometido por el autor (agente estatal), los problemas de la tipicidad son resueltos por la calidad especial del autor y la antijuridicidad, al existir el injusto penal del autor, concurre en el desvalor de la acción en razón a la transgresión de un deber jurídico cometido por el autor, en el cual, el partícipe actúa como colaborador de un hecho ajeno.

## V. Sujeto pasivo

Respecto al sujeto pasivo de la desaparición forzada de personas, el artículo 215-A del Código Penal Federal, lo restringe, sin comprender su entorno familiar ni su entorno social, desconociendo que el titular del bien

jurídico protegido contra este tipo de delito, no solo es el desaparecido, sino también la sociedad. Desde esta postura, el sujeto pasivo también son los familiares de este.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas su calidad de víctimas por violación a sus derechos, a la integridad psíquica y moral, es decir, reconoce el sufrimiento que estos han padecido, como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas en contra de sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte expuso:

*Los hechos del caso revelan que la integridad personal de María Macarena Gelman García pudo verse afectada por las circunstancias de su nacimiento y de sus primeras semanas de vida. No obstante, resulta evidente que la vulneración del derecho a la integridad psíquica ocurrió a partir del momento en que descubrió su verdadera identidad, lo que quiere decir que la violación de su integridad psíquica y moral es una consecuencia tanto de la desaparición forzada de su madre y de haberse enterado de las circunstancias de la muerte de su padre biológico, como de la violación de su derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad, de la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos y del paradero de María Claudia García y, en general, de la impunidad en la que permanece el caso, lo cual le ha generado sentimientos de frustración, impotencia y angustia. En este sentido, María Macarena Gelman declaró ante la Corte sobre cómo esta grave alteración en sus condiciones de existencia ha afectado su proyecto*

*de vida desde que conoció su verdadera identidad, cuando tenía cerca de 24 años de edad. [...] La perita concluyó que María Macarena Gelman “presenta síntomas que perturban su vida, le impiden retomar un proyecto para su futuro, y le causan dolor.”*<sup>16</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Radilla Pacheco, sostuvo:

*Adicionalmente, la Corte ha considerado que, en el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que los hechos sean efectivamente investigados por las autoridades estatales y, en ese sentido, a conocer la verdad de lo sucedido. De manera particular, la Corte ha establecido el contenido del derecho a conocer la verdad en su jurisprudencia en casos de desaparición forzada de personas. En tal sentido, ha confirmado la existencia de un “[d]erecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”. Además, correlativamente, en este tipo de casos se entiende que los familiares de la persona desaparecida son víctimas de los hechos constitutivos de la desaparición forzada, lo que les confiere el derecho a que los hechos sean investigados y que los responsables sean procesados y, en su caso, sancionados. Así, la Corte recuerda que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.*<sup>17</sup>

Congruente con lo anterior, en la sentencia de mérito se expuso:

*El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en términos del artículo 63.1 de la Convención IDH, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho consagrado en la misma. Las víctimas en el presente caso son el señor Rosendo Radilla Pacheco, y sus hijos Tita, Andrea y Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez, por lo que serán considerados beneficiarios de las reparaciones que ordene esta Corte.*<sup>18</sup>

## VI. Bien Jurídico

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el bien jurídico que se tutela en la desaparición forzada de personas es de carácter pluriofensivo, dado que no se afecta solo uno, sino varios bienes jurídicos. En el caso Radilla Pacheco expuso que las garantías violadas habían sido la libertad personal, la integridad física, la vida y el reconocimiento a su personalidad jurídica.

En el Derecho Internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido precursora en la consolidación de una perspectiva de la gravedad de la figura de la desaparición forzada de personas y, en ese sentido, ha sostenido que en la comisión de ese delito se violan varios derechos, tal y como se desprende de la siguiente cita:

*...La Corte ha reiterado que esta constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un completo estado de indefensión, acarreando*

<sup>16</sup> *op. cit.*, párrafos 118-119.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párrafo 180.

<sup>18</sup> *Ibidem*, párrafo 328.

*otras violaciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La desaparición forzada implica un claro abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano...*<sup>19</sup>

En efecto, la desaparición forzada de personas implica, por parte de los agentes estatales, la infracción al deber jurídico de prevención de violaciones a los derechos humanos como: la integridad física, la vida, la libertad y el reconocimiento de la personalidad jurídica, como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*En ese sentido, para la Corte es evidente que las autoridades militares que detuvieron al señor Radilla Pacheco eran responsables por la salvaguarda de sus derechos. El Tribunal ha establecido que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, aun en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto. Además, esta Corte ha sostenido que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque “[e]l solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano [...] en contradicción con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención”.*

<sup>19</sup> *Ibidem*, párrafo 139.

*Tomando en cuenta lo anterior, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad e integridad personal, y a la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en relación con lo dispuesto en los artículos I y XI de la CIDFP.*

*En cuanto a la alegada violación del artículo 3 de la Convención Americana, la Corte ha considerado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que se reconozca a la persona, [e]n cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales[, lo cual] implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de [los] derechos y deberes [civiles y fundamentales].*

*Este derecho representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer, por lo que la violación de aquel reconocimiento hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho.*

*En su sentencia emitida en el caso Anzualdo Castro Vs. Perú, este Tribunal consideró que, en casos de desaparición forzada, atendiendo al carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, su ejecución puede conllevar la vulneración específica del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Más allá de que la persona desaparecida*



*no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no solo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado. En el caso que nos ocupa, esto se tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Rosendo Radilla Pacheco.*

*En consideración de lo anterior, la Corte concluye que el Estado es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, la integridad personal, el reconocimiento a la personalidad jurídica y la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en virtud de la desaparición forzada de la cual es víctima, realizada por agentes militares...*<sup>20</sup>

Como se observa, la desaparición forzada constituye una violación múltiple de derechos protegidos por la Convención Americana, que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.

El bien jurídico afectado por la desaparición forzada es múltiple, y puede diferenciarse en tres aspectos, a saber: el individual, en donde se afecta, fundamentalmente, el ámbito físico y psíquico de la persona desaparecida. Aquí puede hablarse, por ejemplo, de la privación de la libertad, lesiones, tratos crueles e inhumanos y degradantes, la privación de la vida e incluso la

afectación a su seguridad jurídica y su derecho a ejercer los recursos necesarios para hacer reconocer y defender, precisamente, sus derechos fundamentales. El segundo aspecto es el familiar, aquí se afecta el derecho de quienes guardan un parentesco consanguíneo con la persona desaparecida, se vulnera su derecho para poder actuar jurídicamente en defensa de los derechos de la persona detenida-desaparecida y, en su caso, conocer el paradero de su familiar o de sus restos mortales, con la finalidad de, eventualmente, poder recuperarlos. En tercer lugar, se encuentra el aspecto colectivo, en el cual es, precisamente, el conglomerado social el que se ve afectado por el debilitamiento institucional que ocasiona la obstrucción de los mecanismos de administración de justicia y no poder conocer la verdad de los hechos.

Resultan importantes las críticas que, sobre el carácter pluriofensivo del delito de desaparición forzada de personas, se han vertido en el campo doctrinal; al respecto, Yvan Montoya Vivanco<sup>21</sup> ha dicho que la postura que considera a la vida como objeto jurídico de protección, negaría la posibilidad de constatar situaciones temporales de desaparición forzada de personas en las cuales se evidencia, luego de la detención arbitraria de una persona y seguida la ocultación de su paradero, la aparición con vida de la misma al ser puesta en libertad o lograr fugarse del ámbito de su detención. Esas mismas apreciaciones críticas, dice el autor, pueden reproducirse en relación con la integridad personal o moral como objeto de protección. Con respecto a la libertad, refiere que no es determinante, para la calificación de una desaparición forzada de personas, si la detención se produjo lícita o ilícitamente. En los casos excepcionales

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrafos 153-158.

<sup>21</sup> Cfr. Montoya Vivanco, Y.: “La desaparición...” cit., pp. 11-12.

de detención regular o lícita de una persona, habrá una limitación fáctica de la libertad personal, pero esta no resulta jurídicamente relevante. La libertad es un bien jurídico residualmente protegido por el tipo de injusto de desaparición forzada de personas, pues lo importante, dice, es que posteriormente a la detención, se niegue información sobre la situación de la detención o el paradero de la víctima.

Desde su perspectiva, Montoya Vivanco sostiene que el bien jurídico protegido en el tipo de injusto del delito de desaparición forzada de personas es:

*...uno de naturaleza compleja (institucional/individual). Efectivamente, desde la perspectiva del sujeto activo la naturaleza del bien jurídico es uno de naturaleza institucional compuesta por todas las normas y procedimientos establecidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de los derechos humanos que limitan y reducen el ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado. En esta perspectiva, la práctica de desaparición forzada por parte de agentes estatales infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona. Desde la perspectiva del sujeto pasivo (la propia víctima y/o sus familiares más directos) lo que se protege con la prohibición penal de la práctica de la desaparición forzada de personas es el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo, inicialmente detenido.<sup>22</sup>*

## VII. La desaparición forzada como delito permanente

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en su artículo III, prevé que el delito

de desaparición forzada de personas será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

La primera observación que podemos hacer, consiste en señalar que es inexacta la expresión *continuado* que utiliza el texto de la Convención para determinar la naturaleza del delito, por eso estimo que se confunde desde una perspectiva penal la naturaleza de este, pues difiere de lo que debe entenderse por *delito permanente*, según lo previsto en el artículo 7° de nuestro Código Penal Federal:

*Artículo 7°. (...)*

*El delito es:*

*I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;*

*II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y,*

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

No obstante la inconsistencia antes citada que, desde luego, no debe soslayarse, pues ello trae diferentes efectos en materia de prescripción,<sup>23</sup> considero que la importancia del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, radica, esencialmente, en que clarifica que, hasta en tanto no se establezca el destino o paradero

<sup>23</sup> Según la naturaleza del delito, ya sea instantáneo, permanente o continuo, o continuado, los plazos para la prescripción de la acción penal serán diferentes en atención a lo dispuesto por el artículo 102 del Código Penal Federal, pues los plazos de prescripción se contarán a partir del momento en que consumó el delito, si fuere instantáneo; desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado; y, desde la cesación de la consumación en el delito permanente.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 14.

de la persona desaparecida, el hecho delictivo tendrá el carácter de permanente y, por lo tanto, no prescribe la acción penal, sin soslayar lo relacionado con el principio de irretroactividad de normas penales desfavorables.

Siguiendo a José Moisés Vergara Tejada:

*...a diferencia del “delito instantáneo” y del “delito continuado”, el delito continuo o permanente tiene como principal característica su actividad consumativa, que no cesa al perfeccionarse el mismo, sino que dicha actividad se prolonga indefinidamente, sin que pueda decirse por ello que hay pluralidad de acciones o conductas, o que momento a momento se realiza o se consume el mismo delito. Si, como ya dijimos, la última etapa del delito es la de “ejecución”, que pertenece a la “fase externa” del mismo, tenemos que en el delito continuado o permanente es esta la etapa que se prolonga en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, pertenecen solamente a la etapa de la consumación o ejecución del delito.*<sup>24</sup>

El Poder Judicial de la Federación, siguiendo los criterios que la doctrina ha sostenido para desentrañar lo que debe entenderse por delito permanente, ha establecido cuáles son los requisitos para su configuración, tal y como se desprende de la siguiente tesis:

*Registro No. 181988, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Marzo de 2004 Página: 301, Tesis: 1a. XX/2004, Tesis Aislada, Materia(s): Penal. Recurso de apelación extraordinaria 1/2003. Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito al Primer Tribunal Unitario del Cuarto Circuito.*

<sup>24</sup> Vergara Tejada, J. M.: *Manual...*cit., p. 417.

*5 de noviembre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda.*

*DELITOS PERMANENTES. REQUISITOS PARA SU CONFIGURACIÓN. De la definición que la doctrina ha dado de los delitos permanentes en el sentido de que son aquellos en los que la consumación tiene una duración en el tiempo y, más precisamente, en los que el agente da existencia a un estado de antijuricidad, el que, por su ulterior conducta, se prolonga en el tiempo, se advierte que hay dos requisitos necesarios para su configuración, a saber: a) la duración en el tiempo de la consumación, y b) la dependencia de esa consumación de la voluntad del autor de la conducta. Es decir, este tipo de delitos se presenta cuando la violación del imperativo de la norma se prolonga sin solución o fórmula autónoma para concluir por sí solo su continuidad durante un determinado lapso, dado que se encuentra a merced de la conducta ininterrumpida del agente, durante el cual, sin llegar a destruirlo, se está lesionando el bien jurídico en ella protegido, restringiéndole su cabal desenvolvimiento en el marco garantizado legalmente, por los efectos de la acción ilícita del activo.*

Como se observa, una de las características fundamentales del delito permanente consiste en la extensión de la consumación; sin embargo, a decir de Montoya Vivanco,<sup>25</sup> la consumación del delito es una categoría formal dentro del proceso de desarrollo del delito, categoría que se sitúa luego de la tentativa y antes de la terminación y agotamiento del delito. Refiere

<sup>25</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 6-7.

que la doctrina mayoritaria define la consumación como la realización o producción de todos los elementos del tipo objetivo (elementos descriptivos, normativos y subjetivos) del delito previsto en la parte especial del Código Penal. En otras palabras, apenas se evidencie la realización de todos los elementos que se describen en el tipo objetivo, la consumación se habrá verificado. En este orden de ideas, refiere el autor que si por consumación se entiende el momento en que aparecen todos los elementos del tipo, no se puede negar que esta se produce en un instante, lo que sucede en todos los delitos. Al referirse al delito de secuestro, Montoya sostiene que también es un delito permanente, y apenas una persona sea privada de su libertad por un tiempo mínimamente relevante sin causa o motivo justificante, el delito de secuestro se habrá consumado, aunque la privación de la libertad permanezca o se prolongue por un tiempo mayor. El tiempo que corre desde la consumación del delito hasta que cesa la privación de libertad, corresponde a una etapa que un sector de la doctrina denomina *terminación del delito* y que la distingue de la fase tradicionalmente conocida de *agotamiento del delito*. Respecto al agotamiento, señala que se trata de una fase en la que el sujeto activo ha logrado todos sus propósitos delictivos; sin embargo, el autor sostiene que el agotamiento es un concepto que se distingue de la terminación del delito el cual dice, si constituye una fase con relevancia jurídico penal. Por lo anterior, sostiene que la terminación debe identificarse con la consumación material (no formal) del delito y, en ese sentido, debe diferenciarse del concepto de agotamiento. La consumación material o terminación está relacionada con la idea de finalización o cese de la afectación al bien jurídico, aspecto este último que

no es cubierto por el concepto formal de consumación.

Cobra relevancia lo que, sobre esta temática, sostuvo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 33/2002, en relación con la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas:

*el delito de desaparición forzada de personas que contempla el artículo II de la Convención impugnada, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de naturaleza permanente o continuo, ya que si bien es cierto que este delito se consume cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.*<sup>26</sup>

Para determinar la naturaleza permanente de los delitos en los cuales se afecta la libertad del sujeto pasivo, la Suprema Corte de la Nación<sup>27</sup> expuso que estimaba que surgen dos requisitos necesarios para la aparición del delito permanente, a saber: la duración en el tiempo de la consumación y la dependencia de tal consumación de la voluntad del autor de la conducta. Así, existen bienes jurídicos que no resisten la aparición del fenómeno de la permanencia en la consumación, como no sería el caso de la libertad que jamás queda agotado, ya que su naturaleza le permite resistir una consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo; de ahí, sostuvo nuestro máximo Tribunal,

<sup>26</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación: *La retroactividad en el delito de desaparición forzada de personas y la prescripción en el de privación ilegal de la libertad*, Serie Decisiones Relevantes, México, 2007, p. 63.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 64-65.



que delitos como la privación ilegal de la libertad sean característicamente delitos permanentes. En este orden de ideas, el delito permanente solo puede recaer sobre bienes que, aunque sea factible comprimirlos, al interrumpir las acciones, revierten a su estado anterior, por lo que todos los delitos en los cuales se afecta la libertad constituyen delitos permanentes.

Desde mi perspectiva, no es infundado pensar que son permanentes los delitos, para cuya existencia, la ley requiere que la ofensa al bien jurídico se prolongue en el tiempo (desvalor del resultado) la misma que se deriva del mantenimiento del comportamiento peligroso del agente (desvalor de la acción). Finalmente, desde la óptica del desvalor del resultado en los delitos permanentes (prolongación de la ofensa al bien jurídico), resulta importante remarcar la necesidad de que el bien jurídico en este tipo de delitos permita, como bien lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la prolongación de su lesión o del peligro efectivo. En este sentido, cabe recordar que por lesión de un bien jurídico no debe entenderse necesariamente la destrucción del mismo, pues, ciertamente, la privación de libertad en el delito de desaparición forzada de personas no se destruye, sino que únicamente se ve comprimido, pues cuando cesa la privación de libertad, esta se restituye.

Sobre la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas, se cita el siguiente criterio jurisprudencial:

*El identificado con el Número de Registro: 181147, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Julio de 2004, Página: 968, Tesis: P./J. 48/2004, Jurisprudencia Materia(s): Penal. Controversia constitucional 33/2002. Jefe de Gobierno del Distrito*

*Federal. 29 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veintinueve de junio en curso, aprobó, con el número 48/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de junio de dos mil cuatro, del siguiente rubro y texto: DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ESE DELITO ES DE NATURALEZA PERMANENTE O CONTINUA. El referido delito que contempla el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el día nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro (coincidente con lo previsto en los artículos 215-A del Código Penal Federal y 168 del Código Penal del Distrito Federal), de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de naturaleza permanente o continua, ya que si bien el ilícito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.*

### **VIII. La retroactividad de la ley (declaración interpretativa)**

Otra de las implicaciones que se advierten en el tema que nos ocupa y que se deriva precisamente de la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas, es el relativo a la retroactividad de la ley. En el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos,



se puso de relieve que el tipo penal aplicado en el pliego de consignación formulado por el agente del Ministerio Público de la Federación ante el Juez en Turno, fue por el delito de privación ilegal de la libertad en la modalidad de plagio o secuestro, la consignación se verificó el 11 de agosto de 2005, se consignó únicamente al General Francisco Quiroz Hermosillo. No se consignó por el delito de desaparición forzada de personas; al respecto, el Estado mexicano expuso que cuando sucedieron los hechos no estaba tipificado el delito de desaparición forzada de personas, lo que sucedió hasta el 1 de junio de 2001 en el artículo 215-A del Código Penal Federal. También se argumentó, por parte del Estado mexicano, que era inaplicable la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dada la declaración interpretativa que el Estado mexicano introdujo al ratificarla y que impedía su aplicación retroactiva. Se dijo también que, en caso de que fuera factible la aplicación del tipo penal de desaparición forzada de personas, ya no se tipificaba el delito en razón de que el activo ya no tenía el carácter de servidor público, pues al haber pasado a situación de retiro (causó baja del Ejército desde el 15 de junio de 2000), era evidente que, al momento de entrada en vigor del tipo penal de desaparición forzada en el Código Penal Federal, ya no tenía el carácter de servidor público.

La Corte Interamericana, al resolver sobre los alegatos hechos valer por el Estado mexicano, expuso:

*La Corte observa que el delito de desaparición forzada de personas se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico mexicano desde el año 2001 (infra párr. 319), es decir, con anterioridad a la consignación de la averiguación previa ante el Juez de Distrito en turno realizada en agosto de 2005 (supra párr. 188). En tal sentido, el Tribunal reitera, como lo ha hecho en*

*otros casos, que por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son la Corte Suprema de Justicia del Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la Corte Constitucional de Colombia e, inclusive, la propia la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (supra nota 31).*

*Para este Tribunal es inadmisibles el alegato del Estado conforme al cual en este caso existía un “obstáculo insuperable” para la aplicación del delito de desaparición forzada de personas vigente en México, ya que el presunto responsable había pasado a retiro con anterioridad a la entrada en vigor del tipo penal. La Corte considera que mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, la desaparición forzada permanece invariable independientemente de los cambios en el carácter de “servidor público” del autor. En casos como el presente en los que la víctima lleva 35 años desaparecida, es razonable suponer que la calidad requerida para el sujeto activo puede variar con el transcurso del tiempo. En tal sentido, de aceptarse lo alegado por el Estado, se propiciaría la impunidad.*

*Tomando en cuenta lo anterior, esta Corte estima que conforme al principio de legalidad, la figura de la desaparición forzada constituye el tipo penal aplicable a los hechos del presente caso.<sup>28</sup>*

<sup>28</sup> *op. cit.*, párrafos 239-241.

Resulta claro, entonces, que la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas tiene relevancia jurídica, pues era legalmente procedente que el agente del Ministerio Público de la Federación hubiera consignado por el tipo penal previsto en el artículo 215-A del Código Penal Federal, vigente a partir del 1 de junio de 2001, y no por el de secuestro, sin que ello implicara una aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del gobernado. Tampoco era obstáculo para ejercer la acción penal por desaparición forzada de personas, el que Francisco Quiroz Hermosillo (General en retiro) causara baja desde el 15 de junio del año 2000, precisamente por el carácter permanente del delito que nos ocupa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el principio de irretroactividad de la ley surge desde que un tratado entra en vigor, por lo que es exigible a los Estados Partes el cumplimiento de las obligaciones que contiene respecto de todo acto posterior a esa fecha. Ello se corresponde con el principio *pacta sunt servanda*, según el cual todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. El carácter permanente del delito dio competencia a la Corte y se generan obligaciones para los Estados al suscribir un tratado. Por lo tanto, la Corte sostuvo que no hay violación al principio de irretroactividad. Pensar de otra manera vulnera el principio de efecto útil del tratado.

Se puede sostener que la garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden

surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello implique aplicación retroactiva de la ley.

México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas el 9 de abril de 2002, formuló una declaración interpretativa,<sup>29</sup> que consiste en lo siguiente:

*Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha convención se aplicaran a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente convención.*<sup>30</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 33/2002, en la que se pronunció respecto de la declaración interpretativa formulada por el Estado mexicano, expuso que las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no podrán aplicarse a aquellas conductas constitutivas de una desaparición cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, pero no debe interpretarse en el sentido de que no

<sup>29</sup> La declaración interpretativa, según la Comisión de Derecho Internacional, la define como una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye al tratado o alguna de sus disposiciones. Véase Comisión de Derecho Internacional, 51 período de sesiones, 3 de mayo-23 de julio de 1999, Nueva York, Naciones Unidas, 1999, p.194.

<sup>30</sup> Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2002.

se aplique a las conductas típicas de tal delito que, habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas el carácter de permanente o continuo, puede darse el caso de que las conductas comisivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención. Así, nuestro máximo Tribunal Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

*Registro No. 181148, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Julio de 2004, Página: 967, Tesis: P./J. 49/2004, Jurisprudencia Materia(s): Constitucional. Controversia constitucional 33/2002. Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 29 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veintinueve de junio en curso, aprobó, con el número 49/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de junio de dos mil cuatro.*

*DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS A QUE SE REFIERE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL, DE NUEVE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO. LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONSGRADA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.*

*En la mencionada declaración interpretativa, que señala que las disposiciones de ese instrumento internacional se aplicarán a los hechos que constituyan*

*el delito de desaparición forzada de personas, el Gobierno Mexicano quiso significar que tales disposiciones no podrán aplicarse a aquellas conductas constitutivas de ese ilícito cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, pero no debe interpretarse en el sentido de que no se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas el carácter de permanente o continuo puede darse el caso de que las conductas comisivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención. Tal interpretación es acorde con el principio de irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 14 constitucional, conforme al cual las disposiciones contenidas en las leyes no se deben aplicar hacia el pasado, afectando hechos realizados o consumados antes de que aquellas entren en vigor, por lo que es inconcuso que tratándose de delitos de consumación instantánea la nueva ley no puede regir conductas o hechos de consumación anterior, pues resultaría retroactiva, lo cual se encuentra prohibido constitucionalmente. En cambio, sí debe aplicarse la nueva normatividad sin incurrir en el vicio apuntado respecto de hechos constitutivos de delito continuo o permanente cuando, habiendo empezado a realizarse antes de que aquella entrara en vigor, se continúan cometiendo, en cuyo caso resultará aplicable, como sucede con el delito de desaparición forzada de personas que prevé la Convención mencionada, cuya naturaleza es permanente o continua, porque se consume momento a momento durante todo el tiempo que el sujeto pasivo se encuentre desaparecido.*

## IX. La prescripción

El artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, prevé que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma, no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado con antelación, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

Como se observa, el delito de desaparición forzada es uno de aquellos sobre el que se afirma su imprescriptibilidad. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

*Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.*<sup>31</sup>

Considero que la naturaleza del delito que nos ocupa es de suma importancia para la solución de los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo, pero también, para determinar el momento en que inicia el cómputo de la prescripción, pues mientras no cese la consumación del delito no puede prescribir,

tal y como lo dispone el artículo 102, fracción IV, del Código Penal Federal, el cual prevé que los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades y se contarán desde la cesación de la consumación en el delito permanente, es decir, cuando termina la prolongación de la lesión al bien jurídico que ha sido mantenida por la conducta antijurídica y peligrosa del activo. Luego, el plazo para que opere la prescripción en el delito de desaparición forzada de personas, de acuerdo a lo establecido, empieza a correr hasta que el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su paradero. Por lo tanto, en los delitos permanentes, la fecha de inicio de la acción u omisión antijurídica es irrelevante para efectos de la prescripción, pues en el delito que nos ocupa, no inicia la prescripción a partir del día en que se priva de la libertad al pasivo, sino a partir de que este es puesto en libertad, se encuentran sus restos mortales o se conoce el paradero de este.

Sobre el tema de la prescripción, en tratándose de delitos en donde se lesiona la libertad personal del sujeto pasivo, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha sostenido los siguientes criterios:

*Registro No. 180653, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Septiembre de 2004 Página: 1121, Tesis: P./J. 87/2004, Jurisprudencia Materia(s): Constitucional, Penal. Controversia constitucional 33/2002. Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 29 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy treinta y uno de agosto en curso, aprobó,*

<sup>31</sup> Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.



con el número 87/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a treinta y uno de agosto de dos mil cuatro.

*DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. EL PLAZO PARA QUE OPERE SU PRESCRIPCIÓN INICIA HASTA QUE APARECE LA VÍCTIMA O SE ESTABLECE SU DESTINO.* De conformidad con lo dispuesto por los artículos 102, fracción IV y 7o. del Código Penal Federal, tratándose de delitos permanentes o continuos, que son aquellos que se caracterizan por su consumación duradera, el plazo para la prescripción inicia a partir de que cesa su consumación. En tal orden de ideas, si el delito de desaparición forzada de personas que contempla el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el día nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro (que coincide con el previsto en los artículos 215-A del Código Penal Federal y 168 del Código Penal del Distrito Federal) tiene esa naturaleza, en tanto que se consuma momento a momento durante todo el tiempo en que la víctima se encuentra desaparecida, ha de concluirse que el plazo para que opere su prescripción de acuerdo con lo establecido en los numerales primeramente citados, empieza a correr hasta que la conducta ilícita deja de consumarse, esto es, cuando el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su destino.

Registro No. 181898, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Marzo de 2004, Página: 307, Tesis: 1a. XIX/2004, Tesis Aislada, Materia(s): Penal. Recurso de apelación extraordinaria 1/2003. Agente del Ministerio

Público de la Federación adscrito al Primer Tribunal Unitario del Cuarto Circuito. 5 de noviembre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda.

*PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN INICIA A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE CESA LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.* El Código Penal Federal es claro al fijar en su artículo 102 las reglas aplicables respecto al momento a partir del cual debe computarse el plazo de la prescripción, en atención a la categoría del delito y al establecer en la fracción IV del citado artículo que en los delitos permanentes tal cómputo iniciará desde la cesación de su consumación. Ahora bien, si se atiende, por un lado, a que conforme a la fracción II del artículo 7o. del ordenamiento legal mencionado, son delitos permanentes o continuos aquellos cuya consumación se prolonga en el tiempo y, por el otro, que por su naturaleza la “libertad” es un bien jurídico que jamás queda agotado, ya que puede resistir la consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo, resulta evidente que el delito de privación ilegal de la libertad es de resultado material y permanente en virtud de que se consuma en el momento en que se detiene ilegalmente a la víctima y dura todo el tiempo que esa detención se prolongue, es decir, a partir de que se impone a aquélla el impedimento físico de su libertad de tránsito y hasta que el bien jurídico se le reintegre plenamente (hasta que recupere la posibilidad de libre desplazamiento) y, por ende, este será el momento a partir del cual resultará procedente iniciar el cómputo del plazo para que opere la prescripción.



## **X. Régimen de reserva**

El bien jurídico que se ve lesionado en la comisión del delito de desaparición forzada, es de relevancia jurídica para determinar al juez competente, que debe conocer de violaciones a los derechos humanos cometidas por militares en contra de la población civil.

El gobierno mexicano, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, formuló reserva<sup>32</sup> expresa al artículo IX y expuso que, toda vez que la Constitución política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la convención, toda vez que, conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana, 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.

En el artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en lo que interesa dispone que los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas, solo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de

<sup>32</sup> La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, dispone que la reserva consiste en una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado, al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

En el caso Radilla Pacheco, se destaca que el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero emitió una resolución mediante la cual ordenó la aprehensión del señor Francisco Quiroz Hermosillo y declinó su competencia en razón del fuero a favor del Juzgado Militar que correspondiese. El asunto recayó en el Juez Primero Militar adscrito a la Primera Región Militar, quien aceptó la competencia. El Agente del Ministerio Público Militar correspondiente interpuso un recurso de revocación en contra del auto mediante el cual el Juez Primero Militar aceptó la competencia planteada. El 27 de octubre de 2005 el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito resolvió que dicho juzgado militar era competente para conocer de la causa respectiva.

Sobre la competencia para conocer de estos hechos, la Corte Interamericana estableció que la competencia militar solo surte cuando se atente contra bienes jurídicos propios del orden militar, pero no cuando se vean vulnerados derechos humanos de la población civil; en estos casos, los militares serán juzgados por un juez ordinario y no militar, con la finalidad de que no se violente el principio de independencia e imparcialidad. La importancia del sujeto pasivo trasciende a la esfera del ámbito militar y pasa, en consecuencia, al ámbito de la justicia ordinaria, en razón de la lesión de bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

La posición que la Corte adoptó en el caso Radilla Pacheco sobre esta temática fue, en lo esencial, la siguiente:

*En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y*

excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar solo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (*supra* párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en

contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (*supra* párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.<sup>33</sup>

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la siguiente tesis:

Registro No. 160488, Localización: Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011. Página: 554, Tesis: P. LXXI/2011 (9a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de diez votos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXI/2011 (9a.), la tesis

<sup>33</sup> *op. cit.*, párrafos 272-275.

*aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: “ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. y CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.”, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.*

*RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2º Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos*

*Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no solo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo*

*13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

## **XI. La pena**

El artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dispone que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponer una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

Si bien el Estado mexicano desde el 1 de junio de 2001 tipificó el delito de desaparición forzada de personas en el artículo 215-A del Código Penal Federal, lo cierto es que, en el diverso 215-B de ese cuerpo normativo, se prevé que, a quien cometa ese delito, se le impondrá una pena de *cinco a cuarenta años de prisión*, lo que desde mi perspectiva resulta inadecuado, y pone de relieve que el legislador mexicano no tomó en cuenta que este delito es de extrema gravedad e, inclusive, es considerado como delito de lesa humanidad, tal y como lo sostiene la propia Convención, razón por la que estimo

que el grado de punibilidad en su punto mínimo debe incrementarse, tomando como parámetro los márgenes de punibilidad que, para el delito de secuestro, se establecen en el artículo 366, fracción II, inciso b), del Código Penal Federal, es decir, cuando el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo, la pena será *de veinte a cuarenta años de prisión*. En las relatadas condiciones, considero que el grado de punibilidad, en su punto mínimo para el delito de desaparición forzada de personas, debe ser de *veinte años de prisión* y no de cinco, como de manera por demás incongruente lo prevé el actual artículo 215-B del Código Penal Federal. Nuestra posición encuentra sustento en el párrafo primero del artículo 22 constitucional, que en lo aplicable dispone que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Otra de las inconsistencias que contiene el propio Código Penal Federal y la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, es la que tiene que ver con la concesión de los beneficios penitenciarios, llamados también beneficios de preliberación, a saber: libertad preparatoria, tratamiento preliberacional y remisión parcial de la pena. De lo dispuesto por los artículo 8º y 16 de la Ley de Normas Mínimas, y lo previsto por el numeral 84 del Código Penal Federal, y estos en concomitancia con el diverso 85, de este último cuerpo normativo, se pone de relieve que, quienes tengan el carácter de sentenciados ejecutoriados por el delito de desaparición forzada de personas, previsto por el artículo 215-A del Código Penal Federal, sí tienen derecho a obtener su libertad de manera anticipada. Lo anterior se desprende de manera clara del artículo 85 del Código Punitivo Federal, en cuyo catálogo cerrado no

se encuentra previsto el delito de desaparición forzada de personas, lo que conlleva a afirmar, por una regla de exclusión, que si no se encuentra contenido este delito en el artículo 85, si es dable la concesión de los aludidos beneficios de preliberación a favor del sentenciado, lo que desde mi perspectiva resulta incorrecto, pues si el delito que nos ocupa es de lesa humanidad, los sentenciados por este delito deben compurgar su pena al cien por ciento.

## **XII. Conclusiones**

La desaparición forzada de personas ha sido utilizada por el Estado como método represivo y de control para eliminar a los opositores de un determinado régimen, borrando todo rastro de las personas que son víctimas de esta práctica. En México, en la llamada *guerra sucia* de los años 70, en diversas partes del territorio mexicano, tuvieron lugar numerosas desapariciones forzadas.

Según las definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales, los elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada son: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos; y, c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.

El artículo 215-A del Código Penal Federal no se ajusta a los estándares internacionales. Tampoco incluye todas las formas de participación que contiene el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

El artículo 215-A del Código Penal Federal, considera como único autor del delito de desaparición forzada de personas a quien reúna la calidad especial de servidor público, por ello restringe los ámbitos de

responsabilidad penal y genera impunidad. Se propone la teoría de la naturaleza accesoria de la participación para ampliar los ámbitos de responsabilidad penal a los partícipes que no sean servidores públicos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas su calidad de víctimas por violación a sus derechos a la integridad psíquica y moral; sin soslayar que tienen derecho a conocer la verdad.

El bien jurídico que se tutela en la desaparición forzada de personas es de carácter pluriofensivo.

La violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros y, eventualmente, todos los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no solo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado.

El delito de desaparición forzada de personas es de naturaleza permanente o continuo; por lo tanto, será considerado como permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva.

El plazo para que opere la prescripción en el delito de desaparición forzada de personas, empieza a correr hasta que el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su paradero.



La competencia militar solo surte efecto cuando se atente contra bienes jurídicos propios del orden militar, pero no cuando se vean vulnerados derechos humanos de la población civil; en estos casos, los militares serán juzgados por un juez ordinario y no militar, con la finalidad de que no se violente el principio de independencia e imparcialidad.

La punibilidad para el delito de desaparición forzada de personas previsto por el artículo 215-B, del Código Penal Federal, debe ser de veinte a cuarenta años de prisión y no de cinco a cuarenta, como se prevé actualmente. A quien tenga el carácter de sentenciado ejecutoriado por este delito, deben negarse los beneficios de preliberación.

### XIII. Fuentes de investigación

#### Bibliografía

- “Caso Gelman vs. Uruguay”, *Edición Especial Boletín Trimestral de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resúmenes y extractos de las sentencias dictadas por la CIDH durante el año 2011*, Ed. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Gómez Camacho, Juan José: “La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, Núm. 66, 2007, pp. 28-49.
- Gómez González, Orlando T.: *Participación criminal*, Ed. Ángel Editor, México, 2001, pp. 221.
- Montoya Vivanco, Yvan: “La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales”, Ed. Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del

Perú, Cuaderno de Trabajo No. 11, julio, 2009, pp. 29.

- Parayre, Sonia: “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratioe temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, 1999, Vol. 29, pp. 25-67.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación: *La retroactividad en el delito de desaparición forzada de personas y la prescripción en el de privación ilegal de la libertad*, Serie Decisiones Relevantes, México, 2007, pp. 234.
- Vergara Tejada, José Moisés: *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ed. Ángel Editor, México, 2002, pp. 687.

#### Hemerografía

- *Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2002.
- *Periódico La Jornada*, 6 de marzo de 2012, Año 28, Número 9904.

#### Otros documentos

- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile: Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006.
- Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos: Resolución de la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2009.
- Comisión de Derecho Internacional, 51 período de sesiones, 3 de mayo- 23 de julio de 1999, Nueva York, Naciones Unidas, 1999.

- Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: Aprobada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994.
- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006.
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.
- Recomendación 026/2001 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

### **Legislación**

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- *Código Penal Federal.*
- *Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.*

### **Páginas en Internet**

- [portal.sre.gob.mx/imr/pdf/GomezCam.pdf](http://portal.sre.gob.mx/imr/pdf/GomezCam.pdf)  
[www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr4.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr4.pdf)

### **Reflexiones sobre *ombudsman* Fiscal, Defensoría Pública Federal y Comisiones de Derechos Humanos**

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

RESUMEN: En la actualidad vemos con preocupación que la legislación tributaria es compleja, imprecisa y en algunas ocasiones arbitraria, sujeta a constantes modificaciones, en las que el papel del fisco se circunscribe únicamente a fines evidentemente recaudatorios, generando en el contribuyente incertidumbre e inseguridad jurídica, dejándole además el sabor de un trato injusto que no toma en cuenta su capacidad económica personal.

Estimamos que un instrumento para medir la evolución y grado de desarrollo de un Estado de Derecho, se concreta a través del respeto y protección que se otorgue a los derechos humanos y, en el caso concreto, consideramos que las cantidades de dinero de que se desprende el contribuyente y que impactan su patrimonio, sin lugar a dudas, afectan su propiedad, la cual es considerada un derecho fundamental de los particulares, desde la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia.

\* Asesor Jurídico Federal.

\*\* Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Coahuila.

En México, son diversas las causas políticas, económicas y sociales que impiden la plena realización de los derechos fundamentales; entre estas se encuentran: la inequitativa distribución de la riqueza, ignorancia y analfabetismo a consecuencia de la falta de una educación generalizada de la más alta calidad, carencia de un sistema de salud adecuado y gran número de sectores de la sociedad que aún se encuentran al margen y con pocas expectativas de ser incorporados al proceso de desarrollo del país. En este orden de ideas, dentro de una política económica y fiscal deficiente planteada por el gobierno federal, ha generado una ineficiencia en la salvaguarda de los derechos fundamentales, consagrados en nuestra Constitución, provocando la búsqueda de nuevas instancias (ejemplos: Síndico del Contribuyente, Ley Federal de Derechos del Contribuyente, Asesor Jurídico Federal, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, etc.), como alternativas de protección a estos derechos, que contemplan, entre otros, los del contribuyente, ya que se le debe garantizar jurídicamente el derecho de propiedad sobre sus ingresos y patrimonio, es decir, establecer un límite a la capacidad recaudadora del gobierno.

SUMARIO: Introducción. I. Los Derechos Humanos. II. Posiciones lusnaturalistas, luspositivistas e historicistas en relación con los Derechos Humanos. III. Referencias históricas de los derechos humanos. IV. El *ombudsman*. V. Comisión Nacional de Derechos Humanos.

VI. Defensoría Pública Federal. VII. Diferencias entre las comisiones de Derechos Humanos u *ombudsman* y las Defensorías Públicas. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

### **Introducción**

La historia de la fiscalidad mexicana no es muy brillante que digamos, en razón de que, desde siempre, la constante en el sistema fiscal mexicano ha sido la evidente complejidad de las numerosas normas fiscales, lo cual plantea a los contribuyentes problemas en la aplicación correcta de las mismas, de tal suerte que, generalmente, tienen que acudir al auxilio de profesionales que los asesoren para un correcto cumplimiento de sus obligaciones; asimismo, cuando las autoridades fiscales determinan obligaciones a cargo de los contribuyentes, estos se ven obligados a acudir a la asesoría que les permita enfrentar las acciones de dichas autoridades, que puedan ser o no legítimas, es decir, apegadas a nuestro régimen de Derecho Fiscal.

En el universo de contribuyentes, existen quienes no cuentan con los medios económicos para allegarse de la asesoría o la representación de profesionales que velen por sus derechos, de ahí que hayan surgido propuestas para que puedan defender adecuadamente sus derechos.

Las propias autoridades fiscales han buscado solucionar este problema con la difusión de las disposiciones fiscales, con la instalación de módulos de orientación y medidas semejantes, como lo son las administraciones locales de servicios al contribuyente, pero estas medidas no han sido suficientes para resolver el problema, en parte, porque la asesoría deviene de las propias autoridades fiscales.

Para afrontar esta situación, se han planteado soluciones como la del sexenio de Carlos Salinas de Gortari, cuando aparece por primera vez, aunque de manera fugaz, el organismo denominado Consejo Asesor Fiscal, integrado por representantes de las cúpulas empresariales: Coparmex, Canaco, Canacintra, Consejo Coordinador Empresarial, etcétera, quienes en reuniones de trabajo con los altos funcionarios hacendarios, trataban algunos problemas y hacían sugerencias, considerando quejas presentadas por los diferentes sectores productivos contra las autoridades fiscales. Fue tanta la insistencia empresarial en sugerir soluciones y alternativas al fisco federal, que dejó de ser convocada; lo anterior sin menoscabo de la existencia, desde el origen de la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la correspondiente área de la Administración General de Asistencia al Contribuyente, que ha cumplido una función de asesoría y orientación fiscal, la que ha ido evolucionando en un intento de eficientar los procesos de atención a los contribuyentes en materia del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, que como es del conocimiento general, cada vez son más complejas; en esta tesitura, fue creado, en 1991, el “Programa síndicos del contribuyente”, a través de la designación de personas que representan a los organismos, agrupaciones de contribuyentes e instituciones educativas, ante las autoridades fiscales en las reuniones de trabajo que mensualmente realizan las dirigencias locales del Servicio de Administración Tributaria para dar a conocer las inquietudes y la problemática de sus agremiados.

Este programa funciona con dos figuras: el síndico del contribuyente, quien atiende y capta de manera personal y mediante reuniones mensuales celebradas con los agremiados, los problemas, quejas y sugerencias que, de manera general, los afectan, presentándolos a las

autoridades hacendarias para su aparente solución; y, el síndico de oficio, que representa a los contribuyentes que no pertenecen a alguna agrupación, por medio de la presentación de sus planteamientos ante las autoridades competentes, para su atención.

El artículo 33, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, señala textualmente:

*Las autoridades fiscales para el mejor cumplimiento de sus facultades, estarán a lo siguiente:*

*I...*

*II.– Establecerán Programas de Prevención y Resolución de Problemas del Contribuyente, a fin de que los contribuyentes designen síndicos que los representen ante las autoridades fiscales, los cuales podrán solicitar opiniones o recomendaciones a las autoridades fiscales, respecto de los asuntos que les sean planteados por los contribuyentes.*

*Los síndicos deberán reunir los siguientes requisitos:*

*a) Ser licenciado en derecho, contador público o carrera afín.*

*b) Contar con reconocida experiencia y solvencia moral, así como con el tiempo necesario para participar con las autoridades fiscales en las acciones que contribuyan a prevenir y resolver los problemas de sus representados.*

*c) Prestar sus servicios en forma gratuita.*

*La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá expedir las reglas de carácter general que precisen las funciones de los síndicos, la manera de desarrollarlas, así como los demás aspectos y criterios que considere pertinentes para la debida aplicación y cumplimiento de lo dispuesto en esta fracción.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> [www.ordenjuridiconacional.segob.mx/codigofiscalfederacion](http://www.ordenjuridiconacional.segob.mx/codigofiscalfederacion) (consulta en línea 02/08/2012).

A partir de lo anterior se puede interpretar que son funciones de los síndicos:

- Atender los problemas que enfrentan los contribuyentes ante la autoridad fiscal.
- Apoyarlos gratuitamente en su resolución.
- Captar quejas y sugerencias.
- Ser su voz ante la administración tributaria.
- Brindarles información fiscal para el cumplimiento de sus obligaciones y la garantía de sus derechos.

Sin embargo, creemos que los esfuerzos por crear síndicos han sido limitados en su desempeño por la propia autoridad hacendaria, que tal vez en la práctica resuelve algunas quejas en su ámbito local, pero en la mayoría de los casos argumenta la necesidad de consultar a la dependencia central, razonando burocráticamente *que no hay normatividad aplicable*, y aún más, al no contar los síndicos con personalidad jurídica reconocida, se provoca una manipulación de la autoridad hacendaria que preside las reuniones de trabajo, poniéndose de manifiesto el interés del fisco, quien prefiere tratar con una persona y no con 50 o 100 contribuyentes reunidos en un organismo, cámara o asociación; por lo que consideramos que este Programa de síndicos no ha operado eficientemente, ni responde a las necesidades del contribuyente; otros esfuerzos han sido: la asistencia legal que proporciona el Instituto Federal de Defensoría Pública, a través de los asesores jurídicos federales, las Comisiones de Derechos Humanos, y, la más reciente, que es el *Ombudsman* en la materia fiscal (con la denominación de Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, mejor conocida como PRODECON).

La defensoría pública, las comisiones y la procuraduría mencionada, se manejan en ocasiones como equivalentes, es decir, con el mismo significado y referido al mismo contenido; sin embargo, a nuestro juicio, si bien todas se

dirigen a la protección de derechos humanos individuales, no significan lo mismo, ni atienden los mismos problemas. El presente trabajo pretende deslindar esta situación y, para ello, examinaremos brevemente la materia que comprende cada una de ellas.

## I. Los derechos humanos

El empleo del término Derechos Humanos es relativamente reciente, pero este tema comprende una materia cuya consolidación ha sido el resultado de un lento proceso.

Para algunos estudiosos de este asunto, el reconocimiento de la dignidad humana, que se atribuye al cristianismo, juega un papel importante en la formación de los llamados derechos humanos, donde destaca el derecho a la libertad.

En forma muy sucinta puede decirse que:

*la libertad personal, con todos los derechos consiguientes que de ella se desprenden, constituyen la base de todos los derechos del hombre y se producen automáticamente por el solo hecho de que el hombre existe. Sin embargo, este derecho puede, y debe en algunos casos, ser limitado en orden o en beneficio de la libertad individual de los demás, en beneficio de la Nación, en beneficio del bien común, y finalmente, en beneficio de la comunidad internacional.*<sup>2</sup>

Conviene en este momento, establecer que al término *derechos humanos* no se le asigna el mismo contenido, ni histórica ni epistemológicamente, ni aun gramaticalmente, y así, se habla de derechos naturales, derechos innatos, derechos individuales, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos fundamentales, derechos públicos

<sup>2</sup> Etienne Llano, A.: *La protección...*cit., p.23.



subjetivos, libertades fundamentales, derechos sociales, derechos económicos, etc., lo que nos obliga a señalar que este trabajo se limitará al concepto de derechos humanos como los derechos del hombre en su calidad de persona integrada a la sociedad, y cuyo ejercicio es imprescindible para lograr su realización individual, y que los mismos, al ser reconocidos por el orden jurídico, aparecen a favor del particular.

A riesgo de ser omisos, aventuramos un catálogo general de derechos humanos y que serían:

- a) Los derechos fundamentales que tienen el carácter de inherentes e inalienables al hombre, por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad personal, de conciencia, de expresión de las ideas, de tránsito, etc. (Conocidos como garantías de primera generación).
- b) Los derechos fundamentales del individuo que derivan del entorno social, como el derecho a la propiedad, al trabajo, a la educación, etc. (Clasificados como garantías de segunda generación).
- c) Los derechos fundamentales de tercera generación, tales como el derecho a un medio ambiente sano, derecho al desarrollo económico de los estados, el derecho a la paz, etc.
- d) Los derechos representativos de la cuarta generación, reconocidos por proteger al ser humano de los avances de la Bioética, la Biomedicina, avances tecnológicos, etc.).

Se considera que los primeros no deben ser suprimidos ni restringidos de manera alguna; no así los demás, que van a depender de los intereses generales, entre los cuales destacan los principios del bien común, desarrollo sustentable y seguridad.

## II. Posiciones iusnaturalistas, iuspositivistas e historicistas en relación con los derechos humanos

En la clasificación de derechos humanos que hemos señalado están implícitas las posiciones iusnaturalistas, iuspositivistas e históricas.

- a) Iusnaturalismo: Para el iusnaturalismo, los derechos humanos fundamentales son aquéllos derechos que tienen validez universal y no dependen de que las leyes positivas los reconozcan o no. Aparecen primeramente con un origen divino y se reflejan en los Estados teocráticos de la Antigüedad hasta los Estados absolutistas de la Edad Moderna.

Posteriormente se fue abandonando la fundamentación divina de los derechos y, entonces, se consideró a los derechos naturales derivados de un *contrato social*, donde cada individuo sacrificaba una porción de sus derechos innatos, para depositarlos en el poder público, a efecto de que se ejerciera a favor de todos; ello dio paso a los Estados liberales.

También, en el iusnaturalismo, aparecieron explicaciones racionalistas donde el hombre como ser racional, común a todo el género humano, podía construir un auténtico derecho natural, concepto que evolucionó con el pensamiento de Grocio, Hobbes, Descartes, Bacon, en los siglos XVII y XVIII, hasta llegar a nuestros días.

- b) Iuspositivismo: Para los iuspositivistas, los derechos humanos son y tienen existencia en tanto estén reconocidos por el derecho positivo, por la ley, de tal manera que los llamados derechos naturales, mientras no estén plasmados en la legislación, no dejan de ser especulaciones que

no tienen aplicación en el mundo de la realidad. En este sentido, no puede dejar de mencionarse a destacados juristas como Kelsen, Hart, Ross y Bobbio.

- c) Historicismo: Señala que los derechos humanos son producto de procesos históricos, y que las posiciones iusnaturalistas y iuspositivistas, encuentran su expresión en los cambios que la sociedad presenta a lo largo de su historia.

En realidad los derechos naturales reconocidos por los iuspositivistas, son generalmente consagrados en la ley, y en ello influye decisivamente el marco histórico.

*La posesión y el ejercicio de los derechos fundamentales corresponde al hombre y a los grupos sociales, su reconocimiento, garantía y conclusiones por su efectiva puesta en práctica en el sentido jurídico-político atañe a los Estados.*<sup>3</sup>

En lo que también podemos convenir es en que, al margen de un catálogo de derechos humanos fundamentales, a la fecha lo importante es la forma en que podemos garantizarlos, que podamos hacerlos valer.

El afamado pensador Norberto Bobbio plantea, respecto a los derechos humanos, lo siguiente:

*El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.*<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Fernández, E.: *Teoría de la...*cit., p.87.

<sup>4</sup> Bobbio, N.: "Presente y..."cit., p.9.

### III. Referencias históricas de los derechos humanos

Uno de los principales documentos que en el mundo occidental es referencia obligada en el tema de los derechos humanos, es la Carta Magna, que fue suscrita por Juan sin Tierra, en Inglaterra, en el año 1215.

*La Carta Magna consagra la libertad de la Iglesia, la libertad personal, el derecho de propiedad y algunas garantías procesales y ciertos resguardos que regulan y limitan el establecimiento de los cargos tributarios... contempla, además, mecanismos concretos para asegurar su observancia en la práctica, que llegan hasta el establecimiento de una especie de comisión fiscalizadora, con amplios poderes, compuesta por 25 barones del reino. El texto legal establece que si se produjere cualquier infracción a la paz, a la libertad o a la seguridad, y esta no fuere reparada oportunamente, los barones, juntamente con toda la comunidad del país, podrán embargar los castillos, tierras y posesiones reales y adoptar las medidas necesarias hasta que el agravio haya sido reparado a su satisfacción, y cualquiera en el reino que lo desee, puede jurar que obedecerá las órdenes de los veinticinco barones antedichos para la ejecución de todas las cosas que se han mencionado y que nos apremiará, junto con ellos, hasta lo último de su poder.*<sup>5</sup>

A pesar de las medidas que adoptó la Carta Magna para que los derechos fundamentales fueran respetados, hubo necesidad de expedir un nuevo documento: la *Petition of Rights* de 1628, para confirmar y ampliar las garantías concedidas por la Carta Magna; así como el *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679, primer recurso legal contra detenciones arbitrarias, y el *Bill of Rights* de 1688.

<sup>5</sup> Humber Gallo, J. I.: *Panorama de los...*cit., p.27.

En otros países europeos también se fueron desarrollando, lentamente, los derechos humanos fundamentales, que, a la vez, fueron repercutiendo en América.

No es el propósito de este trabajo enumerar los múltiples documentos en que se fueron plasmando los derechos humanos fundamentales, pero sin duda resaltan: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, en 1774; la Constitución Americana de 1787; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, emanados de la Revolución Francesa en 1789.

En México, son dignos de mención los decretos que abolieron la esclavitud en 1810, emitidos por Hidalgo; la Constitución de Apatzingán, de 1814; las Constituciones de 1824, 1857 y 1917; particularmente, en estas dos últimas Constituciones, se regula el juicio de amparo, como el medio que tiene a su alcance el particular para hacer frente a los abusos de las autoridades.

En el campo internacional, los más importantes instrumentos que se ocupan de los derechos fundamentales del hombre, son la Declaración Universal de Derechos del Hombre, proclamados por la Organización de las Naciones Unidas en 1948; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 1950.

Desde esas fechas, se han multiplicado documentos de carácter internacional, muchos de ellos, emanados de diversas Comisiones, Congresos o Convenciones de los miembros asociados de la Organización de las Naciones Unidas, sobre temas como esclavitud, delitos de genocidio, tortura, trata de personas, condiciones

laborales, discriminación por razones raciales o de género, de índole política, social, económica, destacándose, para el interés de México, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada comúnmente *Pacto de San José*, de 1969, ratificada por los Estados Unidos Mexicanos en 1980.

Sin embargo, aun cuando la historia da fe de la multiplicación de instrumentos legales, nacionales e internacionales, que reconocen y consagran derechos fundamentales del hombre, ello no ha acarreado, necesariamente, el respeto de esos derechos por parte de las autoridades, y así, Ferrajoli propugna por un Estado de Derecho democrático garantista, donde los derechos no sean letra muerta sino sean efectivamente respetados.

#### IV. El *ombudsman*

Ya señalamos que la historia da constancia de cómo se han promovido e instrumentado diversas maneras de enfrentar el abuso de las autoridades que menoscaban los derechos fundamentales del hombre, y así, encontramos el *Habeas Corpus Amendment Act*, en Inglaterra, o el juicio de amparo en nuestro país, como mecanismos legales que el particular puede hacer valer en contra de la transgresión a sus derechos.

En ese contexto, aparece la figura del *ombudsman* creada por el rey Carlos XII en Suecia en 1713, que tenía, entre otras atribuciones, ejercer vigilancia general para asegurar que se cumpliera con las leyes y reglamentos y que los servidores públicos llevaran a cabo sus tareas dentro del marco legal. Desde el inicio, el *ombudsman* debía ser una persona capaz, imparcial, versada en derecho y con experiencia como juez.

En sus inicios, el *ombudsman* era designado por el rey, después lo fue por el Parlamento, y debía rendir informe periódico de los asuntos atendidos y de las recomendaciones emitidas para que las autoridades atendieran las quejas fundadas, considerando que la publicidad de la propia recomendación era medida eficaz para que fuese acatada por la autoridad.

La figura del *ombudsman* se fue extendiendo a otros países como Noruega, Dinamarca, Alemania, Nueva Zelanda, Filipinas, Reino Unido, Canadá, Estados Unidos de América, Irlanda, Holanda, etc.<sup>6</sup>

En México empiezan a surgir organismos, que en esencia recogían la figura del *ombudsman*: la Procuraduría de la Defensa del Indígena en Oaxaca; la Comisión de Derechos Humanos en Guerrero; la Procuraduría de Protección Ciudadana y la Comisión de Derechos Humanos en Aguascalientes.

## V. Comisión Nacional de Derechos Humanos

Con la emisión del Decreto Presidencial por Carlos Salinas de Gortari, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 1990, se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, al que se le asigna la responsabilidad *de proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los Derechos Humanos*.<sup>7</sup>

La Comisión nació con una limitante, que fue prontamente criticada, relativa a su condición de órgano dependiente del Gobierno Federal, lo que cuestionaba la independencia que debía tener, pues su tarea era

investigar y, en su caso, cuestionar la labor de las autoridades administrativas que hubiesen afectado derechos humanos.

Al paso del tiempo, esta inicial decisión fue corregida cuando se consagró, a nivel constitucional, el estatus de la Comisión y su independencia del Poder Ejecutivo, porque en 1992 se adicionó el apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se reformó en 1999 y del que transcribimos lo conducente:

*Artículo 102-B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.*

*Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonios propios.*

*La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez Consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la*

<sup>6</sup> Vid, Donald C., R.: *El Ombudsman...*cit.

<sup>7</sup> Terrazas, C. R.: *Los Derechos...*cit., p.10.

*Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada.*

*La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos Consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período.*

*El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y solo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.*

*El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.*

*La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.<sup>8</sup>*

Del precepto constitucional transcrito, se desprende que la materia que compete a la Comisión Nacional es la protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico, respecto de actos u omisiones de naturaleza administrativa de cualquier autoridad o servidor público que violen esos derechos.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, agrega el dispositivo mencionado, emitirá con motivo de la investigación de las quejas de los particulares:

- a) Recomendaciones públicas no vinculatorias, y
- b) Denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

En la investigación de las quejas ciudadanas, la Comisión procura, si es el caso, que la autoridad resuelva la queja sin necesidad de emitir la recomendación pública. Si ello no es posible, la recomendación significa un reproche a la actuación de la autoridad o servidor público.

Asimismo, la Comisión no tiene competencia en asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

Cada aspecto de los mencionados, ha sido objeto de estudio y debate por los especialistas, para el objetivo de este trabajo y, por ahora, ello no será examinado.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos se instituye, según lo ordena el último párrafo, apartado B, del artículo 102 constitucional, una segunda instancia respecto de las inconformidades que se presenten por recomendaciones, acuerdos u omisiones de las Comisiones Estatales de Derechos Humanos equivalentes en las entidades federativas.

Prácticamente todos los Estados de la República han instituido Comisiones Estatales de Derechos Humanos; ante la imposibilidad de examinar cada una de ellas, nos vamos a referir únicamente a la del Estado de Coahuila.

En julio de 1992, se expidió la Ley Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila, la que reglamenta el artículo 195 de la Constitución Política del Estado que crea, a nivel estatal, la Comisión de Derechos Humanos, bajo las directrices de la Constitución General.

Esta Ley Orgánica, de carácter reglamentario, señala

<sup>8</sup> Constitución Política...cit., p.88.



en sus artículos 3º, 4º y 5º las atribuciones de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, que a la letra dicen:

*Artículo 3.- La Comisión tiene por objeto promover, estudiar, divulgar y proteger los derechos humanos de todas las personas que se encuentren en el territorio del Estado.*

*Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por Derechos Humanos, aquellos que son inherentes a la naturaleza humana y que otorgan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado y el orden jurídico que de ellas emana.*

*Artículo 5.- La Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila conocerá de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público; sin embargo, no será competente tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales, en los términos de la presente Ley.<sup>9</sup>*

Podemos afirmar que las Comisiones de Derechos Humanos, son la evolución del concepto del *Ombudsman* como defensor de los derechos fundamentales del hombre.

## VI. Defensoría Pública Federal

De manera semejante al desarrollo histórico del *Ombudsman*, se presentó la evolución de la que se denominó Defensoría Pública, para otorgar a los particulares de escasos recursos, asesoría profesional para defender sus derechos ante las autoridades, principalmente de índole jurisdiccional.

La Defensoría Pública obedece a otras razones diferentes a las que se le reconocen al *Ombudsman*, si bien ambas buscan la protección de derechos humanos.

<sup>9</sup> <http://www.congresocoahuila.gob.mx/archive/leyesestatalesvigentes/directorioleyes.cfm> (Consulta en línea 10/05/12).

En teoría, la Revolución Francesa proclamaba la igualdad de todo individuo frente a la ley; sin embargo, los conflictos que se dirimen ante las autoridades y que exigen el conocimiento de la leyes, que cada vez son más numerosas y complejas, obligan a que los particulares se vea en la necesidad de contratar abogados que los representen para que velen por los derechos que consideran se vean afectados.

La asesoría de orden jurídico para dirimir controversias, enfrentar juicios o procesos, sean estos penales, civiles, laborales, administrativos, se torna indispensable, pues al particular le resulta, en la mayoría de los casos, imposible defender, por sí mismo y con eficacia, sus derechos.

El reconocimiento de esta realidad y de que no todos tienen la posibilidad de acceder al respaldo de un profesional del Derecho y que ello colocaba en situación real de desigualdad ante quienes sí podían contratar esa asesoría, obligó a reconocer la necesidad de crear organismos por parte del propio Estado para que la proclamada igualdad ante la ley fuese real, y que aquellos que por su condición económica no pudieran contar con abogado, la tuviesen; y así, apareció la Defensoría Pública.

En materia penal, administrativa, civil y fiscal, todas en el ramo federal, actualmente existe el Instituto Federal de Defensoría Pública como un órgano dependiente del Poder Judicial de la Federación, regulado por la Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998. El artículo 1º de esta ley precisa la materia o atribuciones que le competen al Instituto:

*Artículo 1º. La presente Ley tiene por objeto regular la prestación del servicio de defensoría pública 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.*

La característica más importante del Instituto Federal de Defensoría Pública y del asesor jurídico es la que respecta a quienes pueden solicitar el servicio gratuito, pues recordemos que el espíritu de la norma jurídica que se comenta, es la de combatir la desigualdad social originada en el factor económico.

Actualmente encontramos defensores públicos, a veces denominados procuradores, en materia laboral, civil, mercantil, etc.; recientemente, la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente y su correlativa Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, donde el contribuyente que no podía cubrir el costo de una asesoría legal y no tenía la posibilidad, frente al fisco, de hacer valer sus derechos, en el trámite de procedimientos administrativos o de la interposición de recursos administrativos o procesos de índole judicial e incluso, el juicio de amparo.

## **VII. Diferencias entre las Comisiones de Derechos Humanos u Ombudsman y la Defensoría Pública Federal**

Tanto la figura del *ombudsman* o Comisión de Derechos Humanos, como la del defensor público, buscan la protección de los derechos del particular frente a los actos de autoridad o servidores públicos que vulneran esos derechos, pero tienen ámbitos de competencia o atribuciones distintas, y de ellas podemos destacar las siguientes:

1°. La Comisión Nacional de Derechos Humanos es un órgano con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propio. La

designación del Presidente y del Consejo consultivo, integrado por diez consejeros, se realiza por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Senadores, o en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión; ante las Cámaras del Congreso, el Presidente comparecerá a rendir, anualmente, un informe de actividades.

Es decir, la Comisión es un órgano independiente del Poder Ejecutivo, lo que le permite actuar en forma imparcial ante las autoridades y servidores públicos de la administración.

Por su parte, la Defensoría Pública es un organismo dependiente del Poder Judicial, cuyo personal directivo es designado por el Consejo de la Judicatura Federal.

2°. La Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada para la protección de derechos humanos inherentes a la naturaleza humana y consagrada en la Constitución, como garantías individuales.

La Defensoría Pública fue creada para otorgar servicio gratuito a fin de garantizar la defensa del particular a través de orientación, asesoría y representación jurídica de sus derechos.

3°. La Comisión Nacional de Derechos Humanos, al atender la queja del particular, no es representante o asesor del mismo; su labor es constatar si se violaron o no derechos humanos que tenga a su favor el particular.

La Defensoría Pública se constituyó para otorgar orientación, asesoría y representación al particular, al que apoya con sus servicios y se constituye su defensor y está obligado a desempeñar su labor a fin de obtener resoluciones favorables para su defensor.

4°. La Comisión Nacional de Derechos Humanos no puede atender quejas que tengan que ver con las materias electorales, laborales y jurisdiccionales.

La Defensoría Pública, de acuerdo a la materia de que se trate, sea penal, civil, y ahora fiscal, por mencionar algunas, atiende asuntos contenciosos de esas materias, tanto en forma administrativa como jurisdiccional.

5°. La Comisión Nacional de Derechos Humanos, en los casos en que se acredite la existencia de la violación de derechos humanos, emitirá opiniones o recomendaciones a las autoridades o servidores, en caso de que no se pueda lograr la conciliación entre quejosos y las autoridades para solucionar el conflicto planteado.

La Defensoría Pública no puede emitir ninguna opinión o recomendación a la autoridad respecto de los derechos de su defenso, porque tiene la calidad de representante. Además debe promover los medios de defensa adecuados y, en el supuesto que no se respeten los derechos humanos del usuario, se promoverá juicio de amparo.

6°. La Comisión Nacional de Derechos Humanos concluye su actuación, sea porque no procede la queja, porque se desista el interesado de la misma, porque se haya conciliado con la autoridad responsable o porque emita la recomendación de no responsabilidad que sea procedente.

La Defensoría Pública termina su representación o asesoría porque una vez que atiende las solicitudes, hace valer medios de defensa, asiste jurídicamente a su defenso, expresa alegatos, hace valer agravios, impugna resoluciones, hasta la conclusión de procedimiento o el proceso que corresponda.

Enseguida veremos monográficamente cuáles son las materias y acciones que lleva a cabo el asesor jurídico federal, el asesor jurídico y el *ombudsman* mexicano:

IFDP	PRODECOM	CNDH
<p>Artículo 29.- El servicio de asesoría jurídica del fuero federal debe prestarse en las materias que a continuación se señalan:</p> <p>I.- Materia administrativa;</p> <p>...</p> <p>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.</p> <p>c) Asuntos que se tramiten ante dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal, conforme a procedimientos seguidos en forma de juicio.</p> <p>...</p> <p>II. Materia fiscal;</p> <p>a) Asuntos de carácter federal que puedan ser planteados mediante juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.</p>	<p>“Artículo 5.- Corresponderá a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente:</p> <p>II.- 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;</p> <p>III.- Conocer e investigar de las quejas de los contribuyentes afectados por los actos de las autoridades fiscales federales por presuntas violaciones a sus derechos, en los términos de la presente Ley y, en su caso, formular recomendaciones públicas no vinculatorias, respecto a la legalidad de los actos de dichas autoridades;</p> <p>IV.- Impulsar con las autoridades fiscales de la Federación, una</p>	<p>Artículo 60.- La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:</p> <p>II.- Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:</p> <p>a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal;</p> <p>b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;</p> <p>VII.- Impulsar la observancia de los derechos humanos en el país;</p> <p>IX.- Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional;</p>

IFDP	PRODECOM	CNDH
<p>b) Asuntos en los que sea procedente promover juicio de amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito, contra sentencias que declaren la validez de la resolución impugnada o no satisfagan el interés jurídico del demandante, emitidas por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.</p> <p>c) Asuntos en los que sea procedente interponer recurso de revocación en contra de actos administrativos dictados en materia fiscal federal.</p> <p>...</p>	<p>actuación de respeto y equidad para con los contribuyentes, así como la disposición de información actualizada que oriente y auxilie a los contribuyentes acerca de sus obligaciones, derechos y medios de defensa de que disponen;</p> <p>V.- Promover el estudio, la enseñanza y la divulgación de las disposiciones fiscales, particularmente las relativas a garantías, elementos del acto administrativo, facultades de las autoridades competentes, procedimientos y medios de defensa al alcance del contribuyente;</p> <p>IX.- Recabar y analizar la información necesaria sobre las quejas y reclamaciones interpuestas, con el propósito de verificar que la actuación de la autoridad fiscal esté apegada a Derecho a fin de proponer, en su caso, la recomendación o adopción de las medidas correctivas necesarias, así como denunciar ante las autoridades competentes la posible comisión de delitos, así como de actos que puedan dar</p>	<p>I.- Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos;</p> <p>VIII.- Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la Comisión Nacional redunden en una mejor protección de los derechos humanos;</p> <p>X.- Expedir su Reglamento Interno;</p> <p>XI.- Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de derechos humanos;</p> <p>XV.- Las demás que le otorguen la presente ley y otros ordenamientos legales.</p> <p>III. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.</p>

IFDP	PRODECOM	CNDH
	<p>lugar a responsabilidad civil o administrativa de las autoridades fiscales federales;</p> <p>X.- Proponer al Servicio de Administración Tributaria las modificaciones normativas internas para mejorar la defensa de los derechos y seguridad jurídica de los contribuyentes;</p> <p>XI.- Identificar los problemas de carácter sistémico que ocasionen perjuicios a los contribuyentes, a efecto de proponer al Servicio de Administración Tributaria las recomendaciones correspondientes;</p> <p>XIII.- Emitir su Estatuto Orgánico;</p> <p>XV.- Fomentar y difundir una nueva cultura contributiva realizando campañas de comunicación y difusión social respecto de los derechos y garantías de los contribuyentes, proponiendo mecanismos que alienten a éstos a cumplir voluntariamente con sus obligaciones tributarias, de las atribuciones y límites de las autoridades fiscales federales, quienes</p>	

IFDP	PRODECOM	CNDH
	<p>deberán actuar en estricto apego a la legalidad;</p> <p>XVII.- Las atribuciones que deriven de otros ordenamientos.</p> <p>Artículo 8.- El Procurador de la Defensa del Contribuyente está obligado a:</p> <p>V. Emitir las recomendaciones públicas no vinculativas, así como los acuerdos que resulten de los procedimientos que practique.</p>	

**VIII. Conclusiones**

PRIMERA.- El *derecho a una defensa adecuada* es tutelado por el Estado, mediante la creación de diversas dependencias, que brindan asistencia jurídica gratuita a quienes no cuentan con recursos suficientes para pagar los honorarios de un abogado particular. Las actuales procuradurías y defensorías recogen el espíritu del *ombudsman* sueco, ya que tienden a proteger a los gobernados de los actos de la administración pública.

SEGUNDA. - El Estado se sirve de los actos administrativos para llevar a cabo sus funciones, los cuales están sujetos a los requisitos que se contienen en las leyes aplicables.

La voluntad estadual, en materia fiscal, también se manifiesta por medio de actos administrativos.

TERCERA.- La historia legislativa demuestra que el hombre siempre ha buscado quien lo defienda en contra de los actos arbitrarios de quienes ostentan el poder de decisión. El *ombudsman* fue creado para proteger los derechos del ciudadano que se vieran afectados por la administración pública, ha sido tal su aceptación, que dicha figura se ha extendido por todo el orbe, especializándose en determinadas ramas del Derecho, entre ellas, la fiscal. Nuestro país no ha sido ajeno a tales hechos, ya que la cultura mexicana tenía al *tepanaloani*. Al pasar de los años, las figuras jurídicas importadas del viejo mundo fueron imperando, hasta nuestra actualidad, en donde tenemos procuradurías y defensorías especializadas, que en el caso que nos ocupa, se trata de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente y el Instituto Federal de Defensoría Pública.

CUARTA.- La figura del *ombudsman*, que México ha recogido en la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos, tiene una naturaleza distinta a las Defensorías o Procuradurías, entre ellas a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), en cuanto que las primeras se ocupan de las quejas de cualquier particular por violaciones a los derechos humanos, consagrados como garantías individuales en la Constitución, que cometen las autoridades administrativas, con exclusión de asuntos electorales, laborales o jurisdiccionales; en tanto que las segundas buscan garantizar el derecho de defensa y el acceso a la justicia ante autoridades administrativas y jurisdiccionales, exclusivamente, a quienes no tengan medios para proveerse de adecuada defensa.



## IX. Bibliografía

- Bobbio, Norberto: “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Revista Anuario de Derechos Humanos*, núm 7, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- Donald C. Rowat: *El Ombudsman. El defensor del ciudadano*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Primera reimpresión de la primera edición en español, 1986.
- Etienne Llano, Alejandro: *La protección de la persona humana en el Derecho Internacional*, Ed. Trillas, México, 1987.
- Fernández, Eusebio: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Ed. Debate, Primera reimpresión, Madrid, 1987.
- Humber Gallo, Jorge Iván: *Panorama de los Derechos Humanos*, Ed. de Buenos Aires, Argentina, 1977.
- Terrazas, Carlos R.: *Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1999.

## Legislación aplicable

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México, 2011.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza.
- Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.
- Ley Federal de los Derechos del Contribuyente.
- Código Fiscal de la Federación.

## Informáticas

- [www.ordenjuridiconacional.segob.mx/codigofiscalfederacion](http://www.ordenjuridiconacional.segob.mx/codigofiscalfederacion)(consulta en línea 02/08/2012).
- <http://www.congresocoahuila.gob.mx/archive/leyesestatalesvigentes/directorioleyes.cfm>  
( Consulta en línea 10/05/12).

---

## **Estado neoliberal y la política criminal en México**

*Juan Carlos Hernández Cárdenas\**

RESUMEN: En la posmodernidad, las circunstancias sociales han escapado de forma más abierta al control jurídico-político estatal, perdiendo su legitimidad consistente en el reconocimiento del derecho de gobernar; esto ocasiona que el ente estatal busque nuevas formas de control social más eficaces.

Actualmente, el Estado neoliberal posmoderno es afectado por una economía subterránea creada por el propio sistema de producción; para erradicar esta competencia, el ente estatal trata de ampliar el alcance de la juridización de la interacción social y de sancionar aquellas circunstancias que considera ponen en riesgo los cimientos de la estructura económica, de ahí su incidencia dentro de la política criminal estatal, para canalizar los objetivos y programas en la conservación y perpetuación de las condiciones materiales de existencia.

El Estado posmoderno impone su legitimidad a través de la obediencia por medio de una excesiva juridización de las relaciones sociales, así como del uso coactivo del orden jurídico, el empleo de la violencia y el uso legítimo de las

---

\* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública, adscrito a la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada.

fuerzas estatales para obtener las conductas que espera de determinados sectores del grupo social, se ha apoyado en el subsistema jurídico por excelencia: el Derecho Penal. El empleo del poder punitivo estatal es elemental para mantener su vigencia, objetivos y estructura en sus diferentes etapas, desde el absolutismo puro hasta el posmodernismo neoliberal.

De esta manera, la instauración del realismo político en el contenido pragmático de la política criminal, carente de sentido ético, desencarna su cinismo en la proliferación de ordenamientos jurídico-penales, ávidos de obtener el sometimiento de coyunturas cíclicas de tipo social, al control social estatal e internacional.

SUMARIO: Introducción. I. El neoliberalismo en México. II. Realismo de derecha. III. El terrorismo de Estado en la política criminal. IV. El estado de excepción como paradigma de gobierno. V. Conclusiones. VI. Referencias documentales.

## Introducción

La crisis financiera de los Estados benefactores, provocada en gran parte por los inversionistas capitalistas que decidían no invertir en un Estado con un carácter social por el miedo que les ocasionaba sufrir pérdidas, determinó la desaparición del Estado benefactor, para dar paso al regreso del liberalismo económico reformado en el Estado neoliberal, en el que además de buscar la modernización económica, busca introducir cambios de carácter estructural en las instituciones.

El Estado neoliberal es una vuelta al tránsito de las funciones de la esfera pública hacia la esfera

privada, con una transformación integral de las fuerzas políticas a través de su redefinición ideológica y a las personas en su estatus de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar, significa el enfrentamiento con nuevas condiciones laborales, económicas y sociales definidas nuevamente por el mercado, pero ahora de carácter global.

Los orígenes de la visión de un Estado liberal con funciones mínimas se remontan a Adam Smith y los fisiócratas, quienes trataban de entender y de explicar cómo una nación podía incrementar su riqueza. Para Smith, el hombre, de manera natural, cuenta con condiciones de libertad y propiedad, así que cada individuo determina el mejor uso de sus recursos con la finalidad de mejorar su condición y, por ende, esto traerá como consecuencia inevitable el bienestar general; la intervención estatal impediría el desarrollo de dicho bienestar.

Para Smith, el Estado tiene tres obligaciones: *la defensa del exterior, la administración interna de justicia y, el mantenimiento de obras y establecimientos públicos de un prohibitivo costo para los particulares*.<sup>1</sup>

Jean Baptiste Say es otro de los ideólogos del liberalismo, señala la imposibilidad de una crisis de sobreproducción, en razón de que cada oferta crea su propia demanda, así que la intervención estatal de carácter económico es innecesaria. Postuló que cuando el gasto del Estado contribuía a crear o a mantener el capital, entonces era un gasto productivo, en cambio era improductivo cuando el gasto estatal se destinaba a satisfacer las necesidades de la sociedad.

Stuart Mill señala que el sistema impositivo debe respetar la propiedad privada y las desigualdades

<sup>1</sup> Smith, A.: *La riqueza...*cit., p. 297-328.

económicas, toda vez que estas resultan de las diferentes habilidades y capacidades de los individuos, para lo cual es necesaria una política educativa que permita mayores oportunidades a los individuos para lograr eliminar, de forma gradual, la diferencia social.

Estos postulados habían sido superados cuando el liberalismo económico entró en crisis y se optó por la instauración del Estado social, basado en la obra de William Beveridge acerca de la política social, que en su libro *Pleno empleo en una sociedad libre*, establece la relación entre empleo y seguridad y plantea a esta última como un medio de inclusión social.

Para Beveridge, la política social debe tener como propósitos: evitar la indigencia y la polarización del bienestar; el Estado puede promover una redistribución en la medida de asegurar los ingresos necesarios para la subsistencia. Los principios básicos de su modelo de seguridad social son: *justicia, la oportunidad razonable de tener trabajo remunerado, la certeza de contar con ingresos suficientes para estar a salvo de la indigencia y la defensa de la familia como unidad social*.<sup>2</sup> Sin embargo, como lo señala Jeannot, Beveridge *inaugura una política estatal benefactora pasiva o indemnizadora, que a la postre llevará a la crisis del estado benefactor*.<sup>3</sup>

Con el Estado benefactor (*Welfare state*), a pesar de los esfuerzos de los diferentes Estados que habían adoptado la socialización de sus políticas, finalmente entra a una crisis insostenible, debido a un crecimiento ilimitado de las demandas de bienestar social que se reflejó en el continuo incremento del gasto social ocasionando una crisis fiscal, al tener limitaciones para

poder realizar las recaudaciones que le permitieran solventar el gasto social cada vez más demandante. Junto con la crisis fiscal, las instituciones públicas del Estado de bienestar comenzaron a entrar en sus propias crisis, fundamentalmente por la obesidad burocrática, la corrupción y la insensibilidad social que fue origen de su implementación.

La opción era regresar a la privatización de la economía, donde se presentaron argumentos de tipo económico: señalando que la privatización eleva la eficiencia en la asignación de los recursos públicos; político: debido al incremento de organizaciones sindicales, la privatización permite el desmembramiento y disolución de las coaliciones sociales que buscan beneficios excesivos por parte del Estado; sociológicos: el reconocimiento de la ineficacia de los programas sociales gubernamentales, permiten sugerir el fortalecimiento de instancias comunitarias descentralizadas y no gubernamentales que sean capaces de garantizar la eficacia de los programas públicos.

El regreso al liberalismo surge con la sociedad de Mont Pelerin (Suiza) en 1947, organizada durante la reunión a la que el economista Friedrich von Hayek convocó a otros ideólogos entre los que destacan Karl Popper, Milton Friedman, Ludwig von Mises y Walter Lippmann. Esta sociedad se declaró enemiga de todos los formatos de organización económica en los que el Estado asumía algún grado de intervención, un claro rechazo a la visión del Estado socialista; en ella se planteó que el Estado debe garantizar la libertad para elegir; por lo tanto, sus únicas funciones deben ser: brindar protección interna y externa, mantener un sistema de justicia como sustento de los contratos y la propiedad, organizar el financiamiento para la producción privada

<sup>2</sup> Kusnir, L.: *La política...*cit., p. 48.

<sup>3</sup> Jeannot, F.: *Tercera vía...*cit., p. 41.

de bienes públicos y brindar cuidado social a los que carecen de capacidad para asumir responsabilidades.

El neoliberalismo introduce cambios de carácter estructural en las instituciones, la transición de la esfera pública a la esfera privada, se califica a la esfera pública como *pasado* sinónimo de algo negativo, mientras que a la esfera de lo privado aparece como el espacio de la *verdad*. El Estado interventor y de bienestar expresado como pasado es el adversario principal, ya que se encuentra anclado en la oscuridad ideologizada e irracional; en cambio, el racional es aquel que se encuentra en el futuro, lo que le permite entender los nuevos tiempos y la magnitud del desafío de cambio.

Los cambios de la transición de la esfera de lo público a lo privado presentan variables económicas, políticas y sociales, entre ellas: la modificación del mercado laboral, la economía informal, el aumento de la desocupación y el desempleo, la concentración del ingreso y el aumento del costo social, consecuencia de las políticas de ajuste y la distribución inequitativa de sus costos al interior de la sociedad.

La propuesta neoliberal se implantó, por vez primera, en Inglaterra durante el mandato de Margaret Thatcher en 1979, posteriormente en Estados Unidos en 1981 con Ronald Reagan. A partir de 1990, con la caída del muro de Berlín, se implementó en Europa y la Unión Soviética, igualmente en China mediante los modelos de la economía socialista de mercado y los bolsones de economía capitalista. La crisis en Asia de 1997-1998 fue interpretada, por los neoliberales, como una prueba de que el fuerte intervencionismo del Estado y el alto nivel de proteccionismo inhibían el correcto funcionamiento capitalista.

En América Latina, el neoliberalismo ha constituido la respuesta al desgaste de los modelos intervencionistas. El liberalismo extremo o fundamentalismo de mercado se ha convertido en el paradigma dominante y ha sido tal su penetración en esta región, que en muchos de estos países los sacerdotes de la economía neoliberal consideran que sus políticas son insustituibles. La forma en que ha penetrado ha tomado la forma de Programas de Ajuste Estructural,<sup>4</sup> recomendados y supervisados por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, como condición para proporcionar la ayuda necesaria ante las crisis en las que habían entrado los países solicitantes.

La doctrina neoliberal radicaliza el derecho de propiedad, al no concebir que sea una función del Estado utilizar el gasto público como un medio para hacerse cargo del bienestar de las personas y las familias, porque la desigualdad tiene efectos benéficos sobre la dinámica de las actividades privadas. *La posición neoliberal es que se obtendrá el máximo crecimiento económico permitiendo que la distribución del ingreso sea determinada por el mercado; los gobiernos no deberían adoptar políticas de redistribución del ingreso de los ricos a los pobres.*<sup>5</sup>

En este orden de ideas, existe una incidencia directa del sistema económico de producción en la política criminal a seguir por el ente estatal, de tal manera que

<sup>4</sup> Los Programas de Ajuste Estructural consisten en un conjunto de políticas destinadas a terminar con los Estados de bienestar latinoamericanos de mediados del siglo XX. Consisten en recomendaciones que tienden al achicamiento del Estado, la privatización de las empresas y servicios públicos, la liberación de los mercados, especialmente el mercado externo, la eliminación de las políticas sociales, la privatización de la seguridad social, el incremento de la recaudación tributaria mediante impuestos indirectos, la reforma del mercado laboral y del sistema educativo.

<sup>5</sup> MacEwan, A.: *¿Neoliberalismo...?*, cit., p. 115.



la ideología y el Derecho como instrumento del poder, específicamente el Derecho Penal, es fundamental para la conservación del modelo económico neoliberal y de las condiciones sociales existentes.

### I. El neoliberalismo en México

En el Estado mexicano, los tecnócratas neoliberales apoyan la instauración del neoliberalismo basados en la crítica al Estado de bienestar, al que señalan como un sistema de representación de intereses que ha sido calificado como corporativismo de Estado, asentado en coaliciones distributivas que fueron la base de la estabilidad política.

La naturaleza corporativista del Estado mexicano se expresó en que: *...las posibilidades de solución de las demandas dependen de la adscripción, es decir, de la pertenencia a determinada organización, de la fidelidad política personal y no del ejercicio de un derecho ciudadano y de la validez de la demanda...*,<sup>6</sup> así, el Estado presenta un formato atrasado, distante de los Estados de bienestar europeos surgidos a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial *Al intercambiar apoyo político por solución de demandas, se dificulta y se desalienta la autonomización de los ciudadanos y se propicia la reproducción de relaciones clientelares y de cacicazgos rurales y urbanos.*<sup>7</sup>

Después de casi tres décadas, el nuevo modelo no ha sido capaz de promover un ciclo de crecimiento alto y sostenido, el efecto benéfico de las reformas estructurales es temporal y concentra sus beneficios en los grupos sociales propietarios del capital, quienes

exigen más reformas estructurales. El liberalismo ocupó al Estado de bienestar para *amansar a las clases peligrosas*,<sup>8</sup> sobre todo al sector obrero, para legitimarse ante esas clases peligrosas que podían, a través de revueltas y manifestaciones, alterar el orden y matiz hegemónico. En México, las *clases peligrosas* estuvieron maniatadas a través de un partido político, el Partido Revolucionario Institucional, el cual aglomeraba en su seno a los sectores obrero, campesino y popular, a través de organizaciones destinadas para ello.

La alternativa al anacrónico Estado de Bienestar es el Estado Neoliberal, en el que se pugna por un Estado mínimo, es decir, se incentiva la participación de la iniciativa privada y de la ciudadanía en diversas áreas del Estado, en la que este se apartaría para otorgar a otros actores sociales la competencia de estas, incluida la cuestión social. Ahora, las fuerzas del mercado podrían actuar libremente sin riesgo de perder su hegemonía, aspecto que provocaría la pobreza, marginación, vulnerabilidad y exclusión de millones de personas.

La política social neoliberal brinda a cada actor social la oportunidad de participar en materia de asistencia social, ya que esa situación lo eleva al rango de ciudadano, pero es injusto para muchos grupos vulnerables dejarlos al libre albedrío, sin ningún apoyo estatal de por medio; la inserción cada vez más extensa de actores de la iniciativa privada en la política social es la persecución del lucro, contrario a la finalidad de la intervención estatal social.

En el Estado neoliberal, la política social presenta las siguientes características:

<sup>6</sup> Gordon, S. R.: "El Programa..."cit., p. 18.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>8</sup> Wallerstein, I.: *Después...*cit., p. 155.

- a) *la exclusión*, debido a que las políticas sociales no abarcan a la gente que más lo necesita, el apoyo se sigue presentando principalmente dirigido a la gente de las grandes urbes, a los más organizados, en detrimento de las personas que viven en las zonas rurales;
- b) *la selectividad*, entendida como una focalización con base en diversos estudios previos para determinar qué población está en condiciones de gozar de los beneficios de la asistencia social, es pasar de políticas sociales universales a políticas selectivas, los beneficios ya no son para todos. El Estado neoliberal utiliza como estandarte la selección de los beneficiarios de la política social, será dirigido exclusivamente a los más pobres o a los grupos netamente vulnerables, con base en la situación de apoyar a los más necesitados y no a todo el universo poblacional.
- c) *la temporalidad*, es informar a la gente que los programas derivados de la política social tienen un tiempo de vigencia, la duración es por un periodo determinado, en ningún caso de forma permanente.

Los partidarios del Estado Neoliberal, al visualizar que este trae como consecuencia el incremento de la pobreza y las desigualdades, han adoptado algunos mecanismos existentes para legitimarse en el aspecto social. El Banco Mundial, desde su instauración, ha promovido proyectos productivos con la finalidad de erradicar la pobreza alrededor del mundo; ahora, con los estándares neoliberales, está orientado a legitimarse ante los grupos más vulnerables de la sociedad, incluidos los considerados como *clases peligrosas* y ante aquellos grupos que el modelo ha conducido a la pobreza y marginación.

Con el modelo neoliberal en la práctica, las desigualdades sociales van en aumento, la lógica del beneficio personal prima sobre los intereses comunes, las libertades se restringen en la sociedad del espectáculo por la crisis del trabajo y la precariedad laboral. La retórica neoliberal ha impuesto en las sociedades como si se tratara de una verdad revelada en el que el principal enemigo no es otro que el Estado social.

En su momento, con la propiedad social, los pobres pudieron acceder a una supuesta riqueza de un patrimonio común, se garantizaba en cierta medida un espacio de integración social, sobre todo para aquellos que por carecer de propiedades corrían el riesgo de ser relegados del resto del grupo social.

Con la descalificación de las instituciones públicas del Estado de Bienestar, la bipolarización de la sociedad entre ricos y pobres adquiere un ritmo acelerado, crece en el imaginario colectivo el miedo a la inseguridad, las víctimas son convertidas en enemigos y se debilita la cohesión de las clases medias para dar paso a un mayor número de sujetos y grupos excluidos de los beneficios del sistema político y económico. Lejos de la sensibilización por las condiciones de marginación y desigualdad social creadas, se responde apelando, como si de delincuentes se tratara, a las fuerzas del orden.

Desafortunadamente, cuando no se puede apelar a la delincuencia como sinónimo de la situación de desigualdad social y marginación, la exclusión se vuelve inclusión en el sistema punitivo. El Estado, para ello, crea un sistema normativo *ex profeso* con la finalidad de segregar a aquellos actores excluidos, incluyéndolos en nuevas modalidades de sanción penal, la finalidad es la perpetuación de la realidad del mantenimiento del grupo hegemónico y de las condiciones sociales

que le permiten mantenerse en ese lugar privilegiado y beneficiado de las consecuencias del sistema.

El castigo en el Estado moderno neoliberal tiene la finalidad de segregar a aquellos individuos y/o grupos indeseables, *la principal forma de castigo siempre ha sido señalar al culpable, mantenerlo a distancia, aislarlo, crear un vacío a su alrededor, separarlo de los ciudadanos que respetan la ley;*<sup>9</sup> así, la tendencia de criminalizar ciertas conductas que con la publicidad excesiva se convierten en los peores males de la sociedad, los cuales tienen que ser reprimidos por el Estado de la misma manera para verificar su eficiencia y justificación.

Al respecto, Loïc Wacquant señala que la cuestión penal se ha allegado de una agitación en torno a la seguridad de tipo penal, con la peculiaridad de presentar varias características que la asemejan mucho al género pornográfico, *con el objeto de ser exhibido y visto...la prioridad absoluta es montar un espectáculo...los actos antidelito deben ser metódicamente puestos en escena, exagerados, dramatizados e incluso ritualizados.*<sup>10</sup> Con ello, el Estado hace de la cárcel la verdadera protección contra los desórdenes que, cuando se producen fuera de este submundo, son acusados de amenazar las bases de la sociedad.

La política criminal aplicada en el Primer Mundo, específicamente la transformación de esa política en una consecución a través de la guerra, parafraseando a Clausewitz, por los Estados Unidos por medio de *la guerra contra el crimen* es fuente teórica e inspiración práctica para el endurecimiento de las penas y de las políticas represivas de seguridad de los países que la

aplican, esto ha traído como consecuencia un aumento espectacular de la población privada de la libertad.

Finalmente, en el Estado neoliberal, de forma paralela al desarrollo del modelo económico, político y social inherente, la evolución del sistema penal se ha desarrollado de forma análoga para la protección del nuevo orden, con la implementación de disposiciones normativas, específicamente de tipo penal, se busca establecer y perpetuar el nuevo orden, aunado a la segregación en establecimientos de alta seguridad de los integrantes de las *clases peligrosas*. De igual manera, el desmembramiento económico de los actores sociales, considerados peligrosos para el sistema, a través de la expropiación de sus bienes mediante figuras jurídicas como la extinción de dominio.

El neoliberalismo abre la oportunidad a la expansión de los mercados de aquellos que son partícipes en los mismos, amplía la marginación y exclusión de aquellos que no cuentan con una participación en ellos. Así, en un *análisis comparativo de la evolución de la penalidad en los países avanzados en la última década revela un estrecho vínculo entre el ascenso del neoliberalismo... que propugna la sumisión al libre mercado y celebra la -responsabilidad individual- en todos los ámbitos, por un lado, y la adopción de políticas punitivas e impulsoras del mantenimiento del orden.*<sup>11</sup>

## II. Realismo de derecha

La evolución del neoliberalismo en la política punitiva, adopta nuevas estrategias que buscan mantener el orden establecido; sin embargo, en la criminología se mantienen diferentes posturas al respecto:

<sup>9</sup> Durkheim, Émile, Citado en su prólogo por Wacquant, L.: *Castigar...*cit.

<sup>10</sup> Wacquant, L.: *op. cit.* p. 14.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 29.

1. *El abolicionismo penal*, cuyo postulado es la reapropiación del conflicto por parte de la víctima y la sustitución del sistema penal por un sistema de Derecho Civil o Administrativo.
2. *El garantismo penal*, también llamado Derecho Penal mínimo, en donde se avoca a la recuperación del Derecho Penal garantista, característico del llamado Estado de Derecho Democrático, donde solamente se penalizan las conductas que impliquen un daño verdadero y sean socialmente relevantes, y;
3. *El realismo de izquierda*, tiende más hacia la política social que a la cuestión criminal, es decir, se dirige hacia el estudio de las causas sociales que dan origen a la criminalidad y la atención a las mismas, exige una mayor protección a la clase trabajadora contra el delito, esto a través de más y mejor policía; una eficaz administración e impartición de justicia; y contar con modernas instalaciones penitenciarias, en donde no haya problemas de sobrepoblación y se ejerza un eficaz control y vigilancia de los internos; lo anterior, conlleva un incremento de los controles formales del Estado.

Frente a las ideas del realismo de izquierda surge el llamado Nuevo Realismo o Realismo de Derecha, el cual va a servir de sustento ideológico y criminológico al Estado neoliberal para mantener un eficaz sistema de control; se basa ideológicamente en el aumento de la delincuencia en la sociedad, pero se concentra en la delincuencia de tipo organizada, la cual, por su capacidad operativa y económica, resulta de mayor complejidad su combate por los medios tradicionales.

De esta forma, el Estado neoliberal, dentro del contexto global en que se desenvuelve, va a implementar

la transnacionalización de disposiciones y ordenamientos jurídicos del mismo carácter, con la finalidad de proteger la economía de mercado de aquellos agentes que pudieran poner en riesgo el sistema político-económico de producción imperante.

El Estado, mediante el uso de los aparatos ideológicos, persuade a la sociedad de los beneficios de la instauración de aparatos represivos de mayor eficacia a sus fines, legitimando dichas acciones en ficciones y exacerbaciones de la situación social existente, elaborando legislación de emergencia, con un carácter excepcional y privativa para así *proteger a la sociedad* de los actores que, en realidad, ponen en riesgo a la economía establecida por los agentes nacionales y transnacionales de poder en la sociedad.

La trascendencia en la aplicación de la política criminal, es la exacerbación de determinadas situaciones de emergencia que justifican una agresiva intervención estatal para así poner orden a la situación emergente y llevar las cosas a su estado original; sin embargo, las cosas no vuelven a su estado original, sino que las medidas excepcionales permanecen con las alteraciones que permiten un efectivo control social hacia aquellos sectores que carecían de él.

A partir del 11 de septiembre de 2001, la política exterior norteamericana se caracteriza por la búsqueda de enemigos en diferentes lugares del mundo, a los cuales hay que vencer por representar una amenaza latente a la seguridad nacional, no solo de aquel país sino de cualquiera del orbe, se erigen los Estados Unidos de América como el país estandarte de los valores occidentales, que deben ser considerados de carácter universal, basados en el discurso de la libertad y la democracia han legitimado su intervención en

diferentes regiones del mundo por encima de la negativa de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas.

Con la justificación de la búsqueda y preservación de la seguridad mundial ante grupos desestabilizadores, calificados de manera genérica como terroristas, realiza intervenciones armadas, políticas, económicas y jurídicas. Las armadas: consistentes en el envío de tropas a zonas ricas en energéticos como el petróleo, derrocan regímenes que han prescrito en su utilidad a los intereses capitalistas de corte neoliberal para imponer nuevos regímenes que sean acordes con la realidad económica y política de expansión. Las políticas y económicas: a través de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, condicionan la ayuda económica a los países a cambio de la implementación de políticas económicas reduccionistas de intervención estatal. Las jurídicas: en la elaboración de Convenciones que vinculan a los países a la adopción de medidas excepcionales y contrarias a un sistema penal garantista, apegadas a medidas propias de un estado autoritario con legislaciones *ad hoc* basadas en situaciones de inseguridad con las que se busca mitigar, con medidas represivas, situaciones de desigualdad social.

En esta etapa, la justificación de la finalidad del sistema punitivo penal es hecha a un lado, la penalidad en el sistema neoliberal se convierte en un fin en sí misma, esto es, conforme el Estado evolucionó a través de sus distintas etapas políticas y sus consiguientes sistemas económicos, la pena fue modificada de acuerdo a los intereses que en cada sistema político y económico se buscaba preservar. El expiacionismo, el correccionalismo, la reinserción a través de distintas

disciplinas para el tratamiento del sujeto desviado y su derivación en la readaptación social han sido los estandartes con los que el sistema punitivo ha legitimado y justificado su existencia y evolución; de igual manera, a través de los distintos bienes que han sido y son objeto de tutela jurídica y, en su caso, de sanción penal cuando sufren de alguna transgresión.

Se pretende finalizar la *era de la indulgencia penal y hacer un ataque frontal al problema del crimen*<sup>12</sup> con medidas reactivas, caracterizadas por la represión sin atender las causas de fondo que les dan origen. El Estado busca someter a todos aquellos grupos problemáticos al imperio de la ley, la cual es diferenciada atendiendo a la pertenencia y riesgo que represente al sistema.

La política punitiva significa una *proliferación de leyes y un deseo insaciable de innovaciones burocráticas y dispositivos tecnológicos... procesos judiciales acelerados... cámaras de vigilancia...*,<sup>13</sup> el sometimiento a la ley, es de acuerdo a la nueva ley que impone el mercado y el sistema político-económico vigente, por medio de dispositivos que trasladan el panóptico del sistema carcelario fuera de este para ampliar su esfera de acción y vigilancia.

Las condiciones sociales existentes son percibidas por una exaltación del clima de inseguridad social generalizado, por medio de la infusión y difusión en la sociedad de un terror atribuido a ciertos actores a los que se generaliza como *terroristas, delincuentes organizados, narcotraficantes, sicarios, halcones*, entre otros, con los que se estigmatiza para contar con un apoyo incondicional en las medidas represivas y en

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>13</sup> *Ídem*.



principio excepcionales aplicadas por el Estado, *esas políticas punitivas se transmiten en todas partes a través de un discurso alarmista, incluso catastrófico, sobre la inseguridad, acompañado de imágenes... y difundidas hasta el hartazgo por los medios de comunicación comerciales.*<sup>14</sup>

Estos actores sociales peligrosos actúan con medios más eficaces que impiden su captura y, por ende, de ahí su impunidad; por lo tanto, las acciones del Estado deben ser de tal envergadura que superen en todos los ámbitos el margen de acción de los delincuentes estigmatizados, estas se justifican en la razón de que protegen a todas aquellas víctimas generalizadas en la sociedad, *la diligencia hacia esa nueva figura del ciudadano víctima del crimen que merece protección.*<sup>15</sup>

Debido a los grandes males causados por la delincuencia estigmatizada, la sanción no amerita que sea igual a la de aquellos que causan un mal menor conforme a la valoración subjetiva que hace el juzgador; asimismo, la ejecución de sanciones penales tiene que ser en establecimientos distintos con mayor seguridad en donde la rehabilitación pasa a segundo plano, ya que en el posmodernismo neoliberal, los delincuentes son considerados incorregibles, por lo tanto, deben proporcionar utilidad al sistema: *la filosofía terapéutica de la rehabilitación ha sido más o menos suplantada por un enfoque de gestión basado en la regulación, por medio de establecimientos de pago...abriendo así el camino a la privatización de los servicios correccionales.*<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *Ídem.*

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>16</sup> *Ídem.*

### III. El terrorismo de Estado en la política criminal

Para entender el terrorismo de Estado es necesario comprender el significado y alcance de la palabra *terrorismo*. Henry Kissinger define al terrorismo de la siguiente forma: *el terrorismo se define como ataques indiscriminados sobre los civiles con el fin de romper el tejido social.*<sup>17</sup>

Sobre este mismo concepto, Raúl Carrancá y Rivas señala que: *El terrorismo se define como la dominación por el terror...es un medio de lucha violenta practicada por una organización o grupo político contra el poder del Estado y para la consecución de sus fines... es en síntesis una sucesión de actos violentos (delitos) ejecutados para infundir terror.*<sup>18</sup>

Regularmente al hablar de terrorismo se hace con referencia y en contra del poder estatal; no obstante, las acciones violentas pueden ser de forma inversa, es decir, que las conductas violentas sean realizadas por el ente estatal apoyado en su aparato represivo legítimo. *El terror y el terrorismo se oponen de manera definitiva, lo mismo a sus adeptos, a la legalidad y al Derecho o inventa su Derecho circunstancial y acomodaticio, por lo que una de sus características es promover la justicia de propia mano.*<sup>19</sup>

El terrorismo de Estado es un fenómeno que se origina como consecuencia del poder de los Estados hegemónicos, es una conducta que va en contra de los intereses de los poderosos.

No podemos alegar el fenómeno del terrorismo contra los poderosos sin enfrentar también *el innumerable pero mucho más desproporcionado terrorismo de los poderosos contra los débiles.*<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Olloqui, J. J. de: "Problemas..."cit., p. 2.

<sup>18</sup> Carrancá y Rivas, R.: "El delito..."cit., p. 49.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>20</sup> Chomsky, N.: *Poder...*cit.

En el terrorismo, el Estado no es de forma exclusiva la víctima de sus actos, partiendo de una visión crítica su acción puede ser preparada y cometida por quién generalmente es víctima de hechos terroristas.

La resistencia dentro de una sociedad en contra de las decisiones que los grupos poderosos ejercen sobre los demás, es lo que se cataloga como terrorismo por parte del grupo en el poder.

El Estado mexicano, en cumplimiento a las políticas hegemónicas neoliberales, está combatiendo la resistencia del gobernado a través de la instauración del terrorismo de Estado por medio del ordenamiento jurídico penal, al cual también se le ha llamado Derecho Penal del Enemigo.

Es la lucha por imponer una verdad o ideología, la que, probablemente, hace del terrorismo un problema tan natural, la lucha de las autoconciencias como lo explica Hegel y la negación de la conciencia dominante. Las acciones de los Estados-Nación que infunden terror y atentan contra los derechos del hombre y de la propia vida se denomina terrorismo de Estado, estatal o del gobernante, es una lucha histórica y dialéctica de las ideologías opuestas, producto de la evolución histórica amo contra siervo.

El Estado tiene la obligación de proteger y respetar el contrato social que fundamenta a la sociedad civil, por lo tanto, no debe impugnarlo bajo el argumento de la permanencia del mismo por razones de Estado o de Seguridad Nacional.

Bajo estos argumentos, se han creado disposiciones que han sido catalogadas por diversos autores (entre los que destaca Günther Jakobs como precursor) como una criminalización de estado previo; es decir, en la evolución actual tanto del Derecho penal material como

del procesal existen tendencias que hacen aparecer en el futuro de la política criminal estatal rasgos de un *derecho penal de la puesta en riesgo* de características antiliberales.

Este Derecho se caracteriza, primeramente, por una amplia anticipación de la punibilidad, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (el hecho futuro) en lugar de su naturaleza retrospectiva (hecho cometido). Otra característica es la desproporcionalidad de las penas, ya que son sumamente altas y la anticipación punitiva no es tomada en consideración para reducir la pena definitiva; por último, ciertas garantías procesales y derechos fundamentales son suprimidas o relativizadas.

En este Derecho, el Estado ejerce una violencia legítima basada en la violación del sistema garantista, con la inserción de un sistema legislativo represor de situaciones de riesgo orienta su política criminal a un sistema radical de Derecho Penal Máximo.

Luigi Ferrajoli señala que las doctrinas de la pena *justificacionalistas*<sup>21</sup> tienen la función de justificar al Derecho Penal, sus medios, sus fines, sus valores, su moralidad; estas, a su vez, se dividen en *absolutas*,<sup>22</sup> que son las que señalan a la pena como fin del Derecho Penal, su objeto de castigo se ubica en el pasado, pretende solo castigar, basado en que la represión se considera como simplemente retributivo; y en *relativas*,<sup>23</sup> que conciben a la pena como un medio para prevenir delitos futuros; estas últimas se dividen en: Derecho Penal Máximo, caracterizado por ser autoritario y referirse únicamente a la utilidad que representa a los gobernantes, y en

<sup>21</sup> Ferrajoli, L.: *Derecho...*cit., p. 253.

<sup>22</sup> *Ídem.*

<sup>23</sup> *Ídem.*

Derecho Penal Mínimo, antagónico del Derecho Penal Máximo, en el que la utilidad es hacia los gobernados, se caracteriza por considerar delitos, merecedores de sanciones penales, solo a aquellas conductas que en realidad causen un daño social.

El Estado justifica la intervención e implementación del Derecho Penal Máximo, en virtud de la existencia de condiciones de violencia generadas, inducidas y difundidas en muchos casos por él mismo; así, hace uso de la violencia legítima que posee en contra de la violencia ilegítima existente en la sociedad. La existencia de los dos tipos de violencia es considerada como algo natural en la sociedad, al complementarse una a la otra.

*...en terminología actual la distinción entre violencia legítima y violencia ilegítima, y postula para la fuerza pública que su violencia es legítima. En esta medida, la legitimidad pertenece a las características conceptuales de la violencia impuesta por el Estado. Por lo tanto, no se trata de legitimidad “en sí” ni tampoco de la prueba concluyente de su fundamentación normativa o (racional), sino lo decisivo está en que remite necesariamente a la distinción violencia legítima y violencia ilegítima. Si no hubiera violencia ilegítima latente (o virtual) que se opusiera, tampoco habría violencia legítima por parte del Estado...*<sup>24</sup>

Esta lucha genera una exclusión recíproca, es decir, una lucha o combate entre las razones de Estado y los derechos inalienables de los que resisten (llámense gobernados, siervos o débiles) una vez que se acoplen los sistemas político y jurídico; este último debe generar condiciones y normas tendientes a proteger las razones de Estado, lo que tiene como consecuencia una grave

<sup>24</sup> Torres Nafarrete, J.: *Luhmann...cit.*, p. 214.

lesión a los principios generales del Derecho penal moderno o garantismo penal y surge el terrorismo jurídico penal de Estado.

El terrorismo de Estado, materializado en el sistema penal, es empleado con la finalidad de salvaguardar la permanencia y la estabilidad del grupo o grupos hegemónicos en el poder, en contra de aquellos actores que son considerados como riesgo a dichos fines; así, el Derecho Penal Posmoderno<sup>25</sup> utiliza un modelo jurídico penal del terror, el cual deja abierta la posibilidad del fenómeno de la resistencia o conocido por quienes crean el sistema penal como *terrorismo*.

La tendencia actual estatal es proteger al Estado-Nación, más allá de la protección de los derechos civiles de los individuos; el Estado mexicano está rompiendo con la protección a preceptos garantistas y, en cambio, crea tipos penales en contra de conductas que atenten contra la seguridad nacional, particularmente, delitos de carácter económico relacionados con la delincuencia organizada.

El empleo del Derecho penal en el contexto neoliberal, se plantea dentro de la conformación del concierto de las naciones en torno a un solo bloque hegemónico, en el que el progreso es la finalidad de la historia, entendido como la acumulación (a diferencia del progreso puesto en la distribución del proyecto socialista) y la uniformidad en el modo de producción para el establecimiento de un único y gran mercado mundial, lo que conlleva otro tipo de uniformidades para alcanzarlo, esto es, la monoculturalidad, la política uniforme internacional y, en consecuencia,

<sup>25</sup> El neoliberalismo y el posmodernismo son dos fenómenos incidentes en tiempo y espacio, el primero, relativo al ámbito económico y el segundo, al cultural.

uniformidad ideológica; el progreso entendido como capital. Así, la política nacional e internacional apuesta por la permanencia del Estado-Nación por encima de los derechos del hombre.

El terrorismo de Estado se refleja, en un aspecto, en el establecimiento de un orden jurídico *ex profeso* que sanciona conductas no acordes con el modelo hegemónico y que ponen en duda su legitimidad así como su estabilidad; por lo tanto, el Estado legitima su permanencia con el discurso de salvaguardar las condiciones establecidas en virtud de ser lo mejor para la colectividad, enalteciendo valores como la democracia, la libertad, la propiedad y el Estado de Derecho, apuesta a su permanencia por encima del individuo; a través del discurso jurídico, califica como conductas delictivas el derecho a la resistencia de la sociedad civil, que es una máxima del gobernado.

En el orden jurídico penal mexicano, el terrorismo se contempló en un primer momento en el proyecto de iniciativa de fecha 18 de noviembre de 1969, para adicionar el entonces Código Penal para el Distrito Federal que señalaba:

*El terrorismo provoca un estado anímico, individual o colectivo de miedo, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que teme, de angustia, aflicción, congoja o desesperación, con el fin de atacar contra el individuo, la sociedad y la Nación o Estado; asimismo con el objeto o finalidad de alarmar, amedrentar en alto grado, aterrorizar al medio social, alterar la paz pública, el orden o compeler a las autoridades para que satisfagan peticiones sin apego a las normas legales.*

Actualmente, el Código Penal Federal en su artículo 139 dispone que comete el delito de terrorismo:

*...al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atacar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación...*

Cualquiera de las dos argumentaciones jurídicas aplica para un terrorismo en el que el sujeto activo cambie y sea quien, de acuerdo al orden jurídico vigente, es el sujeto pasivo, es decir, que el terrorismo sea llevado a cabo por el Estado, para poder establecer una situación de necesidad tal que permita la implementación de legislación de emergencia, caracterizada por su permanencia, con la supuesta finalidad de salvaguardar el Estado de Derecho, la seguridad de las personas y la preservación del ente estatal.

En el ámbito internacional, el Convenio Internacional para la Represión del Terrorismo, dado en Madrid el 1 de abril de 2002, en su artículo 2 establece:

*Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, colecta o recolecta fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte, para cometer:*  
*b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un*

*gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.*

En las diversas definiciones de terrorismo destaca (independientemente de los medios empleados) el obligar a la realización de un acto; dichas definiciones atienden a las acciones ejecutadas por los gobernados en contra del poderoso ente estatal y de los intereses que este representa. En el caso del terrorismo de Estado, son aplicables las definiciones expuestas, ya que el Estado realiza acciones para intimidar a una población, a un grupo o sector con la finalidad de encontrar sometimiento a determinadas condiciones de existencia, so pena de ser considerado enemigo o jurídicamente actualizarle el tipo penal de terrorismo por atentar en contra de la seguridad nacional representada en el Estado.

El terrorismo de Estado y los actos generados como consecuencia de este son violentos, van dirigidos en contra de la población y tienen por objeto generar un miedo o terror intenso, a efecto de impugnar la legalidad o Estado de Derecho y, por lo tanto, generar un nuevo orden jurídico denominado terrorismo jurídico penal de Estado. Este tipo de terrorismo se gesta en el gobierno; sin embargo, no se ejerce dentro del marco de legalidad del Estado, sino que se comete en la clandestinidad, genera alarma, temor y terror en la población o en grupos o sectores de esta.

Las razones de Estado son las que justifican la implementación de acciones propias de un terrorismo de Estado; esto es, cuando el grupo y/o grupos hegemónicos en el poder consideran en riesgo la estabilidad y permanencia de sus intereses de clase de carácter económico y políticos principalmente, es que se emplea el poder del gobierno para eliminar a un individuo o a un grupo en particular.

La lucha entre el poderoso y el débil se representa a través de las constantes luchas de las autoconciencias señaladas por Hegel en *La Fenomenología del Espíritu*, donde la lucha es por la prevalencia de una ideología materializada a través de una particular conciencia de la realidad que se impone y se sobrepone como la ideología dominante a la ideología del dominado.

Al respecto, José Juan de Olloqui señala: *La ideología dominante es la de la clase dominante, en este sentido la clase dominante, detenta el poder del Estado (en forma franca o más a menudo, mediante alianzas de clase o de fracciones de clases), y dispone, por tanto del aparato (represivo) del Estado.*<sup>26</sup> Por lo que respecta a la ideología del dominado, haciendo referencia a Althusser, señala que las instituciones de Estado enseñan diferentes *haceres* que permiten la incorporación en los distintos estratos de la ideología dominante.

*...la escuela, la iglesia,...el ejército enseñan otros tipos de “saber hacer” pero de manera que se asegure el sometimiento a la ideología dominante o el dominado a su “práctica”. Todos los agentes de la producción de la explotación y de la represión, sin que haga falta mencionar a los profesionales de la ideología (Marx) deben estar, de un modo u otro “penetrados” por esta ideología para asumir “conscientemente su tarea”, sea de explotados (proletarios) sea de explotadores (capitalistas) sea de sumos sacerdotes de la ideología dominante (funcionarios)...*<sup>27</sup>

Quienes impugnan a la ideología dominante, a través de acciones que sean consideradas por todos aquellos permeados por esta contrarias a la misma,

<sup>26</sup> Olloqui, J. J. de: *op. cit.*, p. 54.

<sup>27</sup> *Ídem.*



son considerados enemigos, es cuando se entabla este combate, que puede ser a muerte por el sometimiento a una ideología y por la verificación de sí mismo como autoconciencia de los combatientes, para lo cual se emplearán los medios que cada uno tenga a su alcance, los cuales, en el caso del Estado, serán tanto el aparato ideológico como el represivo, para hacer frente a la alteración de las condiciones de producción prevalecientes.

El terrorismo de Estado se caracteriza por ser una lucha que se da por el gobierno de manera clandestina y al margen de la legalidad, el cual puede ser legal una vez que se crea el cuerpo jurídico penal necesario para legitimar las acciones que en algún momento se consideren ilegales, basado en razones de Estado por encima de los derechos del hombre, realiza acciones encaminadas a la permanencia del grupo en el poder y de las condiciones de existencia prevalecientes; por lo tanto, el Estado emplea el poder del gobierno para eliminar a un individuo o grupo que considere ocasione inestabilidad e impugne la ideología dominante.

Las razones que permiten la implementación de acciones propias de un terrorismo de Estado atienden a mantener su existencia aun por encima de los derechos del hombre e incluso de las naciones; la conciencia e ideología dominante materializada en el Estado monopoliza el imperio de la violencia, impone su voluntad no solo a sus propios gobernados sino también a otros Estados-Nación, tal es el caso de los países hegemónicos como es el caso de Estados Unidos e Inglaterra. Esto se logra a través de un discurso de legitimidad que, para no ser llamado terrorismo de Estado, se le denomina *guerra preventiva* o *lucha por la paz, la democracia y la libertad*.

El imperio de la violencia se refleja en la distinción entre lo que un Estado cataloga como terrorismo y lo que no; al respecto, Noam Chomsky señala:

*...los términos [terrorismo] y [represalia] poseen también un sentido especial en el sistema doctrinal. [Terrorismo] se refiere a los actos terroristas perpetrados por distintos piratas, en especial los árabes. Las acciones terroristas llevadas a cabo por el emperador y sus partidos se denominan [represalias] o tal vez ataques preventivos legítimos para evitar el terrorismo]...*<sup>28</sup>

Hoy en día, los Estados Unidos de América es considerado el arquetipo de Estado hegemónico, que aplica el terrorismo de Estado hacia otros Estados, con el discurso y argumentación de valores como la democracia, la libertad y los derechos humanos, se ha convertido en salvaguarda del orden mundial con un claro trasfondo económico y político de los intereses capitalistas de orden global.

Las acciones que un Estado implementa como terrorismo estatal, regularmente van acompañadas de un orden jurídico que legitime su intervención ante las condiciones de terror y caos social creadas por él. Este orden jurídico se caracteriza por:

- a) Violar los principios generales del Derecho Penal liberal o garantismo penal;
- b) Imponer punibilidades o penas propias de un Derecho Penal Máximo, el cual describe Ferrajoli de la siguiente manera:

*...el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la*

<sup>28</sup> Chomsky, N.: *Piratas...cit.*, p. 10.

*incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad... concluye en la ausencia del límite más importante al arbitrio punitivo que, además, es la principal garantía de certeza: la rígida predeterminación respecto del proceso de lo que es calificable como delito... Al predominio de las opiniones subjetivas y hasta de los perjuicios irracionales e incontrolables de los juzgadores. Condena y pena son en estos casos (incondicionadas): en el sentido de que dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces.<sup>29</sup>*

c) La forma en que el terrorismo de Estado se legitima a través del proceso legislativo, esto es, la instrumentación de un aparato jurídico *ad hoc* en el que las acciones violatorias de derechos fundamentales se conviertan en derecho positivo amparado en el discurso de la preservación de la seguridad pública y nacional.

El Estado generará el temor o miedo grave en la población o en un sector de ella, con el uso de una violencia argumentativa que se basa en premisas falsas o falacias, y que posteriormente se convierten en ley; así, el orden jurídico permite el establecimiento de categorías de personas, con un Derecho Penal para los ciudadanos

y otro para los individuos considerados peligrosos; la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que significa que no se dirige frente a la persona en derecho, sino contra el individuo peligroso. A través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede...a través de una medida de seguridad, no mediante una pena.<sup>30</sup>

A través de la ideología, se posibilita la legitimación de las normas de Derecho Penal Máximo (las cuales previamente eran acciones que se realizaban fuera del marco de la legalidad del Estado), con el objetivo de eliminar a un individuo o a un grupo en particular, según sea el caso, con fines políticos y económicos. De esta manera, los medios que emplea el Estado son tanto legales como ilegales, argumentando un bien superior basado en razones de Estado.

Eugenio Zaffaroni, respecto a la legitimación de un Derecho Penal del enemigo argumenta lo siguiente:

*...Cualquier legitimación del derecho penal del enemigo tiene el mismo efecto, con la diferencia de que el ámbito de legitimación que ha abarcado la doctrina jurídico-penal es en ocasiones mucho mayor que el propuesto desde la visión estática. Este es el verdadero escándalo: la enorme medida en que, por acción u omisión, el derecho penal admite y legitima el trato de una persona como no persona, o sea, considerada como un puro ente o cosa peligrosa, sin importar conceptualmente (por supuesto que importa en cuanto a consecuencias personales) la extensión de los derechos de los que se priva a la persona por este título.*

<sup>29</sup> Ferrajoli, L.: *op. cit.*, p. 105.

<sup>30</sup> Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: *Derecho Penal...cit.*, p. 17.

*Por ende, es menester subrayar que el escándalo lo constituye la contradicción casi constante entre la doctrina jurídico-penal y el principio del estado de derecho.*

*El principio del estado de derecho (como principio ideal) no admite la legitimación de ninguna excepción, pues esta importa su neutralización como instrumento orientador de la función del derecho penal en la dialéctica que opera en el interior de todo estado de derecho real o histórico con el estado de policía.<sup>31</sup>*

Por lo tanto, la legitimación de un orden jurídico que establece medidas en donde se vulneran derechos fundamentales basado en razones de Estado, determina la categorización de ciudadanos y de enemigos, con base en criterios subjetivos carentes de límites, es contrario a un Estado de Derecho garantista; *si se legitima esa lesión a los derechos de todos los ciudadanos, se concede al poder la facultad de establecer hasta qué medida será necesario limitar los derechos para ejercer un poder que está en sus propias manos. De ese modo, el Estado de Derecho habrá sido abolido.<sup>32</sup>*

Finalmente, el Estado, al basarse en *razones de Estado* para implementar medidas contrarias a la protección de los derechos fundamentales de las personas, busca su preservación y perpetuación a través de acciones que crean condiciones de miedo en la sociedad que permiten legitimar y tolerar la vulneración de derechos. La infusión y difusión de un miedo en el imaginario colectivo, en el que se exacerban los peores perjuicios de los males en la sociedad y el señalamiento de su origen en actores específicos catalogándolos como

enemigos de la sociedad, tiene como consecuencia el actuar del Estado sin límites, establecidos en el orden jurídico, y la consiguiente creación de un orden jurídico *ad hoc* para aquellas medidas que necesiten de él para legitimarse en el actuar del ente estatal.

#### **IV. El estado de excepción como paradigma de gobierno**

La historia del término procede de la doctrina francesa, en relación al decreto napoleónico de 24 de diciembre de 1811, que preveía la posibilidad de un Estado de sitio, que el Emperador podía declarar, con independencia de cuál fuera la situación efectiva de una ciudad sitiada o directamente amenazada de las fuerzas enemigas. El origen de la figura en el Derecho se encuentra en el decreto de 8 de julio de 1791 de la Asamblea Constituyente francesa, que distinguía entre el *estado de paz*, en el que la autoridad militar y la civil actúan cada una dentro de su propia esfera sin invadirse mutuamente; el *estado de guerra*, en el que debe existir una coordinación y co-actuación de la autoridad civil y la militar; y el *estado de sitio*, en donde todas las funciones de la autoridad civil para el mantenimiento del orden y la función policiaca pasan a la autoridad militar, que las ejercerá de manera exclusiva.

No obstante, en el Derecho Romano existía la figura del *iustitium*, en el que cuando se tenía conocimiento de una situación que ponía en peligro la República (*tumultos*: un estado de desorden y de agitación), el Senado emitía un *senatus consultum ultimum* por el que pedía a los cónsules y, en algunos casos, también al pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cualquier ciudadano, que adoptaran cualquier medida necesaria para la salvación del Estado. El término significa literalmente *parada, suspensión del Derecho*,

<sup>31</sup> Zaffaroni, E. R.: *El enemigo...*cit., pp. 188 y 189.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 139.

el cual consiste en la producción de un vacío jurídico, lo que puede considerarse como un antecedente remoto de la aplicación de la excepción al Derecho para su autoconservación y la del Estado.

Posteriormente, el estado de excepción se emancipó de la situación bélica que le dio origen para ser utilizado por la autoridad civil de manera extraordinaria y discrecional para enfrentar desórdenes y rebeliones internas, convirtiéndose así en un Estado de excepción ficticio o político, diferenciado ya de su naturaleza militar.

Se ha conceptualizado en la doctrina de diferente manera la situación excepcional; en la doctrina alemana se le ha llamado *Ausnahmezustand*, también *Notstand*; en las doctrinas italiana y francesa, se le ha denominado decretos de urgencia o estados de sitio (político o ficticio); y, en la doctrina anglosajona, aparecen los términos de *martial law* y *emergency powers*.

Sin embargo, las nociones *estado de sitio* y *ley marcial* no corresponden a la naturaleza y realidad de la fenomenología social, política y jurídica del estado de excepción, en virtud de que expresan una estrecha relación con el estado de guerra formal, es decir, una situación bélica entre naciones o guerra civil en la que existe una declaración en la que se cumplen con determinadas formalidades; al respecto Carl Schmitt señala: *A pesar de su nombre, el derecho de guerra no es en realidad un derecho ni una ley, sino más bien un procedimiento guiado especialmente por la necesidad de conseguir un objetivo determinado.*<sup>33</sup>

Por lo que cabe al término de *poderes de emergencia* o *plenos poderes*, se refiere a la expansión de poderes

gubernamentales, cuando el poder ejecutivo realiza actos correspondientes al poder legislativo o judicial, concretamente el poder de emanar decretos con fuerza de ley; así, Tingsten señala: *Entendemos por leyes de plenos poderes, aquellas leyes en virtud de las cuales se atribuye al ejecutivo una potestad reglamentaria, en particular la facultad de modificar y de abrogar por medio de decretos las leyes en vigor.*<sup>34</sup>

La situación que se presenta en el estado de excepción varía en su aplicación y características de Estado a Estado, convirtiéndose en un híbrido, al contar con elementos tanto del estado de sitio, la ley marcial y los poderes de emergencia, con la característica de convertirse en un paradigma de gobierno que se legitima y legaliza en la situación de necesidad, así como en las condiciones sociales preexistentes y creadas *ex profeso*.

Dentro de la doctrina, hay quienes justifican la situación excepcional como tal, es decir, temporal, para posteriormente regresar a su funcionamiento en condiciones normales *en tiempos de crisis, el gobierno constitucional debe ser transformado en la medida que sea necesaria para neutralizar el peligro y restablecer la situación normal. Esta alteración implica inevitablemente un gobierno más fuerte: es decir, el gobierno tendrá más poder y los ciudadanos menos derechos*,<sup>35</sup> los criterios que se emplean para justificar dicha medida son los de necesidad absoluta y de temporalidad, en la práctica se ha perdido la temporalidad, convirtiéndose en paradigma de gobierno.

La justificación llega a tal grado que se ponderan como estandartes valores democráticos y de orden jurídico

<sup>34</sup> Tingsten, H. Citado por Agamben, G.: *Estado...*cit., p. 17.

<sup>35</sup> Rossiter, C.L. Citado por Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Pre-textos, 2004, p. 19.

<sup>33</sup> Schmitt, C.: *La dictadura...*cit., p. 183.

como el Estado de Derecho, a los que supuestamente se busca preservar en beneficio de todos; sin embargo, la paradoja resultante es que se trastoca el orden jurídico y los valores democráticos para su autoconservación; *ningún sacrificio es demasiado grande para nuestra democracia, y menos que nunca el sacrificio temporal de la democracia misma*.<sup>36</sup>

Los juristas generalmente consideran al estado de excepción como una situación de hecho más que de derecho, señalan que al ser una situación de *excepción* no puede revestir forma jurídica, además de que, por su propia inclusión en el Derecho, debe ser visto como un hecho de carácter político, encontrándose en una paradoja al darle forma legal a lo que no puede tener tal carácter.

La figura del estado de excepción mantiene una relación estrecha con la guerra civil, la insurrección y la resistencia, por lo que el Estado hace uso del mismo para dar respuesta inmediata a conflictos internos extraordinarios que ponen en riesgo su estabilidad; su traslado, de una figura utilizada en situaciones de agresiones provenientes del exterior como una medida provisional y excepcional, a una implementación como una práctica habitual de los Estados modernos para reprimir efectivamente conflictos internos, lleva a la instauración de un *totalitarismo moderno* definido como *la instauración, por medio del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no solo de los adversarios políticos, sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón no sean integrables en el sistema político*.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> *Ibidem.* p. 20.

<sup>37</sup> Agamben, G.: *op.cit.*, p. 11.

La primera aparición manifiesta del estado de excepción en el Estado moderno del siglo XXI es en los Estados Unidos, en la *military order*, promulgada el 13 de noviembre de 2001, tras los ataques “terroristas” del 11 de septiembre del mismo año, la cual autoriza la detención indefinida de personas y su procesamiento por comisiones militares, al margen del orden jurídico civil, dirigida a todos aquellos no ciudadanos norteamericanos que se sospeche de su participación en actividades terroristas.

Con anterioridad, la *Usa Patriot Act*, del 26 de octubre de 2001, facultó a las autoridades militares para someter a detención al extranjero sospechoso de realizar actividades que impliquen peligro para la seguridad nacional de los Estados Unidos.

Esto ha creado un estatus jurídico nuevo, al no aplicarse ni la calidad de acusados (figura del orden penal civil), ni de prisioneros (figura del orden penal militar), sino simplemente una situación de hecho como *detenido* con carácter indefinido, que queda completamente sustraído a la aplicación de la ley y control judicial.

El estado de excepción ha sido sustituido de forma progresiva de su naturaleza excepcional para convertirse en regla, generalizando su uso en el Estado moderno como técnica normal de gobierno para preservar la seguridad, aduciendo la protección del Estado democrático y sus *valores*, cuando en realidad se instaura una dictadura constitucional en transición al establecimiento de un régimen totalitario.

Si el ordenamiento jurídico coloca dentro de este al estado de excepción, el cual, a su vez, es la suspensión total o parcial del ordenamiento jurídico, hay anomia en el mismo; una opinión recurrente es encontrar su



fundamento en el concepto de necesidad, en donde se atribuye a esta el poder de hacer lícito lo ilícito, operando como justificación de una transgresión en un caso específico por medio de una excepción. Sin embargo, la necesidad no es fuente de la ley, por lo cual se limita únicamente a sustraer un caso particular a la aplicación de la norma. Por lo tanto, *el estado de excepción moderno es...un intento de incluir la excepción misma en el orden jurídico, creando una zona de indistinción en la que hecho y derecho coinciden.*<sup>38</sup>

Es así como el estatus de necesidad se incluye en el ordenamiento jurídico, y se concibe como no ajena a este, sino como una fuente primaria y originaria de la ley, en virtud de que la suspensión del Derecho por el mismo Derecho se realiza como una necesidad para preservar el bien común. Hoy en día, el estado de excepción en el Estado neoliberal se presenta más como paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea, lo que trae consigo la transformación radical de la estructura y sentido de las constituciones modernas y deja un umbral de indeterminación entre la democracia y el absolutismo.

En torno a la necesidad, esta aparece para atribuirse el poder de hacer lícito lo ilícito, opera como una justificación de una transgresión en un caso específico, por medio de una excepción, ya que no se encuentra sometida a la ley. En el estado de excepción moderno se intenta incluir la excepción misma en el orden jurídico, como una medida jurídica y constitucional que se concreta con la producción de nuevas normas, en la que el hecho se convierte en Derecho: *el Estado sigue existiendo, mientras que el Derecho desaparece.*<sup>39</sup>

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>39</sup> Schmitt, C.: "Teología..."cit., p. 39.

En algunos casos, la instauración del estado de excepción no se ha dado de manera cínica, ya que, para legitimar su implementación, se opta por introducirlo de forma paulatina, la declaración del estado de excepción ha sido sustituida de forma progresiva por una generalización sin precedentes del paradigma de seguridad como técnica normal del gobierno. Invocando valores democráticos, los Estados Unidos, como los autodenominados garantes de la democracia a nivel mundial, establecen y apoyan medidas de excepción: *una democracia protegida no es una democracia y que el paradigma de la dictadura constitucional funciona más bien como una fase de transición que conduce fatalmente a la instauración de un régimen totalitario.*<sup>40</sup>

El estado de excepción comienza a partir de una situación de necesidad, en la que legisladores y aplicadores judiciales de la ley elaboran un derecho positivo de crisis para colmar las lagunas del Derecho existentes que impiden afrontar la problemática; *la laguna se refiere...a una suspensión del ordenamiento vigente para garantizar su existencia...el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento jurídico de una laguna ficticia con el objeto de salvaguardar la existencia de la norma.*<sup>41</sup>

La concepción del realismo de derecha, el terrorismo de estado y el estado de excepción presentan características propias que en la mayor parte de las ocasiones interactúan de tal manera que resulta muy tenue y difícil la distinción entre dónde tiene aplicación uno u otro, ya que la implementación de cualquiera de ellos conlleva la aplicación de los otros, con base en las

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>41</sup> Agamben, G.: *op. cit.*, p. 49.

características de cada uno señaladas con anterioridad.

Así, la instauración del realismo en el contenido pragmático de la Política Criminal en México carente de sentido ético, desencadena un cinismo en la proliferación de ordenamientos jurídico-penales, ávidos de obtener el sometimiento de coyunturas cíclicas de tipo social al control social estatal. Apoyado en la infusión y difusión de miedo en el imaginario colectivo, justifica su intervención violenta en un paradójico trastoque del orden normativo para su autoconservación.

## V. Conclusiones

1. La funcionalidad económica del poder es una constante, en la medida en que el papel del poder consiste, en esencia, en mantener relaciones de producción y prorrogar una dominación de clase, que el desarrollo y las modalidades características de las fuerzas productivas hacen posibles.

2. El poder en el Estado neoliberal, de manera paralela a la globalización de la economía, implementa la transnacionalización de disposiciones y ordenamientos jurídicos, con la finalidad de proteger la economía de mercado de aquellos agentes que considera un riesgo al sistema político-económico de producción imperante. Actualmente, es afectado por una economía subterránea creada por el propio sistema de producción. En este sentido, el Estado amplía el alcance de la juridización de la interacción social y sanciona las circunstancias y conductas que ponen en riesgo los cimientos de la estructura económica.

3. El poder estatal señala que la delincuencia organizada es generadora de la economía subterránea; y esta, a su vez, pone en riesgo la seguridad de la nación y la vigencia del Estado de Derecho. En razón de que,

por sus características, se encuentra en ventaja frente a los medios de control estatal; de ahí la necesidad de ampliar el alcance de la regulación y sanción penal, por medio de su sometimiento a un control social más rígido, que se traduce en una política criminal de Estado violatoria de derechos fundamentales.

Para legitimar tal fin, el gobierno del Estado hace que las condiciones sociales existentes sean percibidas por un clima de inseguridad social generalizado, a través de la infusión y difusión en la sociedad de un terror atribuido a la delincuencia organizada, la estigmatiza de tal forma que obtiene el apoyo a las medidas represivas y (en principio) excepcionales aplicadas por los operadores del Estado.

4. La expansión de la política de seguridad nacional de los Estados Unidos se refleja en México, con la aplicación de una política de seguridad nacional adecuada a los lineamientos de aquella. Estrictamente, la atención se centra en la delincuencia organizada y en específico el narcotráfico. El discurso oficial del Estado mexicano reproduce la ideología norteamericana, al señalar que la delincuencia organizada representa un poder paralelo al Estado, que provoca inestabilidad política y vulnera las instituciones, siendo así un problema de seguridad nacional.

5. En México se instaura el terrorismo de Estado, a través de la intimidación a la población; encuentra sometimiento a las condiciones sociales, económicas y políticas de existencia propias del sistema de producción capitalista. Asimismo, a través del ordenamiento jurídico penal, instaura el terrorismo jurídico penal, cuya finalidad es salvaguardar la permanencia y la estabilidad del grupo hegemónico y del sistema de producción. De esta forma, el Estado mexicano rompe con el sistema

garantista y crea tipos penales basado en razones de Estado que vulneran los derechos fundamentales.

6. El sistema excepcional en México oculta intereses e intenciones principalmente de carácter económico y tiene éxito en la medida en que hace pasar como válido, justo, natural e incluso humano (derechos humanos), un sistema que esencialmente es perseguidor y represivo. Las medidas que implementa no respetan los derechos humanos en su aplicación, son acciones contrarias a estos, solo que con el amparo de la ley para violentarlos, lo que potencia la corrupción de las instituciones del sistema penal.

7. El realismo jurídico penal pretende finalizar la era de la indulgencia penal y hacer un ataque frontal al problema del crimen, con medidas reactivas caracterizadas por la represión, sin atender las causas sociales de fondo que le dan origen. El Estado busca someter a todos aquellos grupos problemáticos al imperio de la ley, la cual es diferenciada atendiendo a la pertenencia y riesgo que represente al sistema.

8. La tendencia del Derecho Penal es no basarse en criterios de causalidad de las conductas, existe un marcado debilitamiento de las garantías procesales con una clara tendencia hacia el Derecho Penal de autor. El poder del Estado neoliberal en México utiliza con mayor fuerza la política criminal como control social para evitar que los agentes inconformes al sistema se manifiesten. Paulatinamente, ha realizado reformas al ordenamiento jurídico nacional, para adecuarlo a las exigencias de la economía de mercado transnacional y establece disposiciones que autorizan la actuación del sistema represor del Estado mediante acciones que eran consideradas delitos, ahora legitimadas por disposiciones jurídicas *ad hoc* y así, segregar, excluir e inclusive desaparecer a los *indeseables* del sistema económico.

9. La política criminal en México, a partir de la instauración del sistema ideológico de producción neoliberal, se ha caracterizado por desatender los intereses públicos y sociales, concentrándose en la protección de los intereses de los dueños de los grandes capitales transnacionales.

Por ello, son necesarias las medidas que minimicen la penetración en el sistema formal penitenciario y que mantengan al desviado en la comunidad tanto como sea posible, son deseables; los procesos que conducen a la mayoría de las formas de desviación tienen su origen en la sociedad, y por ende, la prevención y el tratamiento tiene que hacerse dentro de ella y no en instituciones creadas bajo el modelo de intervención individual.

Los programas de política criminal preventiva, para que sean efectivos, deben buscar a corto, mediano y largo plazo (de acuerdo al grupo social dirigido) la disminución de la brecha de desigualdad social existente, mediante una estructura social que permita tener condiciones reales de acceso a servicios básicos de salud, vivienda, deporte, trabajo, esparcimiento y justicia, e igualmente que esto se refleje en la conciencia individual y colectiva de los integrantes del grupo social al que se dirija.

## VI. Referencias documentales

### ***Bibliografía***

- Agamben, Giorgio: *Estado de excepción. Homo sacer II, 1* trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Pre-textos, 2004.
- Chomsky, Noam: *Piratas y Emperadores, Terrorismo Internacional en el Mundo de Hoy*, Barcelona, España, Ediciones “B”, Grupo Zeta, 2002.

- ———: *Poder y Terror, Reflexiones posteriores al 11/09-2001*. 2ª ed, México, Edit. RBA, 2003.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2001.
- Gordon, Sara R.: “El Programa Nacional de Solidaridad en la modernización del Estado Mexicano” en Carlos M. Vilas (Coordinador), *Estado y políticas sociales después del ajuste*, Nueva Sociedad-UNAM, México, 1995.
- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel: *Derecho Penal del Enemigo*, Colombia, THOMSON-Civitas, Universidad Externado de Bogotá, 2005.
- Jeannot, Fernando: *Tercera vía. La nueva economía mixta que impone el pragmatismo*. Plaza y Valdés, México, 2000.
- Kusnir, Liliana: *La política social en Europa*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.
- MacEwan, Arthur: *¿Neoliberalismo o Democracia?* Intermón Oxfam, Barcelona, España, 2001.
- Olloqui, José Juan de: “Problemas jurídicos y políticos del Terrorismo; Introducción”, en *Reflexiones en torno al Terrorismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Serie de Estudios Jurídicos, número 43, 2003.
- Schmitt, Carl: *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968.
- ———: “Teología política”, en *Estudios políticos*, trad. F. J. Conde, Cultura Española, Madrid, 1941.
- Smith, Adam: *La riqueza de las naciones*, 5ª ed, México, Publicaciones Cruz O, 1981, volumen II.

- Torres Nafarrete, Javier: *Luhmann: La política como Sistema*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Wacquant, Loïc: *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Trad. Margarita Polo, Barcelona, Gedisa, 2010.
- Wallerstein, Immanuel: *Después del liberalismo*, 4ª ed, México, Siglo XXI, 2001.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima Editorial, 2006.

### **Hemerografía**

- Carranca y Rivas, Raúl: “El delito de terrorismo a nivel nacional e internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho-UNAM*, Primera edición, 2001, Tomo LI, número 236.

## **Sección Tercera**

*PRESENCIA DE LA COMUNIDAD JURÍDICA*



---

## **La reforma constitucional en materia de derechos humanos y sus implicaciones en la administración de justicia**

*Yasmín Esquivel Mossa<sup>1</sup>*

SUMARIO. I. Introducción. II. Consideraciones generales plasmadas en el proceso de dictamen de la Reforma Constitucional. III. El Artículo 133: el paradigma en la tradición positivista mexicana. IV. Conclusión.

### **I. Introducción**

Hoy, más que nunca, los derechos humanos cobran gran relevancia en la vida de las sociedades y, como consecuencia obvia, en sus órganos gubernamentales. Es en este tenor que, con gran interés, las instituciones del Estado Mexicano –y en especial aquellas encargadas de impartir justicia– estudiamos y analizamos las consecuencias que implican para nuestro actuar y nuestro desempeño las recientes reformas al texto constitucional, mediante el cual se cambia el paradigma en torno a los derechos humanos y su reconocimiento y protección por parte de los Estados modernos.

Como es sabido, nuestra Constitución fue un instrumento jurídico de avanzada, sobre todo por haber sido la primera en haber plasmado y reconocido los llamados derechos *sociales* o de *clase*, en los que se establecía una dicotomía particular, donde el Estado

---

<sup>1</sup> Magistrada Presidenta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de su Sala Superior y de su Junta de Gobierno.

funcionaba como un instrumento equilibrador de fuerzas, al tiempo que ejercía su poder coactivo para hacer valer aquellos derechos derivados de condiciones y prácticas sociales específicas. En nuestros días, la concepción del reconocimiento de ciertos derechos inherentes al ser humano por parte de las instituciones del Estado, se considera como una práctica positivista anquilosada, pues es por todos sabido que hoy los Estados Nacionales no otorgan derechos, sino que los reconocen, principalmente aquellos que se consideran inherentes a la condición humana.

Por ello es que el constituyente permanente, en atención a esta tendencia mundial, y a la observancia plena a los diversos tratados y convenciones internacionales signadas y ratificadas por el Estado Mexicano, llevó a cabo esta reforma constitucional que, sin lugar a dudas, es una de las más importantes y trascendentes de los últimos tiempos.

En esta lógica y como situación paradigmática, es indispensable que las instituciones de gobierno, cuyo origen primigenio estriba precisamente en el texto constitucional, acatemos y nos actualicemos a los tiempos y, sobre todo, materialicemos los fines perseguidos y plasmados en los considerandos que dieron como resultado esta reforma constitucional que hoy nos sitúa, nuevamente, a la vanguardia jurídica en el mundo.

En esta tesitura, durante el desarrollo del presente trabajo, habremos de analizar los puntos deliberativos y consideraciones generales del legislador federal, en torno a esta reforma, para después, observar sus implicaciones en torno al contenido del artículo 133 de nuestra Norma Fundamental, por virtud de las cuales se le otorgan facultades de control difuso y de convencionalidad a las autoridades jurisdiccionales; luego se observarán

y atenderán los aspectos considerados por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como por los votos particulares de los ministros, a efecto de comprender los alcances que habrán de tener estas disposiciones en el desempeño de la función jurisdiccional.

## **II. Consideraciones generales plasmadas en el proceso de dictamen de la Reforma Constitucional**

En términos generales, el proceso de dictamen de la iniciativa publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, estuvo marcado por el perfeccionamiento reiterado de los integrantes del Congreso de la Unión, así como por la participación activa de diversos grupos de la Sociedad Civil Organizada.

En esta lógica, se considera oportuno destacar la referencia considerativa de la Comisión de Puntos Constitucionales de la LX Legislatura de la Cámara de Diputados:

*El presente dictamen pretende dotar a la Constitución de los elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección a los derechos humanos, así como dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que en esta materia ha reconocido nuestro País con la firma y ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, para incorporar un régimen más amplio de protección de los derechos humanos en el país.*

*Por lo anterior, el Congreso de la Unión de México debe aprovechar esta oportunidad histórica para otorgar a los derechos humanos un lugar preferente en la Constitución, proceso que durante más de una década ha esperado a que se logre con la amplia participación de la sociedad civil.*

Como podemos observar, el constituyente permanente, a través de esta reforma, pretende dar inicio a una nueva etapa en el desarrollo del Sistema Jurídico Mexicano, al establecer, de forma por demás puntual, la preponderancia de los derechos y dignidad humana como vértice para el desarrollo de las leyes de nuestro país.

Esta nueva concepción rompe con los principios positivistas que habían marcado al Derecho en nuestro país, para abrir puerta hacia una nueva forma de pensamiento, en la que se privilegian valores y principios con supremacía, como son los derechos humanos. En esta lógica, la Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, precisó que:

*Si bien es cierto que en 1917 México fue pionero en el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a los de carácter social, también lo es que la manera concreta en que la Constitución Mexicana consagra los derechos humanos, cuenta con ciertas deficiencias estructurales que obstaculizan la plena eficacia y práctica de los derechos. Ejemplo de ello, es que ha sido una recomendación generalizada de organismos nacionales e internacionales (...) [su] incorporación (...) al sistema constitucional de manera plena y clara para el fortalecimiento del estado democrático y para garantizar la mayor protección de los derechos de las personas...*

Así, el Poder Legislativo de la Unión, de cara a las nuevas tendencias en torno a la concepción del Derecho, precisa que los derechos humanos son uno de los aspectos constitucionales que requieren de revisión y precisión por parte de los Estados, pues es su principal

obligación no solo reconocerlos sino resguardarlos. Su vigencia, protección, defensa, promoción, educación y vigilancia son de su absoluta responsabilidad. Esta vocación se ha venido reafirmando a través de la firma y ratificación de los tratados internacionales en la materia, que establecen pautas para garantizar una serie de derechos que son universales, inalienables, imprescriptibles e inderogables.

Los legisladores federales precisaron que es menester que el Estado mexicano se sume a esta tendencia y, por ello, estimaron necesario que los derechos humanos deben estar claramente establecidos en el texto constitucional, pues deben ser fundamento para la elaboración y realización de las políticas públicas que se promuevan desde el poder político, contemplando aquellas que realice y ponga en práctica el Ejecutivo Federal, las leyes que promulgue y reforme el Legislativo de la Unión y, sobre todo, de los criterios reguladores que rijan el actuar del Poder Judicial.

Por todo ello es que el constituyente permanente determinó modificar la denominación del Capítulo I, del Título Primero de nuestra Norma Fundamental, para reiterar la relevancia de los derechos humanos y el actuar del Estado ante ellos y, en esta lógica y concordancia, el contenido del artículo 1º para precisar que las personas que se encuentren en el territorio nacional, gozarán de los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional, así como de aquellos expresados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. También se precisa que habrá de garantizar su protección, y se reitera que no podrán restringirse ni suspenderse, con las salvedades y mecanismos establecidos en la propia Norma Fundamental. De igual manera, se destaca que la interpretación de las normas

relativas a los derechos humanos se hará conforme a la propia Constitución y a los tratados internacionales en la materia, privilegiando en todo momento la protección de las personas. Para mayor referencia, se transcribe a continuación el texto íntegro publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de junio de 2011:

## **TÍTULO PRIMERO**

### **CAPÍTULO I**

*De los Derechos Humanos y sus Garantías*

**Artículo 1o.** *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

*(...)*

*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 sexuales, 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.*

Sobre el texto anteriormente transcrito, es de destacarse el párrafo tercero, en donde se consigna la obligación para todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios ahí expresados. Por ello, se reitera el carácter garantista del Estado en torno al tema de los derechos de las personas. Es ahí, precisamente, donde inicia la disertación en torno a la validez y atención de los derechos humanos, pero sobre todo, donde se marca el paradigma respecto al actuar de la autoridad.

Anteriormente, al no existir una consigna tan clara y precisa en el texto constitucional en torno a la preponderancia de los derechos humanos, la obligación de las organizaciones del gobierno y los entes integrantes del Estado estribaba, exclusivamente, en la atención del marco jurídico normativo secundario, a aquellas normas que emanaban del texto constitucional. A ninguna autoridad le estaba autorizado cuestionar la validez y concordancia constitucionales, salvo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se constituye como la única institución del Estado mexicano facultada para poder interpretar la Constitución y, en consecuencia, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. Por ello, hasta en tanto no hubiera una declaración por parte del Máximo Tribunal de la Nación, las normas secundarias debían ser aplicadas, incluso, cuando su redacción fuera notoriamente contraria a los principios ordenados por nuestra Norma Fundamental.

### III. El Artículo 133: el paradigma en la tradición positivista mexicana

Dada la promulgación de la reforma en materia de derechos humanos en junio del pasado, inicia una paulatina transformación en la concepción del Derecho en nuestro país. En esta transición, la actual redacción del artículo 133 de nuestra Constitución reviste especial importancia y trascendencia, pues en esta disposición se precisa la jerarquía de las normas jurídicas, así como la obligación de los órganos de impartición de justicia por hacer prevalecer los principios consagrados en ella.

**Artículo 133.** *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.*

En esta lógica, es importante señalar que, desde 1934, el texto de esta disposición no ha sido reformado, prevaleciendo en todo momento como instrumento de interpretación por parte del Máximo Tribunal de la Nación. Aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha enfocado particularmente sus esfuerzos en la interpretación de esta disposición, algunos de los aspectos que ha tocado son particularmente trascendentes para la administración de justicia.

Así, encontramos que el 13 de julio de 1999, el Máximo Tribunal del país se pronunció por concentrar la facultad de interpretación constitucional, exclusivamente

a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, negando esta facultad para cualquier otro tribunal o institución de impartición de justicia.

*Tesis: P./J. 74/99*

*Jurisprudencia*

*Materia(s): Constitucional*

**CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.**

*El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “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.” En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.*

Como es de apreciarse, la autoridad judicial federal se mantuvo firme con respecto a su concepción positivista relacionada con la interpretación del marco constitucional. Sin embargo, las condiciones propias



del país, así como la influencia de las nuevas doctrinas jurídicas en torno al reconocimiento y respeto de los derechos humanos, ha hecho que esta concepción transite de una abierta tradición positivista, hacia una humanista, con mayor presencia del ser humano en la acción de los Estados y las instituciones de gobierno.

En esta lógica es que, dada la publicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, fue que el 12 de junio de 2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó una determinación histórica, mediante la que reconoce la necesidad de otorgar el control difuso de la Constitución a los órganos de impartición de justicia. Así, la tesis P. XXX/2011, abre el espectro que permitirá, en un tiempo no muy lejano, otorgar esta potestad a los órganos de impartición de justicia ordinarios.

*Décima Época*

*Instancia: Pleno*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 557*

*Tesis: P. LXX/2011 (9a.)*

*Tesis Aislada*

*Materia(s): Constitucional*

### **SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.**

*Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e*

*indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación **constitucional** que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.*

Como es posible apreciar, las tendencias van cambiando paulatinamente, transformando el entorno jurídico y las antiguas concepciones. Paradigmas y dinamismos confluyen en aspectos diversos que permiten reafirmar que todos los aspectos sociales distan mucho del estatismo; por el contrario, el dinamismo palpable en cada uno de los sucesos de las sociedades, lo muestran día con día. Igual el Derecho, como ciencia social, se modifica y se adecua a las condiciones y realidades que presentan los complejos sociales en los que rige. Por ello, en las instituciones propias de interpretar las normas fundamentales y sus preceptos imperan visiones novedosas y acordes a las condiciones

sociales, siempre atentas a la doctrina jurídica y a los principios fundamentales de la ciencia jurídica, pero principalmente, en atención al bien público y a la mejora del desarrollo de la sociedad a la que sirve.

#### IV. Conclusión

Por lo anteriormente referido, es posible afirmar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano de control constitucional, reconoce dos formas en las que es posible realizar la interpretación de nuestra norma fundamental: una mediante el Control Concentrado, que es aquel que ejerce el Poder Judicial de la Federación, mediante el juicio de amparo y las controversias constitucionales; haciendo uso del poder que directamente le confiere el texto constitucional, en los artículos 103, 105 y 107 de nuestra Norma Fundamental. La otra es aquel que conocemos como Control Difuso, entendiendo este como el que ejercen el resto de los jueces del país durante los procesos ordinarios, en los que se justifica la inaplicación de leyes que sean contrarias a los textos constitucionales y a los tratados internacionales, en términos del artículo 133 de la Norma Fundamental, haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 1º constitucional.

En esta lógica, las instituciones de impartición de justicia del país, principalmente las del fuero común, están en condiciones de aplicar el Control Difuso de la Constitución en los siguientes casos:

- a) Inaplicando aquellas normas y disposiciones que sean contrarias al texto constitucional y a los tratados internacionales.
- b) Aplicando disposiciones contenidas en el texto constitucional, los tratados internacionales y

la jurisprudencia del Poder Judicial Federal en la materia, previendo siempre que sean las disposiciones más favorables para las personas.

- c) Emitiendo sus resoluciones siempre con apego al texto constitucional y a los tratados internacionales y, con base en ello, dejar de aplicar aquellas normas que sean notoriamente contrarias a los textos constitucionales.

Sin lugar a dudas, hoy nos encontramos ante una nueva época en el Sistema Jurídico Mexicano, no basta solamente con el señalamiento y el cambio de época que ha ordenado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino que inicia una nueva transformación en la vida jurídico-política de nuestro país.

Tras diversas reformas a nuestra Norma Fundamental –como la penal y la reforma en materia de derechos humanos– se ha transformado radicalmente el sistema jurídico mexicano, obedeciendo necesariamente a una exigencia social por contar con mecanismos más eficaces de impartición de justicia, que brinden mayor seguridad y certeza a quienes la buscan en las instituciones del Estado.

Hoy el reto –más allá de disertaciones académicas– está en la capacidad de quienes formamos parte de las instituciones de impartición de justicia para adecuarnos a los nuevos tiempos y condiciones que se nos imponen a través de la legislación. Dejar atrás anacronismos, y tomar el camino y el destino que nos precisan las exigencias sociales y permitirnos, con ello, brindar un mejor servicio a la ciudadanía.

El legislador federal brinda a los impartidores de justicia la oportunidad de desarrollar una facultad que nos había sido negada. Aprovechémosla en pro de la sociedad a la que servimos y a la que nos debemos.

## Bibliografía

- Arellano García, Carlos: *La Necesaria Reforma al Artículo 133 Constitucional. Política y Derecho*. <http://politicaderecho.blogspot.mx/2009/06/la-necesaria-reforma-al-articulo-133.html>.
- Carpizo, Jorge: “La Interpretación del artículo 133 Constitucional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 4, Sección de Artículos, 1969. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/4/art/art1.pdf>
- Ferrer MacGregor, Eduardo: “Reflexiones sobre el Control Difuso de Convencionalidad, a la Luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores, Vs. México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm 131, mayo-agosto de 2011, pp. 916-967.
- Gaceta Parlamentaria, No. 2743-XVI, Año XII, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 23 de abril de 2009, Anexo XVI. *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos*.
- Gaceta del Senado No. 223, Martes 8 de marzo de 2011, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I Del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos*.

- Péreznieto Castro, Leonel: “Los Tratados Internacionales, el Sistema Jurídico Nacional y sus repercusiones en el concepto de la Soberanía.” *Revista del Senado* No. 12, Septiembre-Noviembre 1998. <http://pereznieto-castro.com/publicados/20.pub.pdf>

---

**La conceptualización del daño y la respuesta del  
sistema de justicia penal:  
sobre el futuro de la criminología**

*Tilemy Santiago Gómez\**

RESUMEN: Las víctimas han sido olvidadas históricamente por la criminología y la respuesta del Estado ante el fenómeno delictivo; ante esto, se describe el concepto de daño y sus implicaciones como elemento de transformación a gran escala del proyecto criminológico y el sistema de justicia.

SUMARIO: Introducción. I. El interés y la atracción de las visiones parcializadas sobre el fenómeno delictivo. II. De las insalvables críticas a la criminología. III. Del concepto de daño y sus implicaciones. IV. De la propuesta de transformación de la criminología. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

**Introducción**

Después de analizar algunos aspectos en relación con la criminología y su objeto de estudio y la respuesta del Estado al fenómeno criminal, se describe, brevemente, la propuesta de incorporar el concepto de daño como objeto de interés. Se concluye que, en la búsqueda del bienestar colectivo, es necesario considerar la posibilidad de transformaciones a gran escala. Finalmente, se sugieren

---

\* Profesor Investigador del Instituto de Formación Profesional.

algunas ideas de cómo pensar estas modificaciones en el interés mutuo por los seres humanos en nuestra región.

### **I. El interés y la atracción de las visiones parcializadas sobre el fenómeno delictivo**

En México, los homicidios vinculados al narcotráfico y la violencia etiquetada como delictiva, se han vuelto un tema central desde el año 2005. El interés y la preocupación son explotados por los medios de comunicación junto con el morbo inherente al *crimen*. Por otra parte, la industria del entretenimiento se vuelca con contenidos cada vez más explícitos, no solo sobre el crimen, como siempre ha tratado el arte, sino específicamente, sobre la investigación forense. La lucha por la atención del público y el proselitismo político, hacen de la difusión de noticias un territorio fértil para la explotación sensacionalista e inescrupulosa del sufrimiento humano, especialmente del generado por el delito.

En el Pabellón de México de la 53ª Exposición Internacional de Arte-La Bienal de Venecia, la artista mexicana Teresa Margolles, tituló su participación *¿De qué otra cosa podríamos hablar?* La temática principal era, por supuesto, la violencia homicida vinculada al *narcotráfico*, aunque con una realización muy particular: las obras estaban elaboradas con, o incluían, elementos obtenidos de los lugares donde ocurrieron ejecuciones. Por ejemplo, sangre y fluidos de las víctimas.

Desde diversas posturas resultaría chocante el uso explícito de las víctimas del delito, de sus restos literalmente, como parte de una expresión creativa en una exhibición artística de élite internacional. Una de las obras, *Mesa*, consistía en un *mueble de concreto fabricado con una mezcla de fluidos recogidos del lugar donde una persona fue asesinada*;<sup>1</sup> otra pieza, *Bandera*,

era una *tela impregnada con sangre tomada del lugar donde cayeron los cuerpos de personas asesinadas en la frontera norte de México*.<sup>2</sup>

Sin dejar de lado los cuestionamientos éticos que pudieran, o debieran surgir, me es muy significativa la existencia de una expresión artística así. La producción de Margolles siempre ha girado en torno a la muerte y el horror, despertándome críticas por las implicaciones en la apropiación explícita, como tema y motivo, de las personas sufrientes, aun si estas son anónimas e *inocentes* –como en parte del trabajo en torno al manejo institucional de los cadáveres–, aun si son *víctimas culpables* –como en las y los ejecutados por supuestos vínculos con el *narcotráfico*.

Aduzco que esa incomodidad nace de la confrontación de lo que supongo importante en el trato a quienes sobreviven al maltrato de los demás, que sea respetuoso, digno, empático y no asistencialista. No es mi interés disertar ahora sobre si la obra de Margolles considera estos aspectos, explícitamente ella ha dicho que le es importante *hacer estructuras para contar lo que está sucediendo en el país, en mi pueblo, o lo que estoy viendo en la morgue. [...] Pero el país ha dado un cambio tan violento que desde la morgue ya no es posible describir lo que está pasando afuera. El dolor, el vacío ya se encuentran en las calles*.<sup>3</sup>

Ciertas producciones artísticas tienen la cualidad de resultar perturbadoras al hacer visibles aspectos de la realidad social que se preferiría no tener que ver, ni preguntar por qué existen y, en este sentido, las

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>3</sup> *Conversación entre Taiyana Pimentel, Teresa Margolles y Cuauhtémoc Medina*, en *Ibidem*, pp. 84-85.

<sup>1</sup> Medina, C.: *¿De qué otra cosa...?* cit., p. 34.



implicaciones de la exposición *¿De qué otra cosa...?* aventajan en cierta forma a buena parte de las producciones de la academia criminológica mexicana, al menos, en tanto que hacer visibles las consecuencias del daño y las afectaciones producidas por la violencia delictiva.

En el mundo académico, la victimología no ha sido escuchada por la academia criminológica dominante. En México hay, si acaso, un pequeño despunte luego de las recientes modificaciones constitucionales sobre el papel de las víctimas en el proceso penal, pero poco más.

La *violencia delictiva*, la *criminalidad organizada*, el sistema penitenciario y las medidas a tomar ante los *delitos más graves*, la percepción de la inseguridad y las políticas en torno a ello, son temas con un reclamo no conocido en la historia reciente de nuestro país, aunque un fenómeno similar ocurre a escala global, principalmente bajo la etiqueta de *terrorismo*.

Desde diversas áreas de las ciencias sociales se escribe sobre estos temas de violencia *criminal*, con sus matizaciones particulares, pero tal vez con una característica en común, y es que no hay una apropiación significativa de la vivencia de las víctimas en la comprensión y debate sobre el fenómeno delictivo.

Contradictoriamente, tal vez sean las *ciencias penales* las más alejadas de las víctimas, en parte tal vez por la existencia de un punto de partida en común: la postura de tomar como foco de interés el acto delictivo en sí, quiénes lo cometen, la respuesta e intervención hacia estas personas y poco más, quedando estos como los componentes más importantes para las instancias gubernamentales de control penal, si no es que los únicos.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Sánchez, N. P.: comunicación personal el 5 de abril de 2012.

En cualquier fenómeno del ser humano existen componentes y factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, históricos y culturales, al menos. Suponer intervenciones sobre el fenómeno delictivo y sus consecuencias solo en unos cuantos aspectos, especialmente en los relativos a los individuos en sí, no ha arrojado resultados satisfactorios hasta ahora.

Que la perspectiva es limitada es algo ya dicho; Garland por ejemplo, ha descrito las dos principales perspectivas sobre el castigo penal: *penal y filosófica*, y pide una comprensión que dé cuenta del carácter social de la sanción penal, *de la gran importancia y profundidad de los significados acumulados que existen bajo la superficie de esta compleja institución*.<sup>5</sup> Evidentemente su interés es en la institución penal, sus acciones y significados.

Para la criminología, la víctima se mantiene a la distancia, en el último lugar de las y los sujetos con capacidad para dar sentido a las vivencias sobre el delito y la correspondiente respuesta del Estado. En el XV Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Criminología, con sede en la ciudad de Barcelona, en 2008, se escuchó una disculpa del tipo *no por estar al final son menos importantes*, ya que el tema de las conferencias plenarias del último día de actividades era: *Víctimas y justicia restaurativa*. En la siguiente edición del citado Congreso, tres años después y ahora en la ciudad de Kobe, Japón, el tema de las víctimas permaneció ausente de las temáticas contempladas para las sesiones plenarias.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Garland, D.: *Crimen...cit.*, p.197.

<sup>6</sup> Los temas: Crisis económica global y criminología, modelos de Estado y estrategias de prevención del delito, delitos empresariales y corporativos, fronteras de la clínica criminológica. Sociedad Internacional de Criminología: *16th World Congress ISC*, en línea, disponible en <http://www.isc-sic.org/web/index.php/es/congresos-mundiales/16th-world-congress>, con acceso 11 de abril de 2012.

En las regiones del mundo donde las instituciones democráticas aún están por construirse, en los países llamados *periféricos*, las condiciones de las víctimas llegan a ser aún más dramáticas. En México se han descrito las entrañas del sistema de justicia como laberintos de papel tamaño oficio, donde se representan trámites innumerables y crípticos, a la vez superfluos y trascendentales. Un territorio muy amplio para la victimización secundaria –hacia las personas que han sido víctimas del delito–, terciaria –hacia las personas que, imputadas de la comisión de un delito, entran en contacto con el sistema de justicia–, además de una victimización *intra*, o *endo estructural*, dirigida contra los propios trabajadores de las instituciones.<sup>7</sup>

Realidades posibles también por el peso de la atención colocado en otro sitio: en quien realiza la transgresión, no en quien padece. Esta posición hegemónica no mira hacia sí misma, no admite que desde la propia postura se produzcan también afectaciones y niega, además, cualquier otra posibilidad de comprensión, de propuestas que no sean las que emanen de la norma y el castigo penal.<sup>8</sup>

Existe la conciencia de que es necesario transformar el sistema de justicia, prueba de ello, en nuestro contexto, es la reforma constitucional para transitar a un sistema de justicia de tipo acusatorio adversarial. No son las únicas transformaciones que debieran ser debatidas y analizadas.

Referiré una propuesta de cambio para la criminología, o quienes la elaboran, que consiste en mirar hacia el concepto de daño como una forma de reorientar los esfuerzos y ampliar el panorama de la

comprensión sobre el ser humano y la violencia,<sup>9</sup> con algunas de las matizaciones que alcanzo a suponer necesarias para nuestro contexto.

Reseño algunos aspectos de la caracterización del daño, su potencial de transformación para la criminología y, finalmente, relaciono algunos de los conflictos que percibo para su incorporación y operatividad, lo dicho es mi responsabilidad, pero debo buena parte de las ideas principales, a la académica N. P. Sánchez López, a quien agradezco el compartirme, generosamente, su notable capacidad intelectual.

## II. De las insalvables críticas a la criminología

En el texto *Más allá de la criminología*, Hillyard y Tombs describen, a través del cuestionamiento de la permanencia del *crimen* como objeto central de la criminología, las principales críticas que, con intensidad, se han expresado contra esta disciplina a lo largo de cuatro décadas.<sup>10</sup>

Es necesario tomar en cuenta a qué se refieren con la palabra inglesa *crime*, y cómo debiéramos traducirla. Este aspecto, tal vez percibido como menor, no está falto de implicaciones relevantes. No hay uso equivalente de la palabra crimen en nuestro contexto, donde es más coloquial, lo que conviene tener presente, la traducción idónea de *crime* suele ser *delito*.<sup>11</sup>

Estos autores establecen que, en la obra de la que forma parte su ensayo, con el término *crime* hacen referencia a la construcción dominante del crimen a la que la criminología ha estado y sigue estando, atada.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Hillyard, P. y Tombs, S.: *Beyond...*cit., pp. 6-23.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>11</sup> Santiago, T.: “Criminología aplicada...”cit., p. 10.

<sup>12</sup> Hillyard, P. y Tombs, S.: *op. cit.*, p. 6.

<sup>7</sup> Cfr. Azaola, E.: *Crimen...*cit. y Santiago, T.: “Anotaciones...”cit.

<sup>8</sup> Sánchez, N.P.: comunicación personal el 5 de abril de 2012.

Lo traduciré aquí, principalmente, como *delito*, no se pierda de vista que la intención de los autores va encaminada a un *concepto criminológico de delito* como objeto de interés, y no solo a su restrictiva definición jurídica. Algunos de los aspectos de la ajustada crítica que realizan los autores señalados son los siguientes:

*El crimen y el delito no tienen una realidad ontológica:* Los delitos no tienen más en común que su prohibición penal; las personas que delinquen no tienen características intrínsecas que los hagan diferenciarse de quienes no delinquen. Delitos y delincuentes son eventos y personajes ficticios, en el sentido de que tienen que ser contruidos antes de que puedan existir, las personas y las acciones existen previamente, y solo la creación de la ley que los sanciona, hace de ellos un delito y un delincuente, por lo que el crimen es un mito de la vida cotidiana, en tanto que cualquiera cree ser capaz de identificarlo, esto sin negar la existencia de eventos reprobables a los que el consenso de una época llama *crímenes*.<sup>13</sup>

*La criminología perpetúa el mito del crimen y el delito:* No existe el cuestionamiento necesario sobre el concepto criminológico de delito por la propia disciplina, ella acepta el concepto de *crimen* aun con la contienda sobre su determinación y, sobre todo, el que se eluda preguntar por qué algunas conductas son apenas de interés criminológico aun con sus penetrantes maltratos y afectaciones, como aquellos producto del racismo y la discriminación. Aun así, la criminología sigue produciendo *meta-teorías* para explicar el delito, sigue manteniendo la fe en que es posible encontrar *el Origen del Delito*, sin importar que este sea una construcción social, política y económica.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 8.

*El delito excluye muchas afectaciones graves:* Muchos de los incidentes que causan afectaciones graves no son tratados por la ley penal o, si se considera que pueden ser abordados de esta forma, son ignorados o se llevan de forma accesoria.<sup>14</sup> Ejemplos de ello son el crimen corporativo, la violencia de género y contra las mujeres, así como el maltrato causado por los miembros de las fuerzas del orden, pues se trata de fenómenos marginales a los intereses de la intervención del Estado y también de la agenda académica,<sup>15</sup> no importando lo grave de sus consecuencias, especialmente cuando inciden contra las personas que ya están en situaciones de desventaja y vulnerabilidad.

*La criminalización y el castigo infligen sufrimiento:* Los procesos de criminalización, derivados o generadores de la descripción de un evento como delictivo, como también la imposición de penas privativas de la libertad por parte del Estado, conllevan una serie de afectaciones muy alejadas de la transgresión y el sufrimiento causado que dio origen a la sanción penal. Ejemplo de ello son el menoscabo o la pérdida de empleo, de los vínculos familiares, de la vida social. Con intensidad se ha rechazado que la prisión busque rehabilitar, disuadir o proveer justicia.<sup>16</sup>

*El control del delito es inefectivo:* La perspectiva de control y reducción del delito ha fracasado de forma manifiesta, desde cualquier intento por identificar logros en la reducción del delito, en el cuidado de las víctimas, en la disminución de la incidencia delictiva, el sistema de justicia penal se ha mostrado inefectivo.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>15</sup> Box, S.: *Power...*, citado en *Ibidem*, p. 9.

<sup>16</sup> Christie, N.: *Suitable enemies*, citado en Hillyard, P. y Tombs, S.: *op. cit.*, p. 11.

*El delito sirve para mantener las relaciones de poder.* La conceptualización criminológica del delito mantiene relaciones de poder existentes de diversas formas; primero, aunque la ley penal tenga el potencial de captar algunos de los eventos lesivos perpetrados en las habitaciones de lujo y en las entrañas del Estado, se prefiere atacar las actividades de los individuos en el barrio, en las zonas marginales de las ciudades; segundo, al observar únicamente a escala individual al fenómeno delictivo, las estructuras sociales que producen afectaciones, como el sexismo y la pobreza, pueden ser, entonces, ignorados; tercero, la industria del control del delito es ahora una fuerza poderosa en todo su derecho, hay por supuesto un interés en que se definan como crímenes ciertos eventos –aspecto interesante y tal vez no abordado a profundidad en el tema de la privatización del sistema penitenciario– y, por supuesto, no otros; cuarto, los políticos usan el delito de acuerdo a sus propios intereses en la contienda electoral;<sup>17</sup> y, finalmente, por la forma en la que el fenómeno delictivo ha sido creado y reproducido, el sistema de justicia penal y las políticas públicas, al respecto, perpetúan la identificación implícita del delito con los *peligrosos* actos de las personas en situación de pobreza y marginalidad social.<sup>18</sup> De esta forma, el delito opera a favor del sostenimiento de diversas relaciones de poder existentes.

Desde su concepción, la criminología ha disfrutado de una íntima relación con los poderosos, una relación determinada por su yerro para analizar la noción de *crimen*, que ha sido dada por el Estado y a partir de la que todo el sistema de justicia penal se organiza, junto con la agenda disciplinaria correspondiente.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Hillyard, P. y Tombs, S.: *op. cit.*, pp.13-14.

<sup>18</sup> Reinman, J.: *The Rich...*, citado en *Ibidem*, p. 14.

<sup>19</sup> Foucault, M.: *Prison...*; Cohen, A.: *Footprints...*; Garland, D.: *Knowledge...*, y *Of crimes...*, citados en *Ibidem*, p. 14.

### III. Del concepto de daño y sus implicaciones<sup>20</sup>

Aun con estas críticas a la criminología como proyecto de construcción de conocimiento sobre el fenómeno criminal, proliferan con celeridad, en casi todo el mundo, los estudios de licenciatura, posgrados y cursos varios.<sup>21</sup> Podría argumentarse que esta disciplina, condicionada por sus propios límites y omisiones, al tratar de ser la *ciencia que estudia el crimen*, solo ha llegado a *estudiar lo que los grupos con capacidad y poder para definir la realidad social, de una época y lugar determinado, consideran una amenaza*.

La necesidad de proponer otras formas de abordar el fenómeno delictivo, por vías que no sean las del sistema penal, son casi una tradición en la criminología, como ejemplo, la idea de los sustitutivos penales de Enrico Ferri. Aunque desde finales del milenio pasado la criminología, para la construcción de la paz, la criminología anarquista, la criminología feminista, el realismo de izquierda criminológico y la criminología constitutiva, han pugnado por otras visiones distintas a las posturas combativas, centradas en el castigo y alejadas de las víctimas, con poco éxito, tal vez habría que rematar.<sup>22</sup>

La propuesta que emana del conjunto de ensayos contenidos en la obra *Criminal Obsessions...*, consiste en tomar al daño social como objeto de estudio y sacar los esfuerzos para atender al fenómeno criminal del

<sup>20</sup> Una versión previa de este apartado fue presentada en el X Seminario de Violencia Familiar en el Distrito Federal: *Reparación del daño y acceso a la justicia de las víctimas de violencia familiar: diálogos entre la afectación, recuperación integral, pruebas pertinentes y penalización*, Consejo de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, 2011.

<sup>21</sup> Maguire, M. *et. al.*: *Manual...*cit., p. IX.

<sup>22</sup> Cfr. McLaughlin, E. y Muncie, J.: *Diccionario...*cit.

sistema de justicia penal.<sup>23</sup> Por lo que en la construcción etimológica habría que pasar del *estudio del crimen* al *estudio del daño*, que yo sugiero traducir a nuestra lengua como *Zemialogía*, para no confundir con la Semiología, área de conocimiento con más tiempo en desarrollo, ya que *Zemiology* es la sugerencia que se ofrece en idioma inglés.<sup>24</sup>

La conceptualización del término *daño* busca incorporar una comprensión de la condición humana y de las condiciones previas para el bienestar de todas las personas,<sup>25</sup> una definición amplia es que alguien sufrirá un daño con la no satisfacción de sus necesidades.<sup>26</sup>

El potencial de esta conceptualización puede inferirse, también, en su proximidad con el término seguridad humana, cuando este último persigue la protección del núcleo vital de las vidas de todos los seres humanos para que mejoren las libertades y la realización de las personas.<sup>27</sup>

A continuación las categorías del daño social que se han propuesto y algunas de sus características:

Físico: no solo la muerte y las lesiones derivadas de interacciones violentas, sino también aquellas derivadas de tratamientos médicos, las actividades laborales, la exposición a ambientes contaminados, la violencia doméstica, el abuso infantil, los ataques racistas, la enfermedad, la falta de alimento adecuado, la falta de cobijo, la brutalidad, la tortura y la muerte a manos de los agentes del Estado.<sup>28</sup>

Financiero/económico: la pobreza y la pérdida del patrimonio y la propiedad, la apuesta es por ampliar la mirada en este tipo de afectaciones para incluir aquellos fraudes encubiertos, como el mal manejo de fondos de pensión y de ahorro, la apropiación de presupuesto por parte del gobierno, las malas prácticas de las empresas privadas, etcétera.<sup>29</sup>

Emocional/psicológico: es esta una de las categorías más problemáticas, tanto para su identificación como para su valoración, sobre todo por la gran diversidad en la que puede presentarse.<sup>30</sup> El reto es la oportuna incorporación de conceptos de la psicología, cuidando sus características teórico-conceptuales, especialmente el que se cuente con la habilidad para poder identificar las vetas teóricas más útiles de esta disciplina para cada caso en concreto; superar la visión que supone como análoga la vivencia de la violencia de género en diferentes contextos socio-culturales.

Sexual: no solo debiera considerarse, si tomamos por ejemplo a la violación, el evento en sí mismo y sus consecuencias más directas, sino también si hay una falla, sobre todo reiterada, en la atención a las víctimas por parte de los agentes del Estado.<sup>31</sup>

A la seguridad cultural: la falta en el acceso a los recursos de información e intelectuales que estén disponibles, en general, en una determinada sociedad, esta categoría va acompañada de nociones de autonomía, desarrollo y crecimiento.<sup>32</sup>

<sup>23</sup> Hillyard, P. y Tombs, S.: *op. cit.*, pp. 14–23.

<sup>24</sup> Pemberton, S.: *Where next?...cit.*, p. 84.

<sup>25</sup> Tift, L. y Sullivan, D. *A needs-based...*, citado en *Ibidem*, p. 85.

<sup>26</sup> Doyal, L. y Gough, I.: *A theory...*, citado en Pemberton, S.: *op. cit.*, p.85-86.

<sup>27</sup> Comisión on Human Security: *Human...*, p. 4.

<sup>28</sup> Hillyard, P. y Tombs, S.: *op. cit.*, p. 15.

<sup>29</sup> *Ídem*.

<sup>30</sup> *Ídem*.

<sup>31</sup> *Ídem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.



#### IV. De la propuesta de transformación de la criminología

El cambio hacia la perspectiva del daño no implica simplemente abandonar lo hecho previamente, tampoco supone ninguna restricción a los esfuerzos que ya se realizan, como la actividad política y académica en relación con el marco jurídico y el sistema de justicia penal; las críticas a la criminología están bien elaboradas, pero en última instancia, pueden tender hacia una reificación de la criminología tal y como ya es.<sup>33</sup>

Construir una mirada que se fije en las afectaciones que sufren las personas, abre la posibilidad, también, a que la exposición mediática y noticiosa del *crimen* sea moderada, pero sobre todo, con esas características de trato respetuoso, digno, empático y no asistencialista a las que me he referido.

En otro sentido, eludir la focalización exclusiva en quienes victiman y transgreden, tal vez nos ayude a percibir que el dolor de los individuos que han sufrido el maltrato de otros, es en tanto emoción y vivencia humana, algo conocido por todas las personas, en mayor o menor grado y, por lo tanto, que es posible pensar y actuar desde nuestra propia vivencia como víctimas, como un punto de partida distinto en la conceptualización teórica y la ejecución práctica, por ejemplo, de los servicios de atención.

En mi ideal, lo anterior, podría llevarnos a la búsqueda de bienestar en el ser humano y en su entorno, de las mejores condiciones de desarrollo de todas las potencialidades del ser humano en su expresión individual y colectiva, pero en armonía con su entorno, conscientes de que la conducta abusiva puede formar parte de nuestra especie, por lo que más vale ser críticos

con nuestras propias acciones en todo momento y, también, no perder de vista que la conducta de cuidado y protección es otra posibilidad, para reconocerla y enorgullecernos. Esta es, por supuesto, una posición política, una decisión. No hay una pretensión de establecer la clara superioridad de un enfoque sobre otro, sino de señalar las implicaciones en que la criminología dejara de obnubilarse, exclusivamente, con cierto tipo de transgresiones.<sup>34</sup>

No son, sin embargo, estas las preocupaciones de la criminología hegemónica, si bien encontramos antecedentes de estas visiones en perspectivas criminológicas alternas, como ya mencionaba.

La transformación de la práctica criminológica en México, como es evidente, supone grandes desafíos. Mirar hacia los países centrales como modelo a seguir es ingenuo, puesto que las condiciones en Latinoamérica, con las imposiciones y condicionantes del poder global, del mercado y sus desigualdades, plantean un escenario muy diferente y desafiante al que hay en los países con mayores ingresos.

Aun cuando pudiéramos aspirar a la construcción de instituciones robustas como en los países centrales, el camino sería bastante largo, complejo para las apremiantes y dramáticas condiciones actuales. No hay, por supuesto, modificaciones rápidas para condiciones gestadas por siglos. Más que una visión pesimista, me gustaría que esto operara como una invitación para conducir los esfuerzos con mayor seriedad, una exigencia a la ponderación del contexto histórico, de poder geopolítico, económico y cultural.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>34</sup> Hillyard, P. y Tombs, S.: *op. cit.*, p. 22.

## V. Conclusiones

Ante un panorama tan asfixiante, la academia local debería pensarse desde una posición que no se considere a sí misma como subordinada, inferior –como me transmiten a menudo los comentarios comparativos de, por ejemplo, el sistema penitenciario noruego con el sistema penitenciario mexicano–. No hay en ello la pretensión de negar la realidad, sino la de pedir que se haga acopio de las cualidades endémicas, desarrolladas también a lo largo del tiempo en nuestra región. Ejemplo de esto es la enorme y probada capacidad de resolver problemas desde la precariedad.

Los esfuerzos y soluciones a gestarse, no por creativos o emergentes, debieran suponerse validados para no atender la máxima rigurosidad y la consideración del conocimiento alcanzado sobre el ser humano y sus interacciones, por otras áreas del conocimiento menos problemáticas que la criminología. Sin embargo, por momentos, esto me parece sumamente difícil y el horizontes que observo es obscuro, son importantes los desafíos locales,<sup>35</sup> y la realidad ya es extremadamente demandante, tiene mucho que lo es. Por un lado, esto puede hacer más difícil la acción no visceral, pero también, quisiera creer, puede funcionar como un elemento de cohesión ante la acción académica, institucional y, en última instancia, social.

## VI. Bibliografía

- Azaola Garrido, Elena: *Crimen, castigo y violencias en México*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2ª ed., México, 2009, p. 335.

<sup>35</sup> Santiago, T.: “Criminología...”, cit. pp. 27-32.

- Commission on Human Security: *Human Security Now*. Commission on Human Security/ Communications Development Incorporated, Estados Unidos de América, 2003, pp. 159. Disponible en <http://www.humansecurity-chs.org/finalreport/index.html> [con acceso en diciembre de 2010].
- Garland, David: *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Siglo del hombre Editores, Colombia, 2007, pp. 273.
- Hillyard, Paddy y Tombs, Steve: “Beyond Criminology”, en Dorling, D. et al: *Criminal obsessions: Why harm matters more than crime*. Centre for Crime and Justice Studies, Inglaterra, 2ª edición, pp. 6-23. Disponible en Internet: <http://www.crimeandjustice.org.uk/criminalobsessions2.html> [con acceso el 5 noviembre de 2011].
- Maguire, Mike; Morgan, Rod; y Reiner, Robert (comps.), *Manual de criminología*. Oxford University Press, 3ª reimpresión en español de la 2ª ed. en inglés, México, 2006, pp. 844.
- McLaughlin, Eugene y Muncie, John (comps.): *Diccionario de criminología*. Gedisa, 1ª edición en castellano de la 2ª edición en inglés, España, 2011, pp. 563.
- Medina, Cuauhtémoc (ed.): *¿De qué otra cosa podríamos hablar? Pabellón de México. 53 Exposición Internacional de Arte. La Bienal de Venecia*. RM Verlag/Editorial RM., España, 2009, pp. 158.
- Pemberton, Simon: “Where next? The future of the social harm perspective”, en Dorling et al, *op. cit.*, pp. 70-90.

- Santiago Gómez, Tilemy: “Anotaciones sobre el concepto de daño y la respuesta del sistema de justicia al fenómeno de la violencia familiar”, ponencia presentada en el X Seminario de Violencia Familiar en el Distrito Federal: *Reparación del daño y acceso a la justicia de las víctimas de violencia familiar: diálogos entre la afectación, recuperación integral, pruebas pertinentes y penalización*. Consejo de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar/Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, 2011, pp. 15.
- Santiago Gómez, Tilemy: “Criminología aplicada: los límites de una disciplina ajena a la justicia social” en *Sistema Penal: Revista de Ciencias Penales* No. 10, en prensa. Ubijus / Instituto de Formación Profesional, México, D.F., 2012, pp. 27.
- Santiago Gómez, Tilemy: “Criminología: limitaciones y rutas a futuro”, en Ordaz Hernández, David y Cunjama López, Emilio Daniel: *Criminología reflexiva: Discusiones acerca de la criminalidad*. Ubijus, México, 2001, pp. 21-47.
- Santiago Gómez, Tilemy: “Boceto conceptual de la violencia asociada a la seguridad pública”, en *Sistema Penal: Revista de Ciencias Penales*. Ubijus / Instituto de Formación Profesional, México, No. 9 abril-junio de 2011, pp. 61-78.

### **El control previo de constitucionalidad: la omisión legislativa en México**

*Elizabeth Cruz Reyna\**

RESUMEN: Una de las principales funciones en que se desarrolla la actividad del Estado, es la legislativa, la cual, por su propia naturaleza, consiste en la elaboración de las leyes a que todo individuo estará sujeto como miembro de una sociedad, tanto para su armónica convivencia como para la realización de los fines del Estado y del individuo mismo. Para el desenvolvimiento de dicha actividad, se requiere de la intervención de un cuerpo especialmente creado y encargado de iniciar, discutir y aprobar las normas que estructuran nuestro régimen jurídico. Sin embargo, en muchas ocasiones, dentro del proceso legislativo en nuestro país, se produce el desacato al mandato constitucional y al voto de confianza hecho por el gobernado dentro de los procesos de comicios, toda vez que, en pocas ocasiones, se realiza la actualización de los mandatos constitucionales y la creación de las disposiciones que exige la realidad mexicana y, por ende, únicamente se introducen una serie de modificaciones que son adicionadas a nuestra norma suprema y que, lejos de perfeccionar sus mandatos, la convierten en un

\* Docente investigador del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores Monterrey, campus Ciudad de México.

texto confuso que requerirá, en lo sucesivo, de la interpretación de nuestro más alto tribunal. Ante dicha situación, ¿en qué momento se verifican los presupuestos que conllevan a una inactividad u omisión legislativa? Y, en este sentido: ¿qué es una omisión?, ¿de qué forma puede ejercitarse un control dentro de nuestro país? Estos cuestionamientos darán la pauta del desarrollo al punto toral del presente trabajo, relacionado con el diseño de una acción por omisión legislativa en México.

SUMARIO: Introducción. I. Aspectos constitucionales generales. II. La justicia constitucional en general. III. El mandato constitucional de creación normativa en la Constitución Política de 1917. IV. Formas de control. V. Propuesta de control de la omisión legislativa a nivel federal. VI. Bibliografía.

### Introducción

La necesidad de proteger la Constitución se funda en la realidad, en el sentido de que la vida social regulada por el Derecho es de naturaleza sumamente dinámica y, por lo tanto, día con día cambiante. Los vertiginosos cambios económicos, políticos y sociales demandan que la norma suprema exponga un alto grado de eficacia y aplicabilidad; por ello, la Constitución Política mexicana, como norma suprema garante de nuestro Estado de Derecho, no se resigna y no quiere ser un catálogo normativo de buenas intenciones, quiere ser y debe convertirse, en un instrumento de respuesta social y de anticipación al futuro.

Sin embargo, para la consecución de dicho ideal, se hace indispensable la intervención del órgano

constitucionalmente facultado para generar el despliegue normativo, que permita actualizar tanto nuestra norma suprema como el enramado legal que de ella se desprende, situación que en nuestro país, en muchas ocasiones, no es posible constatar, debido a que existen situaciones sociales que demandan respuestas jurídicas y, por ende, de la labor legislativa para llevar a cabo la adecuación de aquellos preceptos que permitan la armónica convivencia de la sociedad, así como el mejoramiento de nuestras distintas instituciones, fenómeno que trae consigo una visible incertidumbre en nuestro Estado de Derecho.

A mayor abundamiento, en la actualidad no es de llamar la atención constatar situaciones tales como el que una norma jurídica no es aplicable del todo, motivando con ello, una discriminación *de iure*, o el hecho de que alguno de los postulados de la Constitución no es aplicable, puesto que hace falta crear la legislación secundaria que lo dote de eficacia en forma plena o, simplemente, el escuchar las voces que se han levantado para sostener que la vigencia de la Constitución no puede depender de un órgano constituido, por lo que ante su omisión se debe aplicar la disposición constitucional directamente.

En este sentido, surge la necesidad de ejercitar un control sobre la inactividad legislativa a la cual la doctrina y muchos sistemas jurídicos han denominado *omisión legislativa* o *silencio del legislador*, que se concibe como una abstención de hacer por parte del legislador, su flojedad o descuido en el cumplimiento de un mandato constitucional de creación de las leyes, por no actualizar o crear una disposición normativa, hacerlo de manera insuficiente o deficiente; de esta forma, la omisión legislativa no es simplemente un no actuar, sino también un no actuar de la manera en que

se espera y, por ello, solo se es omiso en un contexto en que es relevante una actuación determinada.

En consecuencia, si la inactividad u omisión del legislador se torna en una infracción a la Constitución, ya sea por la falta de desarrollo total o parcial de alguno de sus preceptos o, simplemente, por la falta de actualización de las leyes que afecten su plena vigencia, entonces dicha inactividad debe ser controlada por medio de un instrumento procesal, que permita asegurar el respeto a la supremacía constitucional y el disfrute de las garantías constitucionales consagradas en beneficio del gobernado; por lo anteriormente expuesto, revisemos algunos aspectos.

### **I. Aspectos constitucionales generales**

Dentro de la estructura jurídica de los Estados democráticos, la Constitución es la base suprema sobre la cual se erigen, misma que determina los modos de creación normativa, así como los valores esenciales que deben ser respetados para el debido funcionamiento del Estado.

El respeto irrestricto a nuestra Constitución Política, implica reconocer que la misma produce efectos jurídicos y que, por lo tanto, ocupa una posición dentro del ordenamiento jurídico (que no puede ser otro que el de suprema); de este modo, la función legislativa, en sentido material y no formal, como función creadora de normas, queda sujeta a las disposiciones constitucionales que se establecen como su parámetro de constitucionalidad, ya sea, en tratándose de las acciones u omisiones de los poderes públicos. Pero, ¿qué es la supremacía?

#### **a) La supremacía constitucional**

Por el término *supremacía*, se entiende la característica de primacía o primer lugar que ocupa la Carta Magna, la

cual, como emanación del pueblo, constituye la autoridad más grande que existe dentro de una estructura jurídica. Por ello, la Constitución, al ocupar el primer lugar dentro de todo ordenamiento normativo, es el principio limitativo que determina que no existe ningún precepto de superior categoría que pueda estar por encima de ella, ni menos aún, alguna persona o autoridad por ser esta el producto genuino del ideal soberano de un pueblo; ideal que indudablemente se ve acompañado del concepto de soberanía.

Ahora bien, la supremacía de la Constitución trae consigo dos presupuestos fundamentales que le dan esencia y vida: primero, el hecho de que el poder constituyente (encargado de crear la constitución) es distinto a los poderes constituidos; y, segundo, que en nuestro país la Constitución es escrita y rígida.

Por lo que toca al primer presupuesto, la separación del poder constituyente respecto de los poderes constituidos, se establece de acuerdo al tiempo y a las funciones en que actúan cada uno de los mismos, ya que cronológicamente, el poder constituyente precede a los poderes constituidos y, una vez que ha cumplido su misión elaborando la carta fundamental, desaparece del escenario jurídico del Estado, para dar paso a los órganos creados por él, es decir, los poderes constituidos, o, como acertadamente lo expresaba John Locke: *...en las repúblicas bien ordenadas, donde el bien del conjunto es considerado como se debe, el poder de crear leyes se halla en manos de diversas personas; mas hechas estas, dicho cuerpo se desintegra y de nuevo queda sujeto a las leyes que hicieran ellos mismos, lo cual es otro vínculo estrecho que les induce a cuidar de hacerlas por el bien público.*<sup>1</sup> En cuanto a las funciones, la diferencia entre

<sup>1</sup> Locke, J.: *Ensayo sobre...cit.*, p. 87.



ambos poderes se establece en virtud de que el poder constituyente no gobierna, solo crea la ley suprema con base en la cual han de gobernar los poderes constituidos, en términos de la competencia establecida por el propio poder constituyente.

Por lo que se refiere al segundo presupuesto y con base en la clasificación existente en los textos constitucionales, podemos afirmar que en nuestro sistema constitucional, la ley fundamental es una Constitución rígida porque para su modificación, adición o reforma, se requiere la participación de un órgano distinto del poder constituido (o poder legislativo, quien es el encargado de la elaboración de las leyes ordinarias), con un procedimiento más complicado y un quórum mayor que el que se exige para la aprobación de una ley ordinaria. Este órgano encargado de reformar la Constitución ha sido llamado *poder constituyente permanente* o *poder revisor de la Constitución*, que se conforma por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados.

El fundamento constitucional de dicho procedimiento, se encuentra contemplado en el artículo 135 de nuestra ley fundamental en los siguientes términos:

*La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.*

Con ello, se da seguridad y solidez a la conformación del Estado mexicano y se garantiza la plena vigencia de nuestro máximo ordenamiento.

Por lo tanto, siendo la Constitución la fuente última de validez de un orden jurídico, para que una norma cualquiera sea válida, requiere encontrar dicho fundamento de validez en su conformidad con el conjunto de normas que le son superiores y, en primera instancia, con la del código fundamental; cabe señalar que dicha conformidad debe ser tanto en el aspecto formal, es decir, en tratándose del procedimiento de elaboración de una norma jurídica, como en el aspecto material o contenido de la misma, de tal suerte que cualquier acto emitido por alguno de los poderes públicos, cuya competencia no derive de la propia ley suprema, son nulos y tal nulidad debe decretarse por medio de los instrumentos procesales idóneos para la defensa de la misma, ya que esta es la voluntad popular convertida en norma.

### ***b) La Constitución como norma jurídica***

Uno de los puntos fundamentales para el análisis de la Constitución como norma jurídica, son los elementos que la conforman o su estructura, la cual se integra con los derechos fundamentales o parte dogmática (que dependiendo del texto constitucional pueden ser mayor o menormente explícitos) y con la división de poderes, entendida como distribución de funciones en diferentes órganos, también llamada parte orgánica. Dichos elementos se integran a partir del aspecto básico que da vida a una Constitución denominado *normas*. Por norma jurídica se entiende toda regla práctica que regula un determinado comportamiento o conducta, que tiene las características de ser general, abstracta, impersonal,

heterónoma y coercible, que las hacen distintas de otros tipos de normas. Estas normas jurídicas conforman una unidad en virtud de su carácter sistemático y, por ello, no operan de manera aislada, sino en la forma en que se relacionan con las demás.<sup>2</sup>

Por ello, el enramado legal que conforma el sistema jurídico mexicano, debe estar acorde con la realidad social y en armonía con su propio conjunto, partiendo, desde luego, de la propia concordancia con la semilla que les da origen: la Constitución.

Sin embargo, al verificarse la contradicción entre un acto emanado del poder público y la Constitución, deben activarse los mecanismos procesales idóneos tendientes a proteger la supremacía constitucional, subsanando con ello la infracción cometida, pues es importante resaltar que la ineficacia del Derecho se traduce en una falta de credibilidad en sus instituciones, observable en casi todos los ámbitos en que los gobernados cotidianamente nos desenvolvemos (salud, seguridad, garantías del trabajo, etc.); por tal motivo, es imprescindible que las disposiciones jurídicas cuenten con vinculación social, ya que lo importante no es solamente que la norma se convierta en un ideal alcanzable, sino en algo real, es decir, que el Derecho esté acorde con la evolución imparable de la sociedad, del mismo modo que la dinámica social expresada en las normas jurídicas, se transforme en la vida diaria a partir de la normatividad.

En consecuencia, nuestros legisladores deben tener el criterio de ajustar el Derecho en la previsión de soluciones justas a los requerimientos que plantea la cambiante realidad social, con base en el respeto a la Constitución como indudable norma jurídica.

<sup>2</sup> Huerta Ochoa, C.: "Constitución..."cit.

## II. La justicia constitucional en general

La justicia constitucional se define como *el conjunto de todos aquellos instrumentos procesales de tutela o defensa de la Constitución*<sup>3</sup> misma que se deriva del carácter fundamental y superior del texto supremo, y que sirve para imponer el cumplimiento de sus postulados y supremacía.

La esencia de la justicia constitucional no reside en la denominación formal que de esta pueda hacerse, sino en la forma en que cada Estado la ha adoptado en la salvaguarda de la eficacia de sus normas constitucionales y en el resguardo de sus garantías fundamentales.

La idea de introducir mecanismos de defensa constitucional, corresponde a la necesidad de crear un garante de la Constitución ante situaciones de crisis o incertidumbre en las instituciones, al hacer posibles los instrumentos que permitan realizar la interpretación y actualización de los contenidos constitucionales; tarea sumamente valiosa para mantener la certeza en un Estado de Derecho, porque no se trata solamente de proteger a la Constitución frente a las transgresiones de los poderes públicos, sino de enriquecer sus contenidos y de adecuar estos a la propia evolución de la sociedad.

Durante el siglo XX, la justicia constitucional tradicionalmente era concebida con base en el modelo que configurara Hans Kelsen en la Constitución austriaca del año 1920, como justicia residenciada en un órgano *ad hoc*, que poco tiempo después, contrastaría con otro de los grandes modelos de control que poco a poco se había venido expandiendo por toda América, denominado *the judicial review*, tal y como veremos en lo subsecuente.

<sup>3</sup> VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Mesa IV: Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Colegio de Ingenieros Civiles, 12-15 de febrero, México, 2002.

En ambos sistemas, la justicia constitucional se configuró para dar forma (como ha quedado expresado) a todos aquellos instrumentos de defensa y tutela de la Constitución, en el auxilio de dar plena eficacia a los mandatos constitucionales y, desde luego, limitar los actos del poder público que transgredieran las garantías del gobernado.

Posteriormente, dicha dicotomía resultó ser insostenible, toda vez que la misma se vio superada por el desarrollo de otros modelos en los que convergían técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos *ad hoc* convivían, a veces, con órganos judiciales del fuero común, los cuales desarrollaron tareas de defensa y control de la constitucionalidad.

La consecuencia en la evolución del concepto de justicia constitucional, de la tradicional dicotomía justicia constitucional concentrada europea, contra la justicia constitucional difusa norteamericana, nos la dice el tratadista Tremps, cuando sostiene que: *En la actualidad, la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales; necesariamente el concepto hay que entenderlo como un concepto material y sustantivo, como el conjunto de técnicas tendientes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean estos los que sean.*<sup>4</sup>

De esta manera, es posible perfeccionar nuestro Estado de Derecho por medio del control constitucional verificado por la justicia constitucional. Este control es una pieza fundamental para la democracia moderna.

#### **a) Los modelos difuso y concentrado**

Los modelos de control constitucional son las formas de control básicas adoptadas, originariamente, dentro

del proceso evolutivo de la justicia constitucional, que tienen por objeto salvaguardar y proteger la supremacía de la constitución contra todos aquellos ataques del poder público, que alteran su contenido normativo y que violentan los derechos del gobernado. Dichas formas asumen el nombre de modelos clásicos porque en la actualidad ya casi no existen como originariamente surgieron, a los cuales, la doctrina refiere como modelo difuso y modelo concentrado de control constitucional, surgidos, respectivamente, en los Estados Unidos de Norteamérica y Austria, con dos precedentes de nuestra historia constitucional: el pensamiento de John Marshall y Hans Kelsen.

#### **Modelo difuso**

A este sistema también se le conoce como *sistema americano* o *sistema de revisión de la Constitución* o *judicial review*. De acuerdo con Javier Pérez, el modelo difuso puede definirse en términos muy claros como: *difuso quiere decir lo contrario a concentrado. el poder legislativo es un poder concentrado. El poder judicial es un poder difuso. El poder judicial no existe como un poder sino que existe en la forma de miles de jueces y magistrados repartidos por todo el territorio del estado, titulares cada uno de ellos individualmente del poder judicial. En consecuencia, al ser el control un control judicial, ello quiere decir que está uniformemente a disposición de todos y cada uno de los jueces integrados en el Poder Judicial. Esto quiere decir difuso.*<sup>5</sup>

El modelo de control difuso toma como fundamento uno de los eventos más importantes en la historia constitucional, conocido como el principio de la revisión

<sup>4</sup> Pérez Tremps, P.: "La actualidad..."cit., p. 34.

<sup>5</sup> Pérez Royo, J.: *Curso de derecho...*cit., p. 123.

judicial de las leyes, ocurrido en el año 1803 en Estados Unidos de Norteamérica con el famoso caso Marbury vs. Madison.

En términos generales, en dicho caso se llevó a cabo un ejercicio de interpretación extraordinario hasta entonces, realizado por el juez John Marshall, quien era conocedor del asunto, por virtud del cual, se establece el principio de supremacía constitucional y queda asentado que el juez estadounidense se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a cualquier otra ley, dado que aquella, en tanto que suprema, controlaba todos los actos del legislativo.

Para fundamentar su sentencia y confirmar en forma definitiva la superioridad normativa de la Constitución, era necesario arribar a un poder contenido en esta por medio de la articulación de varios de sus preceptos, destacando, entre ellos, el 3º, sección primera y segunda, que habla de la competencia del poder judicial; 6º, sección segunda, que compromete a los jueces a someterse a los mandatos constitucionales; y, el 5º, que se refiere a la rigidez de la Constitución. La articulación que realizó el juez Marshall quedó establecida así:

*La Constitución, o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios o está equiparada a los actos legislativos ordinarios y al igual que otras leyes es alterable a discreción de la legislatura. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado. Ahora bien, una constitución escrita ha sido considerada siempre como la ley fundamental y superior de la nación y consecuentemente la teoría*

*de tales gobiernos ha de ser un acto de la legislatura que repugne a la constitución es nulo. Esta teoría está vinculada a las constituciones escritas y, en consecuencia, ha de ser considerada por este tribunal como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.*

*Si dos leyes están en conflicto entre sí, ha de decidir la aplicación de cada una. Así, si una ley está en oposición a la constitución, si ambas, la ley y la constitución, son aplicables al caso particular, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. Tal es la esencia del deber judicial. Si los tribunales han de observar la constitución, y la constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería el subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas. Sería declarar que un acto que, de acuerdo con los principios y teorías de nuestro gobierno, es enteramente nulo, sin embargo, es en la práctica completamente obligatorio, prescribiría límites y declararía que aquellos límites pueden ser rebasados a discreción. Reduciría a la nada lo que hemos considerado como el mayor progreso de las instituciones políticas: una constitución escrita.<sup>6</sup>*

Destaca, en su argumentación, la concepción de la Constitución como límite al poder por parte del pueblo, y la supremacía del ordenamiento fundamental que configura a una nación, por su calidad diferenciada respecto de otras normas, con la posibilidad de sobreponerse a cualquier acto que pretenda atacar

<sup>6</sup> El texto que se presenta es un fragmento de la citada sentencia; el texto completo puede apreciarse en una versión en castellano hecha por Morris, R.: ...cit., pp.1 134 ss.

su fuerza jurídica; asimismo, hace hincapié en el importante papel que asume el poder judicial como instrumento controlador de la actividad estatal, dentro del esquema de división de poderes y la fuerza que asume una Constitución escrita.

A lo largo del tiempo, el sistema difuso se ha extendido por casi toda América, cuya aceptación ha sido favorable en atención a que todo juez puede y debe, ante un caso concreto, inaplicar una ley inconstitucional y resolver mediante una sentencia con efectos inter partes; así pues, se trata de un tipo de control difuso, incidental, especial y declarativo. Es difuso en oposición a concentrado porque la competencia para conocer de la inconstitucionalidad de una ley o un acto de autoridad corresponde a todos los jueces sin excepción; el carácter incidental obedece a que el problema de constitucionalidad se desprende de una controversia relativa a cualquier materia, que es la que en principio ocupa al juez; finalmente, es especial porque el efecto de las sentencias solo vincula a las partes y es declarativo porque se limita a clarificar una situación jurídica controvertida.

Ahora bien, como rasgos distintivos de este sistema, se pueden resaltar:

- Aplica la disposición legislativa superior en jerarquía y desecha la inferior en el supuesto de contradicción. Esta es una regla de interpretación del Derecho que los jueces están autorizados a emplear en su función de administrar justicia y, por consiguiente, no existe invasión del juez en la esfera legislativa; se respeta la división de poderes.
- Cualquier juez está investido del poder de no aplicar la ley contraria a la Constitución, de oficio o a petición de parte en cualquier caso sometido

a su conocimiento, por vía incidental o indirecta. La inconstitucionalidad se puede presentar en todo tipo de procedimiento judicial y no existe un procedimiento especial para dilucidar la materia constitucional, pues se discute, tramita y falla dentro del juicio en que se plantea y llega a los tribunales superiores a través de los recursos ordinarios o extraordinarios. La cuestión constitucional se falla junto con el fondo del asunto en la sentencia definitiva. Al respecto, es importante señalar que la vía incidental no significa una cuestión accesoria, ya que, en realidad, la cuestión de inconstitucionalidad en el sistema difuso es principal, toda vez que se falla en la sentencia definitiva y forma parte de los razonamientos torales de la misma.

- La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, produce efectos solo en relación con un caso particular; sin embargo, por medio del precedente judicial se puede llegar a una declaración con efectos generales (lo que en términos muy similares y remotamente hemos observado en el juicio de amparo contra leyes en México).

Esta situación resulta muy interesante y es necesario señalar que la Corte Suprema en los Estados Unidos goza casi de manera exclusiva de atribuciones de control de constitucionalidad, motivada por las reformas legales que privaron a dicho máximo tribunal del conocimiento de asuntos en apelación, dándole completa libertad y discrecionalidad mediante el *writ of certiorari* para elegir los asuntos a conocer que normalmente son aquellos donde se debate la constitucionalidad de la ley y que tienen trascendencia para la totalidad del sistema jurídico.



### Modelo concentrado

En el año 1920 surgió la Constitución Austriaca, dentro de la cual se adoptó el brillante razonamiento de uno de los juristas más destacados, basado, exclusivamente, en el criterio de la validez.

Las bases de su teoría se encuentran en una serie de trabajos, en los que manifiesta básicamente su intención de procurar un sistema jurídico autosuficiente, sin contradicciones internas y sin incompatibilidades. De ahí su interés por resaltar el criterio de validez entre los diversos estratos de normas jurídicas, situación que lo llevaría a concluir la impostergable necesidad de asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales mediante la garantía jurisdiccional de la Constitución, a la que desde entonces se adjetivó como *justicia constitucional*.<sup>7</sup>

Para Kelsen (y ello ha quedado dicho desde nuestros primeros años de formación profesional), el orden jurídico representa un conjunto de normas que no se encuentran ubicadas dentro de un plano normativo horizontal, acomodadas una al lado de la otra porque, sencillamente, una consideración así sería imposible determinar la norma que es fundamento de validez de la otra. Se aprecia lo contrario si se les ve ordenadas en forma vertical, pues desde esta concepción se presupone la existencia de una jerarquía normativa, ya que las normas se encuentran alineadas una debajo de la otra; el punto de unión del sistema, es precisamente el fundamento de validez de las normas.

De este modo, para él, dentro del acomodamiento normativo, la norma de mayor jerarquía determinará

la creación de la que se encuentra debajo de ella y así sucesivamente, hasta llegar a la norma de menor jerarquía; representación a que también se ha denominado *pirámide de Kelsen*.

Partiendo de esta primera noción de un orden jurídico jerarquizado que debe actuar regularmente en los distintos planos normativos, lleva a Kelsen a la conclusión de que la regularidad de las funciones estatales, es la anulación del acto que expresa una incoherencia entre la constitución y la ley, y que tal irregularidad ha de ser pronunciada por un órgano diferente al que ha dictado la norma cuestionada; esta conclusión nos parece razonable, en virtud de que si se concediera tal facultad al mismo órgano emisor, se estaría condenado un sistema al fracaso. Luego entonces, optará por un sistema de jurisdicción o tribunal constitucional.

De este modo, el tribunal constitucional estará en aptitud de conocer sobre la inconstitucionalidad de leyes, de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución y de los Tratados Internacionales, que también deben fundar su validez y legitimidad en ella. El resultado de la revisión constitucional verificada por el tribunal será su anulación y expulsión inmediata del orden jurídico, produciendo efectos jurídicos hacia el futuro o *ex nunc*.

Esta brillante formulación sirvió como punto de partida para la creación de una importante figura dentro de la justicia constitucional, a la que en líneas subsecuentes haré referencia, esto es, la jurisdicción constitucional.

También es importante destacar que Hans Kelsen menciona que la garantía jurisdiccional de la Constitución es un elemento del sistema de medios técnicos, que

<sup>7</sup> En este aspecto también se encuentran interesantes razonamientos a revisar en la obra de Kelsen, H.: *La giustizia...*cit.

tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, fundando la necesidad de dicho aseguramiento en consideraciones importantes como la supremacía constitucional, traducido en que la ley fundamental es un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida en ese orden; para él, esa circunstancia imponía contar con medios que permitieran asegurar la vigencia y la estabilidad de la Constitución.<sup>8</sup>

Ahora bien, dentro de los rasgos característicos de este modelo, puedo señalar los siguientes:

El primer punto que identifica a la jurisdicción constitucional como mecanismo del modelo concentrado, es la potestad que se atribuye a un tribunal especializado, para que, en uso de su posición y competencia constitucional, tenga el monopolio del control sobre la inconstitucionalidad de un acto reclamado. A él le corresponderá ser el único guardián de la Constitución.

Concomitantemente a la ampliación de competencias que implica esta nueva forma de control respecto del modelo estadounidense, aparece la idea de que la protección global de la norma fundamental conduce a aceptar que las violaciones a la misma pueden producirse por cualquiera de los actores del Estado, que crean o aplican el Derecho a partir de la Constitución y que, por lo tanto, es necesario abrir un conjunto de mecanismos tendientes a salvaguardar la fuerza y vigencia de la Constitución. El órgano constitucional (independientemente de la denominación que asuma), será el encargado de ejercer el monopolio para resolver las cuestiones planteadas a través de los mecanismos de control constitucional.

<sup>8</sup> *Ídem.*

Otro de los elementos que se desprenden del anterior es la ampliación de los entes legitimados para ejercitar las diversas acciones de protección constitucional, así como los efectos generales de sus resoluciones o *erga omnes*, con la consecuente expulsión del sistema jurídico de la norma declarada inconstitucional (situación con la cual estoy completamente de acuerdo en México, en tratándose del amparo contra leyes).

Una situación muy interesante, de otro gran tratadista, es el riesgo que día a día enfrenta la Constitución respecto de los actos arbitrarios del poder, pues de conformidad con este autor, la demanda de un protector de la Constitución (o sea, la petición del gobernado afectado a través de alguno de los instrumentos procesales de control constitucional), es generalmente indicio de situaciones críticas para la Constitución.<sup>9</sup>

Siguiendo estas ideas, puede decirse que, desde el momento en que la ley suprema se desprende de sus creadores, empieza a padecer los embates de los detentadores del poder, a los cuales ella misma crea y legitima, al atribuirles sus facultades, lo que la lleva a permanecer, durante su vigencia, en la constante incertidumbre de su respeto y primacía.

### ***b) La justicia constitucional como garante del Estado de Derecho en México***

La Constitución, como creación racional para la convivencia de los individuos y como instrumento controlador del poder político es, hoy por hoy, una preocupación de los juristas en todo el mundo, en cuanto a su perfeccionamiento y continua defensa.

<sup>9</sup> Schmitt, C.: *Il custode...* cit. p. 9.

Gracias a dicha preocupación, es posible identificar una carta magna como mera declaración de buenas intenciones, de una Constitución como norma jurídica, donde se prevén los instrumentos eficaces para garantizar la vigencia de sus normas y el respeto de sus postulados, con miras a lograr uno de los fines esenciales: el control del poder en beneficio del gobernado.

Por fortuna, el Estado Mexicano no permanece indiferente ante esta realidad, y también, en nuestra Constitución Política, se consagran diversos instrumentos de control, tales como: el juicio de amparo como medio específico de protección de las garantías individuales; las controversias constitucionales como vías para el control de normas generales y resolución de conflictos derivados de la división de poderes en las esferas federal, local y municipal; y las acciones de inconstitucionalidad, a partir de las demandas planteadas contra leyes o actos con fuerza de ley contrarios a la norma suprema, donde es posible constatar que la diferencia fundamental, en dichos instrumentos, es que en el juicio de amparo se tutelan intereses directos de los gobernados y, solo de manera indirecta se protege a la Constitución; es decir, la declaratoria de inconstitucionalidad solo beneficia al particular que impetró la demanda de amparo, aunque en amparo contra leyes resulte injusta, mientras que las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad son instrumentos de protección directa de nuestra Carta Magna, pues la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos de carácter general respecto de la acción que la originó.

Sin embargo, a pesar de la pertinencia que en la actualidad revisten los anteriores instrumentos, ninguno de los mismos puede ser utilizado para ejercitar el control de una omisión legislativa, siendo, al mismo tiempo,

perfectibles. Por tal motivo, en las próximas legislaturas debe ser retomado su análisis e implementada, por ser pertinente, una ley de procedimientos constitucionales que conjunte a los mismos y desde luego, incorpore el control de las omisiones legislativas a nivel federal, a que en lo subsiguiente haremos referencia.

### **III. El mandato constitucional de creación normativa en la Constitución Política de 1917**

Una de las principales funciones en que se desarrolla la actividad del Estado, es la legislativa, la cual, por su propia naturaleza, consiste en la elaboración de las leyes a que todo individuo estará sujeto como miembro de una sociedad, tanto para su armónica convivencia como para la realización de los fines del Estado y del individuo mismo. Para el desenvolvimiento de dicha actividad, se requiere de la intervención de un cuerpo especialmente creado y encargado de iniciar, discutir y aprobar las normas que estructuran nuestro régimen jurídico.

Este órgano es el Congreso de la Unión, que se encuentra conformado por dos cámaras, una de diputados y una de senadores quienes, en conjunto, se encargan del ejercicio de la función legislativa.<sup>10</sup> El fundamento constitucional de la misma se encuentra contemplado en los artículos 50, 71, 72, 73, 74, 75 76, 77 y 78 constitucionales, donde, además, se consagran otras facultades no previstas en el Capítulo Segundo del Título III del referido ordenamiento.

Sin embargo, en muchas ocasiones, dentro del proceso legislativo en nuestro país, se produce

<sup>10</sup> Es pertinente resaltar que también el Poder Ejecutivo asume parte de dicha función; sin embargo, por razones metodológicas en cuanto a delimitación del problema, en este trabajo solo nos avocamos al desempeño del Legislativo.

el desacato al mandato constitucional y al voto de confianza hecho por el gobernado dentro de los procesos de comicios, toda vez que, en pocas ocasiones, se realiza la actualización de los mandatos constitucionales y la creación de las disposiciones que exige la realidad mexicana, y, por ende, únicamente se introducen una serie de modificaciones que son adicionadas a nuestra norma suprema y que, lejos de perfeccionar sus mandatos, la convierten en un texto confuso que requerirá, en lo sucesivo, de la interpretación de nuestro más alto tribunal.

Podríamos entonces preguntarnos, ¿cuántas de las disposiciones emanadas del Congreso de la Unión traen consigo una verdadera actualización de los mandatos constitucionales a las necesidades del siglo XXI en nuestro país? Y, ante dicha situación, ¿en qué momento se verifican los presupuestos que conllevan a una inactividad u omisión legislativa? Y, en este sentido, ¿qué es una omisión?

### **a) Omisión legislativa: concepto y tipología**

Sobre el concepto de omisión legislativa, la doctrina suele tomar, como punto de partida, dos tendencias<sup>11</sup>: la primera que la preceptúa como una falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal, que se impide su eficaz aplicación.

Esta concepción me parece restringida, toda vez que presenta varios defectos, a saber, ya que, por un lado

<sup>11</sup> En este punto, son muy interesantes las posturas doctrinarias que asumen los tratadistas Javier Tajadura Tejada en *Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales* y Víctor Bazán, en *Respuestas normativas y jurisdiccionales*, a cuyas obras remito al lector de manera complementaria.

tiene un elemento que en criterio propio no corresponde a la realidad de esta figura, pues limita el concepto a que la omisión se haya producido durante un tiempo excesivamente largo. Para mí, el tiempo no es un factor indispensable para que se ataque la inconstitucionalidad que reviste una omisión, pues esta existe de por sí, con independencia del tiempo. Por otro lado, la expresión de obligatorio desarrollo resulta tautológica, ya que todos los principios y normas constitucionales son de obligatorio desarrollo.

La segunda concepción (que me parece de mayor amplitud), la concibe como la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales, independientemente de que sean de *obligatorio y concreto desarrollo* y del tiempo transcurrido; en ello coincido totalmente.

Ahora bien, omisión, de acuerdo con los diccionarios, significa *abstención de hacer o decir, flojedad o descuido del que está encargado de un asunto*;<sup>12</sup> de esta manera, omitir no solamente implica un no actuar, sino también un no actuar de la forma en que se espera; solo se omite en un contexto en que es importante una actuación determinada.

Así, aplicando la anterior idea a la actividad del legislador, podemos decir que este es omiso cuando no ha actuado conforme al mandato constitucional, o que la conducta que se esperaba de él no se ha presentado porque, simplemente, no produce el resultado pertinente. En otras palabras, el legislador es omiso porque al estar facultado constitucionalmente para legislar, no ha legislado, no ha creado una disposición normativa necesaria o, simplemente, lo ha hecho de manera insuficiente cuando era probable que lo hiciera de manera completa.

<sup>12</sup> *Diccionario...cit.*

En este sentido, es perfectamente observable un vicio de inconstitucionalidad, toda vez que el legislador no solo no se está sometiendo a la supremacía de la Constitución cuando desacata su mandato, sino que la plena eficacia de esta queda sujeta a la libre disposición de aquel.

Ahora bien, es por todos conocido el hecho de que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, crea por medio de sus representantes una Constitución, donde no solo establece las bases que determinan la relación del Estado con los gobernados, sino donde se instituye el propio poder político, organizándolo y distribuyéndolo entre diversos órganos a los cuales encomienda la realización de una labor distinta, por medio de facultades correlativas de obligaciones. A pesar de ello y debido al carácter transitorio del poder constituyente, la norma suprema incluye disposiciones normativas que requieren un desarrollo posterior por parte de los órganos constituidos; en el tema que nos ocupa, será del legislativo, pues tal y como acertadamente lo señala un destacado tratadista: *...las constituciones, ya no son un mero retrato de las relaciones existentes actualmente en la sociedad. No se resignan a su dimensión estática, quieren ser y efectivamente lo son, objetos útiles en la anticipación del futuro*,<sup>13</sup> a lo podría complementar diciendo, que el primer fin de ejercitar el control en dicha inconstitucionalidad es para conseguir que la voluntad del constituyente (y directamente la del pueblo) se realice en su plenitud.

Ahora bien, ¿cuáles son los tipos de omisiones que existen? La clasificación en que suele dividirse a las omisiones se establece así:

1.- Omisión absoluta y Omisión relativa. Aunque no se encuentran definiciones, puede inferirse que la omisión legislativa absoluta alude a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional, esto es, se produce cuando falta todo tipo de actuación normadora, destinada a aplicar el precepto o el principio constitucional. En este caso, la inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia normativa por parte del legislativo para dar actuación al mandato de la Constitución, el cual, como anteriormente mencionamos, puede ser explícito o implícito. En otros términos, existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador, la obligación de emitir una o un conjunto de normas que disciplinen algún aspecto del texto fundamental que allí solo se encuentra señalado en términos generales.

En cambio, se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al emitir su creación normativa, omite respetar el principio de igualdad ante la ley o por el olvido de ciertos grupos en la legislación; esto es, es omiso por no contemplar a la totalidad de los gobernados que pudiesen encuadrar bajo el mismo supuesto. En este tipo de omisiones, es muy interesante observar la violación al principio de igualdad, toda vez que, cuando el legislador otorgue un beneficio a una determinada categoría de personas, y excluye a otra u otras de ese mismo beneficio, sin justificación razonable y a pesar de estar ubicadas en la misma situación de hecho, la omisión que se produce y que está generando una discriminación *de facto* y *de iure*, debe ser reclamada por el gobernado afectado.

2.- Omisión formal y material. Una vez que hemos hecho referencia a la tipología básica de las omisiones, diremos que las omisiones formales suponen que el

<sup>13</sup> Gomes Canotilho, J. J.: “¿Revisar la/o...?” cit., p. 5 ss.



legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un mandato constitucional que requiere regulación de desarrollo. En las omisiones materiales, la inactividad vulnera el principio de igualdad, en tanto que olvida a los grupos regulados en la norma existente.

Relacionando estos conceptos con los anteriores, es posible decir que las omisiones absolutas o totales son siempre en la construcción teórica de naturaleza formal, mientras que en las parciales son equiparables a las materiales, ya que en estas se verifica la transgresión al principio de igualdad de los gobernados.

3.- Omisión que afecta a los derechos fundamentales y las que no lo hacen. Esta es una división muy relevante en la doctrina, toda vez que la trascendencia de las primeras es, necesariamente, mayor por el contenido específico que los derechos fundamentales tienen dentro de la Constitución.

En este sentido, una Constitución, como ya lo hemos mencionado, no es un mero catálogo de obligaciones correlativas de derechos o facultades, sino que constituye la base de fundamentación de la organización política llamada Estado, la cual, para la debida conducción de sus fines, incorpora derechos fundamentales a sus gobernados, basándose en la ideología del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde además, estos se muestran como la base fundamental para la democracia.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> En este punto, la profesora Tania Groppi, de la Universidad de Siena, Italia, me expresaba, en comunicación vía correo electrónico, la importancia que reviste el pensamiento de Peter Habermas sobre los derechos fundamentales, pues señala que: *estos tienen un ligamen más o menos estrecho con la democracia, inclusive la libertad a la propiedad ya que la libertad económica es el presupuesto de la libertad política*; para lo cual, remito al lector a esta fuente: Habermas, P.: *Recientes...*cit., p. 50.

La gravedad, en este tipo de omisiones, es manifiesta con los llamados derechos de segunda a quinta generación que requieren, como condición indispensable para su eficacia, la actuación del legislador; situación que en México aún es materia rica para regular.

Asimismo, desde mi punto de vista, existen otros factores no contemplados dentro de esta tipología básica y que también influyen en las omisiones; uno de ellos es el aspecto político, que al menos, en nuestro país, determina la no actuación por parte del legislador para regular determinados supuestos y, el otro, la carencia de recursos presupuestarios, que impiden la creación de una norma por encontrarse fuera de los recursos tecnológicos con los que cuenta una región o, inclusive, el propio país.

#### **b) El objeto de control en las omisiones legislativas**

El pueblo, en ejercicio de su soberanía, crea por sí o, regularmente, por medio de representantes, una Constitución, un conjunto de normas fundamentales y supremas donde no solo sienta las bases de la relación entre el Estado y los individuos, sino que instituye al propio poder político, lo organiza y distribuye entre diversos órganos, a los cuales dota de facultades e impone límites.

Sin embargo, debido al carácter transitorio e instituyente del poder constituyente, la Constitución, únicamente incluye disposiciones normativas que requerirán de un desarrollo posterior por parte de los órganos constituidos, y en el tema que nos ocupa, será principalmente del Poder Legislativo.

En este sentido, es posible identificar, de manera objetiva, en qué ocasiones el legislador tiene el deber de legislar, atendiendo a las características de las normas,

de cuyo dictado se desprenderá si ordenan u autorizan su desarrollo normativo. Luego entonces, el examen de una omisión legislativa que necesariamente deberá ser controlada por la inconstitucionalidad que reviste, desde mi punto de vista, no solo puede recaer en la falta de desarrollo por parte del órgano legislativo durante un tiempo determinado, sino más bien, para el caso de que el Poder Legislativo, con su silencio u omisión, altere el contenido normativo de la Constitución, repercutiendo, desde luego, en la eficacia que guarda esta en una sociedad determinada.

Una omisión legislativa, por sí misma, no puede quebrantar el orden Constitucional, salvo que produzca efectos contrarios a la Carta Magna, de donde se deduce que el objeto de control en las omisiones, en palabras de Carlos Báez: *no es la conducta del órgano, no se verifica la corrección de su acción u omisión, sino las consecuencias que de éstas se derivan*.<sup>15</sup>

En efecto, el control constitucional de las omisiones legislativas tendrá por objeto, no la actividad o inactividad del legislador, sino las consecuencias que con ello produce en la realidad social, donde, en concordancia con la libertad, es necesario mantener limitado al mismo, sobre todo, en su función legislativa, ya que, como recordaremos, dicho órgano es de naturaleza esencialmente política y, por ende, su actuación será orientada normalmente por criterios partidistas.

En este orden de ideas, el legislador federal o local, dentro de sus facultades, goza de absoluta libertad para crear leyes, pero tal facultad no lo excluye de la obligación de ajustar su actuación a la regularidad constitucional, y cuando llega a expedir una norma contraria al texto

constitucional que afecta a todo el orden jurídico del Estado, debe repararse el daño causado, en virtud de que la ley es la primera de las fuentes del Derecho y, en consecuencia, la ley secundaria debe ser congruente con la Constitución, que representa la concretización de la supremacía misma del Estado.

Sin embargo, una situación preocupante, en este aspecto, es que el tema de las omisiones legislativas linda entre el Derecho y la política y más concretamente, entre el control jurídico y el control político del poder; en consecuencia, ¿cómo verificar dicho control en sentido estrictamente jurídico, dejando a un lado el aspecto político?

#### IV. Formas de control

##### a) *En el Derecho Comparado*

Este es un punto crucial, toda vez que la dificultad radica en encontrar la manera más eficiente de controlar y, en su caso, subsanar las consecuencias provocadas por una omisión legislativa también conocida como *silencios del legislador*. A este fin, son dos las corrientes principalmente observadas por la doctrina y la jurisprudencia en el Derecho Comparado: obligacionismo y jurisdicción constitucional.

La primera de ellas concibe a la inconstitucionalidad por omisión, como un mecanismo que ha de servir de control de la actividad misma del legislador, cuyo propósito es evitar que, con su pasividad, se quiebre la normatividad superior de la Constitución desoyendo sus mandatos para legislar; la segunda, sostiene que los mecanismos tradicionales del control constitucional también sirven para controlar la omisión del legislador enjuiciando la ley y no su conducta, en virtud de que se trata de controlar normas legislativas contrarias al texto

<sup>15</sup> Báez Silva, C.: "La supremacía..."cit.

supremo y, a diferencia de la anterior corriente, cualquier otro mecanismo de control alteraría, sustancialmente, las respectivas posiciones del legislador, dentro del esquema de división de poderes. Veamos los rasgos generales de ambos mecanismos:

### **Jurisdicción constitucional**

La jurisdicción constitucional es una de las formas de control de las omisiones legislativas, que encomienda dicho control al Poder Judicial de un Estado, el cual atendiendo al sistema en que es adoptado, puede recaer en un tribunal, corte o sala constitucional, ejerciendo sus facultades de control sobre normas o actos con fuerza de ley, que sean conculcatorios de la supremacía de la Constitución, con independencia de la conducta del legislador. No enjuicia al legislador sino a la ley, ya que no controla la actividad del legislador o su inactividad, sino las consecuencias que dicha actividad o inactividad traen consigo en el aseguramiento de la supremacía de la Constitución, mas no el control del órgano legislativo mismo.

En este sentido, si de la actividad u omisión, en tratándose de un silencio del legislador (omisión absoluta), o de un silencio de la ley (omisión relativa), se desprende una norma que regula cierta situación jurídica, no hay inconveniente en que la jurisdicción constitucional pueda examinar la constitucionalidad de esa norma emanada de la inactividad del legislador, toda vez que es una de las funciones contempladas para el Poder Judicial de la Federación dentro de un sistema de división de poderes como el nuestro.

Como es claro, el punto de partida para esta teoría es la supremacía de la Constitución, y el indispensable control jurídico sobre la constitucionalidad de los actos

de los poderes públicos como mecanismo irrenunciable para hacer valer aquella supremacía. Dicho control se extiende a las consecuencias jurídicas de la omisión legislativa para comprobar si se crean situaciones jurídicas contrarias a la Constitución, declarando la inconstitucionalidad de las mismas, desde luego, con las consecuencias jurídicas que ello traería consigo.

Sin embargo, a pesar de la pertinencia de este mecanismo, existe cierta resistencia a admitir como posible este tipo de control sobre el silencio u omisión legislativa, derivada del objeto de control y de la posición constitucional que se le atribuye al legislador, porque ¿cómo va a contrariar la Constitución un legislador que se limita consciente o inconscientemente a guardar silencio?;<sup>16</sup> y más aún, ¿cómo es posible que el legislador viole la supremacía de la Constitución cuando, al tomar posesión de su cargo protesta hacerla valer ante sus actos?

### **Obligacionismo**

Para el obligacionismo, la omisión legislativa solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y este no lo hace o, como claramente lo expone José Fernández, al decir que es: *la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impida su eficaz obligación.*<sup>17</sup>

Dentro de la definición proporcionada, destaca la idea de una *falta de desarrollo*, la cual se concibe en

<sup>16</sup> Es importante que el lector revise la postura adoptada por Villaverde Menéndez, I.: "La inconstitucionalidad..." cit.

<sup>17</sup> Fernández Rodríguez, J. J.: "La inconstitucionalidad..." cit., p.16 y ss.

sentido amplio y comprende no solo la ausencia total de una norma, sino también la presencia de una omisión parcial; en ambos supuestos, estamos en presencia de un no actuar, que si bien es cierto, en muchas ocasiones representa una decisión de carácter político, también lo es que trae consigo consecuencias jurídicas: la inconstitucionalidad (en nuestro tema, por omisión).

Por lo que toca a dicha inactividad, de acuerdo con esta teoría, debe sujetarse a un período excesivamente prolongado, que puede entenderse como un tiempo donde no se justifica que el legislador no legisle, un tiempo que carece de concreción y que, por lo mismo, necesitará de la intervención del órgano de control, para determinar (de acuerdo con su criterio), si ha transcurrido o no ese tiempo, teniendo presentes las diversas circunstancias que existan y que se produzcan en cada caso; o como lo señala Morón Urbina: *la inconstitucionalidad no se produce a partir del día inmediato posterior a la vigencia constitucional, sino solo a partir del transcurso del tiempo que hace incurrir al legislador en una inacción reprochable*.<sup>18</sup>

En cuanto a que la inactividad provocada durante ese tiempo excesivamente largo debe sujetarse, únicamente, a preceptos de obligatorio y concreto desarrollo, se sostiene que no todas las normas constitucionales poseen el mismo valor jurídico, en virtud de que unas normas, dada su formulación, se presentan como encargos o exigencias constitucionales al legislador para su ulterior desarrollo, mismas que se conocen como de eficacia limitada, en atención a que requieren una actividad posterior para completar la eficacia a que está destinada toda norma.

Con base en lo anterior, para esta teoría no solo las características de la existencia de una norma de obligatorio y concreto desarrollo, la falta de ese desarrollo en un tiempo excesivo y la ineficacia de la norma constitucional por la falta de desarrollo, son las que definen a la corriente obligacionista, ya que para quien la sostiene, todo silencio legislativo respecto de un precepto constitucional que contenga una ley imperativa es, por definición, inconstitucional, con independencia de que resulte o no de ese silencio, una situación jurídica contraria a la Constitución, o que dicha situación pueda ser subsanada por los jueces y tribunales por medio de herramientas técnicas de integración de las omisiones legislativas, a diferencia de la jurisdicción constitucional, como hemos visto.

#### **b) En el Derecho nacional**

La inconstitucionalidad por omisión, dentro de la estructura jurídica del Estado mexicano, sin lugar a dudas, es un tema novedoso, cuyo tratamiento ha despertado un gran interés dentro del ámbito de estudio de la justicia constitucional, no solo por razones teóricas de una mejor defensa de la Constitución y de optimización de sus mandatos, sino también por razones de carácter político y ello para controlar la actividad que a manera de costumbre, han dejado los así llamados gobiernos divididos, donde los intereses partidistas han generado la falta de legislación sobre muchos supuestos, en los que la intervención legislativa viene exigida por las necesidades sociales del Estado actual.

En este orden de ideas, resulta indispensable la creación de mecanismos procesales que controlen el adecuado desenvolvimiento de la actividad legislativa, y se constituyan en instrumentos de protección a la eficacia

<sup>18</sup> Morón Urbina, J. C.: "La omisión..."cit., p. 62.

constitucional; o para que, al decir de Luigi Ferrajoli: *Las leyes del más débil que son los derechos fundamentales, no puedan ser vulneradas por la complicidad y el silencio de quienes tienen la responsabilidad de crear el marco jurídico necesario para su protección.*<sup>19</sup>

Así, dentro de la legislación local mexicana, existen precedentes de control donde el esfuerzo por adecuar la actuación legislativa al entorno social, cobra especial relevancia; tal es el caso del Estado de Veracruz, que al decir de muchos tratadistas, posee la Constitución más contemporánea y moderna, que incorpora instituciones y elementos que únicamente se vislumbraban en el ámbito académico y que, por medio de las reformas del año 1999-2000, tocan suelo constitucional para incorporarse a su cuerpo normativo.

En su exposición de motivos, se hace hincapié en la importante función que desempeñaría el Poder Judicial dentro de las atribuciones propuestas para él mismo, al servir como garantía de la supremacía constitucional local, al proponer la creación de una sala constitucional adscrita al Tribunal Superior de Justicia del Estado, a la cual, en concordancia con el pleno, le sería atribuido el conocimiento de la acción por omisión legislativa.

Asimismo, establece como aspecto inherente de la figura en comento, la consideración de que la norma constitucional puede ser transgredida no solo por acciones del poder público, sino también por su omisión o inactividad; aquí ya no se trata de controlar un comportamiento activo vulnerador de normas, sino, por el contrario, se trata de sancionar la pasividad del poder público cuando deja de generar actos (ya sea legislativos o ejecutivos), que sean necesarios para

tornar aplicativas las normas constitucionales y, por ende, reforzar su eficacia.

El punto de partida para la creación de la acción de inconstitucionalidad por omisión, es el razonamiento de que el constituyente, al momento de concluir su creación, crea, con la misma, un conjunto de instituciones dotadas de atribuciones y competencia, dentro de las cuales ha de desarrollarse la función estatal; sin embargo, debido al carácter de su fundamentalidad, la misma no puede detallar los postulados que consagra, requiriendo, en lo subsecuente, de la intervención del órgano legislativo, dando origen, con ello, a las llamadas normas de eficacia indirecta, las cuales ya hemos estudiado en su momento. De este modo, la responsabilidad de hacer efectivos los mandatos constitucionales, compete exclusivamente, al cuerpo legislativo.

Ahora bien, ¿de qué manera se establece el ejercicio de la acción?

La Constitución de Veracruz otorga el ejercicio del control constitucional al órgano encargado de la función judicial dentro del Estado, que es el Tribunal Superior de Justicia, que se erige como guardián del sistema jurídico a través de dos órganos internos: el pleno y la sala constitucional. Recordemos que en el capítulo IV de la Constitución, que se refiere al Poder Judicial, en la Sección Primera, que habla del control constitucional, específicamente en el artículo 64 parte inicial, se establece que, para el cumplimiento de las atribuciones contenidas en las fracciones I y II del artículo 56 (que específicamente se refieren a garantizar la supremacía y control de la Constitución mediante su interpretación y anular las leyes o decretos contrarios a ella protegiendo los derechos humanos mediante el juicio de protección correspondiente), el Tribunal Superior de

<sup>19</sup> Ferrajoli, L. et al.: *Los fundamentos...*cit., p.51.



Justicia contará con una sala constitucional integrada por tres magistrados, dentro de cuyas atribuciones encontramos una competencia reducida en materia de control de la constitucionalidad, toda vez que en tratándose de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa, no resuelve, sino que únicamente limita su actuación a la etapa de instrucción y a formular el proyecto respectivo que, en definitiva, se somete a la consideración del Pleno del Tribunal.

Así, el control de la constitucionalidad local queda dividido entre el Pleno del Tribunal Superior y la Sala Constitucional, dependiendo del tipo de procedimiento constitucional de que se trate. Tal situación, desde un particular punto de vista, resulta incorrecta, en razón de que, al existir una sala especializada en procesos constitucionales, la competencia del pleno debería ser, únicamente, en tratándose de aquellos procedimientos donde no se reclame la constitucionalidad de un acto.

Ahora bien, una vez declarada la omisión legislativa como tal, su resolución surtirá efectos a partir de su publicación en la gaceta oficial del Estado, determinándose, en dicha resolución, un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que este expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si una vez transcurrido el plazo no se acata la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a las que deberán sujetarse las autoridades en tanto no se expida la ley o decreto correspondiente.

Como es de observarse, en el Estado de Veracruz, el ejercicio del control constitucional se confiere al órgano encargado de la función judicial, estableciendo, por lo tanto, una jurisdicción constitucional dentro de la

cual no puede catalogarse como tribunal constitucional al órgano que la lleva a cabo, sino únicamente, judicializando el control constitucional y reconociendo al órgano vértice de la estructura judicial, como el supremo intérprete de la Constitución en el orden interno, sin pasar por alto el hecho de que la propia Constitución, en el artículo 33, fracción II, confiere al Congreso del Estado la facultad de dar la interpretación de las leyes; situación que a todas luces resulta contradictoria y, por ende, hace imperfecto el instrumento de control adoptado, a pesar de ser el pionero dentro de nuestra estructura constitucional.

Otro de los precedentes nacionales, lo encontramos en el Estado de Tlaxcala, donde con el objetivo de que la Constitución no sea violentada mediante actos negativos o por pasividad de los órganos con facultad normativa, se ha incorporado el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión, misma que se encuentra prevista en el artículo 81 fracción VI, cuando estatuye que el Tribunal Superior de Justicia podrá conocer: *de las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador, Ayuntamientos o Consejos Municipales por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general a que estén obligadas en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes.*

Se encuentran legitimados para impetrar esta acción las autoridades estatales y municipales, así como las personas residentes en el Estado o *acción popular de inconstitucionalidad*, aunque restringida en Tlaxcala a inconstitucionalidades por omisión, únicamente.

La consecuencia de la verificación de la omisión legislativa, es constreñir al órgano legislativo omiso a legislar. El párrafo tercero de la misma fracción

VI señala que se concederán tres meses al órgano responsable para expedir la norma jurídica solicitada, cuyo incumplimiento será motivo de responsabilidad; el contenido de la resolución definitiva que se pronuncie para dilucidar la constitucionalidad planteada, deberá especificar, entre otras cosas, los alcances y efectos de la sentencia, así como las autoridades que deban cumplirla.

Cuando se determine la inconstitucionalidad de una norma, los efectos de esta declaratoria se harán extensivos a las demás normas que dependan de la invalidada, aunque aquellas no se hayan impugnado, en virtud de que no es concebible la subsistencia de un conjunto de normas cuya validez pretende fundarse en una norma con vicios o declarada inexistente. La sentencia también deberá fijar el término o plazo para su debido cumplimiento y que no podrá tener efectos retroactivos, con excepción de aquellas que tengan por objeto la materia penal.

Un aspecto muy relevante es el hecho de que las resoluciones del tribunal tienen verdadera fuerza vinculante, en razón de que en el artículo 81, fracción V, inciso h), señala de manera tajante: *las resoluciones del pleno deberán ser obedecidas; de no hacerlo, la autoridad omisa será destituida por el mismo pleno.*

Ahora bien, si ha transcurrido el plazo fijado en la sentencia para el cumplimiento de alguna actuación sin que esta se hubiere producido, el presidente del tribunal a petición de parte o de oficio, requerirá a la autoridad omisa para que de inmediato informe sobre su cumplimiento. Si dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de dicho requerimiento, la ejecutoria no estuviere cumplida, cuando la naturaleza del acto lo permita, no se encontrase en vía de ejecución o tratarse

de eludir su cumplimiento, el presidente del tribunal formulará el proyecto de resolución por virtud del cual se destituya a la autoridad omisa y, una vez aprobado por el pleno, se informará al Procurador General de Justicia del Estado, para que proceda a ejercitar acción penal en su contra por la negativa de acatar el fallo.

Cuando una autoridad aplique una norma o acto declarado inválido, cualquier interesado podrá denunciar el hecho ante el presidente del tribunal, quien dará vista a la autoridad señalada como responsable, para que en un plazo de cinco días deje sin efecto el acto que se le reclame o para que alegue lo que conforme a derecho corresponda. Si la autoridad no deja sin efecto los actos de que se trate, el presidente del tribunal turnará el asunto al magistrado instructor para que someta al pleno del tribunal la resolución respectiva; si el pleno declara que hay una repetición o aplicación indebida de una norma o acto declarado inválido, mandará que se dé vista al Procurador General de Justicia del Estado para que ejercite la acción penal correspondiente por el delito de abuso de autoridad; ello sin menoscabo de que el presidente del tribunal haga cumplir la ejecutoria de que se trate, dictando las providencias que estime necesarias.

Finalmente, para dejar bien clara la autoridad del tribunal, se establece que no podrá archiversse ningún expediente sin que quede cumplida la sentencia o se hubiere extinguido la materia de la ejecución; situación que nos pone un buen ejemplo de impartición de justicia.

En el Estado de Coahuila, llama la atención la forma en que se retoma la idea de supremacía constitucional, pues ésta se introduce de manera expresa referida al propio ámbito estatal y se consagra en el artículo 194 de la constitución local cuando dispone: *El estado no*

*reconoce más ley fundamental para su gobierno interior, que la presente Constitución y ningún poder ni autoridad, puede dispensar su observancia.* Por ello, confiere la autorización a jueces y magistrados para que, en ejercicio de sus facultades de control, desapliquen las normas que estimen inconstitucionales a los casos concretos; así lo dispone el artículo 158 de su propia Constitución, al indicar que cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la constitución de Coahuila, con base en lo establecido por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá declarar, de oficio, su inaplicabilidad para el caso concreto.

Por ello se dice que este Estado aplica un sistema difuso de control constitucional, a la fecha debatido por la doctrina y la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta situación se encuentra prevista en el artículo 64 y 65 de ese cuerpo supremo de leyes: *Artículo 64. El control difuso de la constitucionalidad local en el ejercicio de su jurisdicción ordinaria, los jueces del Poder Judicial del Estado, cualquiera que sea su denominación, están obligados a cumplir y hacer cumplir la Constitución local frente a cualquier norma o acto que la contravenga. En todo caso, se ajustarán a la Constitución local inaplicando para el caso concreto la norma o acto que estimen contrario a la supremacía constitucional local. Los jueces podrán interpretar la norma o el acto conforme a la Constitución y la ley, para evitar su inaplicación.*

Artículo 65. Todo juez podrá declarar de oficio o a petición de parte, la desaplicación de una norma o acto que estime contrario a la Constitución local. En su resolución, deberán expresar con claridad la norma o acto cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se considere infringido y la medida

en que la decisión de la causa dependa de la aplicación de dicha norma o acto, con las justificaciones precisas a este respecto.

En este sentido, como forma de control previo, llama mi atención el hecho de que el Congreso del Estado pueda suspender la continuación del procedimiento legislativo en espera de la opinión del tribunal, si así lo determinan la mayoría de sus miembros, en cuyo caso darán a conocer, desde luego, sus puntos de vista. La opinión que en este caso emita el Tribunal Superior de Justicia del Estado, deberá producirse en breve término, concretando la inconstitucionalidad del texto impugnado, si adoleciese de este vicio, y será vinculante para el poder legislativo, que no podrá proseguir el procedimiento sin suprimir o modificar los preceptos que se estimen contrarios a la Constitución del Estado.

Cuando el Poder Legislativo, por mayoría absoluta de votos, decida no suspender el procedimiento legislativo, lo hará saber al Poder Ejecutivo y al Tribunal Superior de Justicia del Estado, que declarará sin materia la solicitud de opinión.

En esta última hipótesis, lo mismo que en la que haya sido aprobado texto original del proyecto por las dos terceras partes de los votos de los legisladores, podrá interponerse acción de inconstitucionalidad, tras la entrada en vigor del texto de la ley impugnada en la vía previa. En todo caso, los jueces, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto, podrán realizar la interpretación conforme a la Constitución y la ley para salvar su posible invalidez.

Ahora bien, precisando lo concerniente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, cuando el Pleno del Tribunal Superior de Justicia verifique la existencia de la misma, lo comunicará al órgano competente

para que, en un plazo razonable, dicte las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, pero en todo caso, expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo.

Esta situación es del todo importante, ya que es clara muestra del sistema de colaboración que debe predominar entre los poderes (en este caso estatales), toda vez que la resolución del tribunal no solo se limita a declarar la existencia de la omisión, sino que sienta las bases para que el legislativo local la subsane y armonice, con ello, el orden legal y constitucional existente.

Otro de los sistemas de control para una omisión legislativa, lo encontramos en el estado de Chiapas, donde se introduce, dentro de su sistema de justicia constitucional, el control de las omisiones legislativas, en virtud de que, fuera de su capacidad para solicitar al legislador la expedición de normas para hacer efectivos los mandatos constitucionales, se emite un verdadero mandato con fuerza obligatoria por parte de la máxima autoridad judicial, lo que hace posible un mayor control y contrapeso en la actividad legislativa, fundamento de la división de poderes.

Así pues, dentro del artículo 56, fracción III Constitucional, se regula la acción de inconstitucionalidad por omisión al estilo de la incorporada en Veracruz, con la sola diferencia de una palabra y confirmando, con ello, una facultad más al pleno para conocer de estas acciones. El hecho de introducirla dentro de su constitucionalismo local, atendió a la razón de que el poder público, incluido en él el legislativo, no pertenece a una institución o a una persona determinada, sino a la comunidad conformada por la población en general, y al provenir del poder constituyente, solo puede ejercerse

conforme a los mandatos de este y los plasmados en la propia Constitución; de manera que se puede decir que el objetivo primordial de la acción de inconstitucionalidad por omisión, es la de garantizar que el Poder Legislativo, como ente público del Estado, cumpla con su deber de dotar a la comunidad de la cual emana, de las leyes que permitan la armónica convivencia de sus miembros, al mismo tiempo de evitar que el legislador ejerza su poder en trasgresión al sistema constitucional o de los derechos fundamentales de los habitantes. De este modo, surge la necesidad no solo de controlar la constitucionalidad de sus actos, sino también de garantizar que la comunidad no sufra algún perjuicio por parte del legislador, al actuar este al margen del mandato constitucional.

El procedimiento establecido para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, comienza cuando el congreso local no resuelva alguna iniciativa y que, con dicha omisión, se afecte el debido cumplimiento de la Constitución. Los plazos que se establecen para tales efectos, hablan de que si el Congreso no resuelve dentro de los treinta días siguientes a la presentación de una iniciativa, se podrá ejercitar la acción a partir del día siguiente al vencimiento de dicho plazo y se contará con treinta días naturales para el ejercicio de la misma.

Tienen el carácter de parte en las acciones por omisión legislativa: como actor, el gobernador del Estado; cuando menos, la tercera parte de los miembros del Congreso o, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos; como demandado, el Congreso del Estado o alguna de las comisiones de este; como tercero interesado, el gobernador del Estado, cuando menos, la tercera parte de miembros del congreso o el procurador General de Justicia del Estado.

El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos. En todo caso, se presumirá que quien comparezca a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario. Iniciado el procedimiento, si a juicio del magistrado instructor la importancia y trascendencia del asunto lo amerita, correrá traslado al Procurador General de Justicia del Estado, por cinco días, y con vista en su pedimento si lo hiciere, admitirá o desechará la demanda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Una vez hecho lo anterior, dicho magistrado instructor dará vista a la mesa directiva del Congreso, para que, dentro del plazo de quince días, rinda un informe que contenga las razones y fundamentos por los cuales se omitió iniciar el trámite legislativo respecto de la iniciativa de ley o decreto; en los periodos de receso del Congreso, dicho informe será rendido por la mesa directiva de la comisión permanente. En caso de que la iniciativa o decreto hubiese sido turnada a la comisión o comisiones correspondientes relacionadas con la iniciativa, se dará vista a estas para que rindan, en el mismo plazo y por separado, su informe.

Después de presentados los informes o habiendo transcurrido el plazo para ello, el magistrado instructor pondrá los autos a la vista de las partes a fin de que dentro del plazo de cinco días, formulen alegatos. Hasta antes de dictarse sentencia, el magistrado instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto. Agotado el procedimiento, el magistrado instructor propondrá, a la

sala superior, el proyecto de sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado.

Por lo respecta a la sentencia, la resolución que emita la Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia, donde se decreta la existencia de la omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, para que este resuelva sobre la iniciativa de ley o decreto de que se trate, pero en ningún momento se habla de sanciones para el caso del incumplimiento por parte del legislativo; situación que continua preocupándonos en atención a que no puede hablarse de una verdadera eficacia, al carecerse de medios que la hagan obligatoria.

Como síntesis a la revisión que hemos hecho a los cuatro principales ordenamientos jurídicos locales sobre la materia motivo de nuestro trabajo, es posible sostener que el año 2000 es un año importante en nuestro país, no solamente por la trascendencia del cambio democrático, sino porque en él se determina la pauta para forjar una nueva tendencia dentro de la justicia constitucional, en razón de otorgar una mayor importancia a su aspecto procesal con la introducción de diversos instrumentos de tutela y de jurisdicciones especializadas que, seguramente, abrirán paso al nuevo constitucionalismo del siglo XXI.

## **V. Propuesta de control de la omisión legislativa a nivel Federal**

La esencia de la Constitución, dentro de todo Estado democrático, consiste en regular, de manera efectiva, los supuestos hipotéticos contenidos en su texto, lo cual trae consigo dos presupuestos básicos: la elaboración



adecuada de leyes reglamentarias y la existencia de mecanismos de defensa constitucional realmente aplicables.

Para tal efecto, en nuestro país es indispensable la creación de una acción por omisión legislativa, que complemente el sistema de justicia constitucional a la fecha existente, y que tome en cuenta en su regulación los siguientes lineamientos:

1.- Al incorporarse como medio de defensa a la supremacía constitucional, su regulación debe provenir de un expreso mandato constitucional y debe incorporarse junto con los otros instrumentos de justicia constitucional, es decir, al lado del juicio de amparo, de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

2.- En cuanto al órgano de justicia constitucional, cabe hacer una precisión en razón de que, en los modelos de control concentrados, la competencia se atribuye a las cortes o tribunales constitucionales, mientras que en los modelos difusos, la competencia se atribuye a las salas o cortes supremas; razón por la que, en nuestro país, al ser un sistema mixto, la competencia debe atribuirse a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en pleno, sin menoscabo de que pueda verificarse la necesaria creación de una sala constitucional que se encargue de substanciar los conflictos derivados del ejercicio de cualquiera de los instrumentos de defensa constitucional en forma específica.

3.- La legitimidad procesal para el ejercicio de una acción por omisión legislativa, puede ser atribuible de dos formas: la primera, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como órgano de control constitucional a través de su intervención en el proceso de creación legislativa; y, la segunda, al gobernado afectado por alguna disposición

constitucional o legal que estime le cause un perjuicio derivado de una omisión del legislador, acción a la cual también podría llamarse acción por omisión legislativa concreta. En consecuencia, el tipo de control a verificarse sería, en primer lugar, preventivo, en tratándose del ejercido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del proceso de creación normativa; y, en segundo lugar, correctivo, cuando se trate de las acciones por omisión legislativa, como medio de armonización del sistema jurídico existente.

4. En continuidad de ideas, la estimación de una inconstitucionalidad por omisión legislativa debe integrar la falta de desarrollo legislativo en su texto, toda vez que la jurisprudencia es fuente del Derecho y, por tanto, no existe razón para pensar que la Suprema Corte de Justicia no pueda ejercer la función de suplir dichas omisiones y deficiencias del orden jurídico positivo, al fijar ante una omisión legislativa y en su labor de interpretación, la integración de un texto normativo, para lo cual, en tratándose del control preventivo, deberá remitir sus observaciones al órgano legislativo antes de que el proyecto de ley pase al ejecutivo para su promulgación.

Por lo que toca al control correctivo o reparador, en la sentencia dictada por nuestro máximo tribunal de la nación se conferirán los mismos efectos que en la actualidad tiene el juicio de amparo respecto del quejoso, pero además la ejecutoria dictada se remitiría al legislativo, a efecto de subsanar la omisión y armonizar, con ello, nuestro régimen jurídico existente.

Con base en lo anterior, estimo importante la habilitación, a nivel federal, de la vía procesal para que el gobernado afectado por una omisión legislativa, tenga acceso a la impartición de justicia en casos específicos,

pero además se salvaguarde su esfera jurídica en lo general, siendo posible la descalificación de la conducta omisiva y lesiva desplegada por el Poder Legislativo. En este sentido, la modificación para llevar a cabo dicha habilitación debe emanar, directamente, desde el propio texto fundamental, al reformarse diversos dispositivos, entre ellos el artículo 72, inciso a), del citado cuerpo supremo, para quedar en los siguientes términos:

*Art. 72...*

*a) Aprobado un proyecto en la cámara de su origen pasará para su discusión a la otra. Si esta lo aprobare, se remitirá a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de un plazo de diez días, para que remita sus observaciones sobre la constitucionalidad del proyecto. Tomadas en consideración las observaciones hechas en ambas cámaras, se remitirá el proyecto al ejecutivo quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.*

*También debe producirse la modificación al artículo 105 constitucional e incluir en su tercer apartado lo siguiente:*

*Art. 105. La Suprema Corte de Justicia conocerá en los términos que señale la ley reglamentaria de los asuntos siguientes:*

*I...*

*II....*

*III. De las acciones de inconstitucionalidad por omisión que se ejerciten por el gobernado afectado contra la conducta legislativa omisiva que violente sus garantías fundamentales, conforme al procedimiento establecido en la ley reglamentaria.*

*IV...*

De la misma manera, deben modificarse las demás leyes reglamentarias en este sentido, como lo

es el contenido de la ley reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al incorporar el ejercicio de la acción por omisión legislativa, ello para la adecuada armonización de nuestra estructura legal.

Cabe señalar que el poder público, incluido el legislativo, no pertenece a una institución o a una persona determinada, sino a la comunidad conformada por la población de hombres y mujeres que, en pleno ejercicio de sus derechos, depositan su confianza en las urnas mediante su voto; por tal motivo, es posible sostener que el objetivo primordial de la acción por omisión legislativa, es garantizar que el poder legislativo cumpla con su deber de dotar a la comunidad, de la cual emana, de normas eficaces que permitan la armónica convivencia de sus miembros. De ello surge la necesidad, no solo de controlar la constitucionalidad de sus actos, sino también de garantizar que la comunidad no sufra algún perjuicio por parte del legislador, al actuar este de manera irracional o atendiendo solamente a intereses partidistas.

Finalmente, dentro del proceso de conformación de esta acción de inconstitucionalidad por omisión a nivel federal, el papel que desempeñe la técnica legislativa será, sin duda alguna, indispensable y del todo importante, si queremos que en realidad funcione como auténtico freno jurídico impuesto a la actividad del legislativo sobre los intereses partidistas y, en consecuencia, meramente políticos.

En la actualidad, los estudiosos del Derecho Constitucional concuerdan en que no basta con la expedición de un texto que contenga tanto los principios o valores esenciales como las normas o reglas fundamentales para la organización de la comunidad

política, si ambos no están acompañados por una aplicación práctica de sus preceptos en los hechos o realidad.<sup>20</sup> Por tanto, es menester crear mecanismos de salvaguarda para garantizar la justicia, vigencia y eficacia de la Constitución y, además, para corregir o restablecer el ordenamiento constitucional cuando es desconocido o violentado, o bien, para cambiarlo y modificarlo cuando queda rezagado ante la realidad social.

Tal reto no se vislumbra fácil, porque a la fecha parece ser que el factor político es el único determinante de los destinos de nuestra nación; sin embargo, tengo plena confianza en que, dentro de las próximas legislaturas, ha de verificarse este paso que dentro del proceso de transformación de nuestras instituciones jurídicas debe darse, en beneficio de la construcción de un auténtico Estado constitucional, plural, democrático y diversificado para este siglo XXI en la República Mexicana.

## VI. Bibliografía

- Baltazar Robles, Germán: *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad en México*. Ángel editor, México, 2002.
- Barrio González, Boris: *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. jurídica Ancón, Panamá, 1999.
- Bartole, Sergio. *Lezioni di tecnica legislativa*. Pubblicazione dal Istituto Superiore per l' Addestramento del Personale delle Regioni e degli Enti Locali. Italia, Padova, 1988.
- Calamandrei, Piero: *El control de constitucionalidad bajo el ordenamiento derogado. Estudios sobre el proceso civil*. Tomo III, Ed. Ejea, Argentina, 1962.

<sup>20</sup> Véase al respecto, la interesante obra de Novoa Monreal, E.: *El derecho...* cit., p. 234.

- Capelletti, Mauro: *La justicia constitucional. Estudios de Derecho Comparado*. Trad. Luis Dorantes Tamayo, UNAM, México, 1987.
- Carbonell, Miguel (coord.). *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. UNAM, México, 2003.
- Castro Lozano, Juan de Dios. *La justicia constitucional y la interpretación de la Constitución en México*. UNAM, 2002.
- Celotto, Alfonso: *le sentenze additive di principio non autoaplicative: una tecnica decisoria ancora da perfezionare*. Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Italia, 1999.
- Cossío Díaz, José Ramón: *Constitución, tribunales y democracia*. Ed. Themis, México. 1998.
- Ferrer Mc Gregor, Eduardo (coord.): *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C., México, 2003.
- Fernández Rodríguez, José Julio: “La inconstitucionalidad por omisión”, en *En busca de las normas ausentes*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003.
- Fernandez Segado, Francisco: *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones jurídicas, Perú, 1994.
- Ferrajoli, Luigi et. al: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Ed. Trotta, España, 2001.
- Gomes Canotilho, José Joaquim: *Teoría de la constitución*. Trad. Carlos Lema Añón. Ed. Dykinson, España, 2003.
- Haberle, Peter: *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*. Pensamiento constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

- Heller, Herman: *La soberanía*. Trad. de Mario de la Cueva. UNAM, 1965.
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*. Ed. Porrúa, México, 2000.
- \_\_\_\_\_: *La giustizia costituzionale*. Ed. Giuffré, Milán, 1981.
- \_\_\_\_\_: *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. Trad. Rolando Tamayo, UNAM, México, 2001.
- Locke, John: *Ensayo sobre el gobierno civil*. 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998.
- Martínez Sánchez, Francisco: *El control interno de las constituciones de los estados de la República Mexicana. Perspectiva de un nuevo federalismo*. Ed. Porrúa, México, 1998.
- Morris, Richard: *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América*, México, Ed. Limusa, 1986.
- Mortati, Costantino: *Il senso e la finalità del riempimento della lacuna*, Italia, 1987.
- \_\_\_\_\_: *Apuntti per uno studio sui rimedi giurisdizionale contro comportamenti omissivi del legislatore*. Ed. Giuffré, Italia, 1972.
- Novoa Monreal, Eduardo: *El derecho como obstáculo al cambio social*. Ed. Siglo XXI, México, 1991.
- Pérez Royo, Javier: *Curso de derecho constitucional*. Ed. Marcial Pons, España, 1994.
- Pegoraro, Lucio: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Giappichelli Editore, Italia, 1998.
- Rubio Llorente, Francisco: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa” en *Libro homenaje a Manuel Fraga*, España. 1997.
- Schmitt, Carl: *Teoría de la constitución*. Ed. Alianza, España, 1982.

- \_\_\_\_\_: *Il custode della costituzione*. Ed. Giuffré, Milán, 1981.
- Villaverde Menéndez, Ignacio: *La inconstitucionalidad por omisión*. Ed. McGraw-Hill, España, 1997.

### Revistas

- Ahumada Ruiz, Ma. Ángeles: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, núm. 8, enero-abril de 1991.
- Aragón, Manuel: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control”. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 17, España, 1986.
- Báez Martínez, Roberto *et al.*: “El sistema político inglés (un análisis institucional)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, t. XLIX, enero-abril de 1999.
- Báez Silva, Carlos: “La supremacía constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- \_\_\_\_\_: “Algunos aspectos sobre el control del poder político en México”, en *Revista del Instituto de Estudios Legislativos de la Legislatura del Estado de México*, Toluca, año 2, núm. 4, julio-septiembre de 1999.
- Bazán, Víctor: “Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el Derecho argentino”, en *Revista Entre abogados*, Argentina, año IV, núm. 8 enero-abril de 1996.
- Bidart Campos, Germán José: “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario jurídico mexicano*, UNAM, México. 1979.

- Capelletti, Mauro: “La jurisdicción constitucional de la libertad”, citado por Humberto Nogueira en *Revista española de Derecho Constitucional*, España. 1986.
- Celotto, Alfonso: “La legge europea e il nuovo sistema delle fonti nel progetto di costituzione europea”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 110 mayo-agosto 2004, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
- \_\_\_\_\_: “L’inconstituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore”, *Giurisprudenza costituzionale*, Italia, año XLI, Fasc. 6, noviembre-diciembre de 1996.
- Cisneros Fariás, Germán: “Antinomias y lagunas constitucionales”, *Cuestiones constitucionales*, enero-junio, México, 2003.
- *Diccionario de la lengua española*. CD-ROM, año, 1999.
- Fernández Segado, Francisco: “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, Tribunal Constitucional - AEI, 2003.
- Gómes Canotilho, José Joaquim: “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente?”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 43, España, 1995.
- Huerta Ochoa, Carla: “Constitución y diseño institucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 99, septiembre-diciembre, México, 2000.
- Morón Urbina, Juan Carlos: “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Perú, 1999, núm. 1.

- \_\_\_\_\_: “La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad”, en *Revista jurídica de Perú*, año XXXIX, núms. III-IV, julio-diciembre de 1988.
- \_\_\_\_\_: “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 1. 1999.
- Pérez Tremps, Pablo: “La actualidad de la justicia constitucional. Especial referencia a América Latina”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, España, 2002.
- Rubio Llorente, Francisco: “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 35, España, 1992.
- Villaverde Menéndez, Ignacio: “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 8, España, 1996.

### **Legislación**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas.
- Constitución Políticas del Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza.



- Constitución de la República Federativa del Brasil.
- Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.
- Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional.
- Ley de Amparo.

### **Argumentos para el juicio de amparo en materia de justicia para adolescentes**

*Fernando Carreón Rodríguez\**

RESUMEN: A través de la disertación lógica de la argumentación, vamos a señalar los elementos torales que hacen del Juicio Constitucional un juicio de defensa ecuménica de los derechos humanos, tanto para la defensa de los menores como de todo gobernado en general, pero que parte del paradigma del Derecho Minoril como marco amplísimo de la referencia para el eficaz Estado de Derecho. Para ello, postulamos una tesis basada en las paradojas y las antinomias que tiene que ver con el principio lógico argumentativo de la contradicción, que se vale de la interpretación gramatical, semántica, y aun semiótica, de los textos legales y asertos de la autoridad judicial o administrativa, que redundan en falencias o contrasentidos que permiten necesariamente la posibilidad de dos o más interpretaciones sobre un mismo problema planteado, y la consecuente incertidumbre e inseguridad de nuestro sistema jurídico. En ese tenor, nuestras disquisiciones solo son reflexiones que invitan a repensar los planteamientos del Derecho y sus argumentaciones a partir de la lógica material

\* Jefe de Unidad Departamental en el área de Justicia para Adolescentes de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal.

y formal, la matemática y, sobre los aspectos teleológicos, deontológicos y epistémicos que suelen ser obviados en nuestra práctica forense cotidiana.

SUMARIO. Introducción: La construcción de los conceptos de violación. I. La Reforma Constitucional y el vacío legal. II. La Soberanía frente a los Derechos Humanos. III. Paradojas y antinomias: Política Criminal vs. Derechos Humanos. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

### **Introducción: La construcción de los conceptos de violación**

La argumentación jurídica como materia ha cobrado relevancia como objeto de estudio, pero no es un caso de la moda que ello ocurra así, ni es un problema de estética retórica, sino que posiblemente la postmodernidad llenó al Derecho de discurso fútil, vacío, inarticulado, ineficaz e impracticable, entre otras cosas porque los avances tecnológicos pusieron muy pronto nuevos problemas como la accesibilidad a la información a través de un nuevo lenguaje críptico e iconográfico y, con ello, la concentración conceptual de las diversas acepciones lingüísticas, sumado a que la globalización –fundamentalmente económica, pero también jurídica y social–, estableció reglas generales de convivencia que instaron a la adecuación de discursos jurídicos generales y normas universales contenidas en tratados, convenios, convenciones y protocolos internacionales asumidos por las legislaciones nacionales como normas de Derecho Positivo.

En ese marco, se ha abierto el espectro de derechos humanos y principios generales a los que se ha debido llenar de contenidos, esto es, de razones que por un

lado expliquen el sentido y fin de los mismos y, por otro, instrumenten y posibiliten su realización y eficacia útil y cotidiana. Tal apertura ha significado, a su vez, un entramado legal cada vez más vasto y a la vez más complejo, es decir, una cantidad de ordenamientos legales tan diversos y prolijos al que es necesario rejerarquizar, reordenar, glosar y desglosar, deconstruir y reconstruir en un afán de darle un orden sistemático. En esta tarea, se ha incurrido en errores propios de la elaboración discursiva y del diseño de sistemas, a saber: la rutilancia y reiteración de normas; y la paradoja y antinomias en las mismas, en desmedro de uno de los grandes fines del Derecho: la seguridad y certidumbre, esto es, la claridad sobre el derecho declarado, la posibilidad de su necesaria realización, el entendimiento sobre sus límites y alcances, la precisión de sus significados, la congruencia axiológica y deontológica de las diversas normas y, sobre todo, la determinación exacta de los sujetos detentadores de esos derechos así como las calidades y condiciones de los sujetos obligados a su cumplimiento sin obviar las estructuras y funciones de las autoridades que posibiliten las vías de su realización.

He aquí la relevancia de la argumentación jurídica, que situada en el esquema del juicio de juicios que es el Amparo, –no solo por ser un juicio constitucional, sino por ser el instrumento último de la defensa de los derechos humanos en el sistema forense nacional–, nos permite analizar lógica y metodológicamente las paradojas, las antinomias, los vacíos, las incompletudes, las inconexidades e incongruencias, las ausencias de razones y las inverosimilitudes explicativas ya de las normas, ya de los mandatos de autoridad que eventualmente conculcan la eficacia de los derechos

y hacen que el sistema jurídico se troque autárquico o anárquico y, por ende, falaz e inicuo. Estas son las razones que dan sentido al juicio de amparo en la lucha por el Derecho y la Justicia y que, lejos de constituir un metalenguaje de la utopía jurídica, se erigen como premisas y silogismos necesarios en la construcción de los conceptos de violación de los derechos fundamentales.

En cuanto a la materia que nos atañe, la justicia penal de menores, nombrada eufemísticamente *sistema de justicia para adolescentes*, encontramos un gran campo argumentativo para la defensa de los derechos humanos tanto de menores como de adultos, tal como lo afirman autores como Freeman y Liborio Hierro, al coincidir en que: *los derechos de los niños son la base y puerta de acceso para observar, analizar y validar la eficacia de los derechos de adultos*.<sup>1</sup> Para explicar este aserto, hemos de estructurar y desglosar cuál es el marco jurídico donde se sitúan los derechos de los adolescentes, advirtiendo las primeras limitaciones en una reforma constitucional y legal inacabada que, al margen del aforismo *vacío legal*, crean incertidumbre e inseguridad jurídica y dan pábulo a que jueces y magistrados se erijan en legisladores, en el mejor de los casos, a la manera del realismo jurídico,<sup>2</sup> más concreta y mayoritariamente a que se resuelvan casos con argumentos metajurídicos, para casos jurídicos no previstos en las normas. Enseguida, plantearemos el conflicto político y gnoseológico que representa la defensa de los derechos humanos a la luz de los tratados, convenciones y declaraciones suscritos por la soberanía nacional frente a las reticencias para adoptar esas

<sup>1</sup> Fanlo, I.: *Los derechos...cit.*, pp. 146-149 y 178-179, *passim*.

<sup>2</sup> Cfr. Las obras de Olivecrona, *Lenguaje Jurídico y Realidad*; y Dworkin, *Los Derechos en Serio*.

normas que, siendo Derecho Positivo vigente, pretenden ser reinterpretadas como lacerantes e intromisoras de la *voluntad soberana*.

Sentadas las bases argumentativas relativas al espectro jurídico-normativo de donde emergerán los *asideros cognitivos*<sup>3</sup> para nuestra interpretación y construcción discursiva, describiremos nueve paradojas estructurales que confrontan los derechos humanos con la política criminal y que parecen hacer inalcanzable la realización efectiva de los derechos para yacer como meras fuentes de la estimativa jurídica.<sup>4</sup> En ese tenor, la primera contradicción surge de considerar al adolescente como sujeto de derecho imputable y penalmente responsable y a la vez constreñirle a la representación necesaria para el otorgamiento de beneficios, condición que afecta la capacidad subjetiva y la potestad volitiva. En un pretendido orden de prelación lógica, que va de la condición subjetiva del justiciable a las condiciones instrumentales de la calidad procesal, analizaremos dos principios fundamentales cuya falta de justificación descriptiva permiten una crítica falsacionista que permite la negación del derecho en

<sup>3</sup> Les llamo asideros cognitivos a los conceptos y frases que nos permiten construir un discurso articulado y de un entendimiento más o menos común, que no universal, pues como lo señalamos en el presente ensayo, la axiomática conceptual tiene el sentido de la representación lingüística.

<sup>4</sup> Sobre el ideal de realización de los derechos, los derechos como expectativa vale la pena revisar los trabajos de don Luis Recasens en su *Filosofía del Derecho*, y su *Introducción al Estudio del Derecho*, que explican por qué aún la expectativa misma constituye un derecho. Quedar en la expectativa no significa negar la existencia del Derecho, sino que aquel no habrá de realizarse o materializarse necesariamente, verbi gratia, el derecho a la educación es una expectativa mientras el derechohabiente no se encuentre efectivamente estudiando, sus educadores sean personas preparadas en la tarea pedagógica y sus estudios formen parte de una curricula con reconocimiento y validez hacia otras autoridades y otras actividades.

su propia afirmación, tal es el caso de la presunción de inocencia frente a la prisión preventiva y el interés superior del adolescente frente a la ausencia de políticas públicas para materializarlo. Este primer grupo de argumentos pertenecen a las categorías inherentes a *las teorías del interés y la elección*<sup>5</sup> como habremos de exponer en el desarrollo de nuestra exposición.

Siguiendo nuestro orden, en un segundo bloque abordaremos las contradicciones que se dan en *los fines de la justicia para adolescentes* y que no son sino los fines generales del Derecho Penal en los Estados Democráticos de Derecho, como lo pretende ser el nuestro.<sup>6</sup> Las paradojas ahora se colman al afirmar un Derecho Penal de acto y el vertimiento de prejuicios sobre el entorno personal, familiar y social del autor, conllevando en ello una tradición punitiva irracional pero aritmética, adversa al principio de pena mínima racional pero social y que da justificación a la falacia de la reinserción o reintegración social frente a la imposición soberana del *ius puniendi*.

Por último, la trinidad paradójica referente a *las formalidades del procedimiento*, que también se nutren de la argumentación y que, a fin de cuentas,

<sup>5</sup> Cfr. Deciding for others y *Children's Rights and Children's Lives*, por sus títulos en inglés, visibles en: Buchanan et Brock Decidir por otros, Instituto de Investigaciones Filosóficas-FCE, México, 2009 ; y O'Neill, Onora, en Fanlo, Isabel, compiladora, *Los Derechos de los Niños*, op. cit. supra nota 1, cuyas obras describen los derechos subjetivos y la capacidad subjetiva y objetiva a la luz de esas teorías.

<sup>6</sup> Vastísimas son las fuentes bibliohemerográficas sobre el Estado Democrático de Derecho, tantas que sería prolija su mera enunciación. Lo que quisiéramos destacar al respecto es la pretensión de una condición semejante a la ideada por Rawls en el estado original y desde el velo de la ignorancia, donde es el propio Derecho el que crea las condiciones de equilibrio para dar equidad a las personas cuyas condiciones físicas, culturales o económicas se encuentran en una desventaja casi natural. Cfr. Rawls, J.: *La Teoría...*cit.

son correlato directo de los derechos humanos, son las siguientes: los procesos escritos frente a ejecuciones orales y juicios orales frente a procedimientos de la alzada por escrito, en una incongruencia que no es sólo formal, cuya inseguridad jurídica impide saber ante qué tipo de procedimiento se está y hace nugatorios los derechos de la adecuada defensa, de legalidad y de igualdad procesal entre otros. Y como de violaciones al debido proceso se trata, esta parte de la disertación y el debate argumentativo del amparo en la justicia minoril, desglosaremos breve, pero puntualmente, una de las más grandes aberraciones de la dogmática procesal penal, representada en el añejo debate del objeto de la litis, donde trataremos de dilucidar la diferencia entre litis cerrada y constricción litigiosa y de esta última asimilable al sistema inquisitorio, en oposición a la expansión jurídica como forma del respeto a los derechos fundamentales y asimilable, desde luego, al sistema acusatorio-adversarial. Como corolario ordinal y temático de nuestros argumentos de amparo y no epílogo, pues justamente cierra el círculo, es decir, lo cierra y bien lo podría abrir, ya que preña todo el discurso y se inserta como instrumento mismo del debate por ser la expresión y transmisión del mismo. Este  $\Lambda$  y  $\Omega$  es el factor epistémico de toda nuestra construcción defensora de los derechos humanos y no es otra cosa sino la Lengua misma, que exige claridad expresiva y plenitud cognitiva ya que de no lograrse, el justiciable no advertirá por qué recibe esa resolución, y no otra, llevándonos a dudar si acaso la ortodoxia jurídica debe preservarse aún sobre la buena lengua que será la que mejor se comprenda y que se asocia plenamente al derecho humano, fundamental y vital de la información y el conocimiento.

## I. La Reforma Constitucional y el vacío legal

Nos referiremos para los efectos de la presente exposición a las reformas que ordenaron la creación de un sistema de justicia para adolescentes, esto es, la creación de tribunales especializados para el juzgamiento de personas mayores de 12 y menores de 18 años, con la consecuente abrogación de los Consejos de Menores y el Sistema Tutelar; así como a la que ordenó la supresión del sistema inquisitivo o *mixto*, llamado así eufemísticamente y su substitución por el sistema acusatorio-adversarial, conocido popularmente como de *los juicios orales*.<sup>7</sup>

Sin pretender ahondar en la exposición de motivos, es menester aludir a dos causas: 1. El contexto de la globalización, que obliga a México a mostrarse como un país confiable en sus instituciones y poseedor de un Estado de Derecho eficaz; y, 2. La batahola de reformas que, principalmente en América Latina, han instrumentado en los juicios penales, anunciándolas y ponderándolas como la más justa forma de juzgamiento por su transparencia, brevedad y evidencia objetiva.

Vamos a la primera: La tradición internacional de México ha sido adherirse a todos los tratados y convenios que marcan un hito en la vanguardia jurídica. La seguridad jurídica brinda confiabilidad a la inversión y a la contratación, más aun cuando se protegen los derechos de menores, pues como afirman Neil Mac

<sup>7</sup> Las reformas se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005 y 18 de junio de 2008 y se refirió a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dándoseles una *vacatio legis* de seis meses para la creación del nuevo sistema de justicia para adolescentes, tres años para el establecimiento de un nuevo sistema de ejecución de sanciones, y ocho años para la instauración del sistema acusatorio-adversarial.

Cormick y Liborio Hierro, ha sido fundamental la aportación de los derechos de la infancia a los derechos de adultos; en una palabra, que si los derechos de menores son respetados íntegramente, presupone ello una íntegra consideración y salvaguarda de los derechos humanos en general, derechos que incluyen, desde luego, libertades y derechos patrimoniales.<sup>8</sup>

En cuanto a la segunda causa: se ha impuesto la necesidad de no quedar rezagados en el contexto internacional sobre la actualidad de modelos jurídicos, amén de las demandas de los organismos de la sociedad, y de los *ombudsman* para que las instituciones del Estado otorguen transparencia, prontitud y difusión a sus procesos, esto es, que las acusaciones estén robustecidas por un sólido entramado probatorio, que las defensas se desarrollen en un debate real de pruebas y argumentos y que los jueces juzguen y no prejuzguen sobre las causas de su conocimiento.<sup>9</sup>

Pero cavilemos un poco: ¿eran necesarias estas reformas?; ¿eran necesarias de esa forma?; ¿la judicialización abona a la solución de conflictos cuando se carece de políticas públicas y de infraestructura para una real reinserción social?; ¿realmente se acabó con el tutelarismo?; ¿se construyó en verdad un sistema de justicia para adolescentes?; ¿se modificó el sistema de principios protectores de derechos a raíz de la reforma?; ¿es legal y no cultural la reforma requerida para lograr transparencia, agilidad, congruencia y oportunidad probatoria?; ¿bastaba subrogar formalmente la ejecución de sentencias a una autoridad diversa de la que ejerce el cautiverio y que no enfrenta la cotidianeidad de los reos?;

<sup>8</sup> Fanlo, I.: *op. cit.*

<sup>9</sup> *Cfr.* Exposición de Motivos en Diario de los Debates 4 de noviembre 2003, 12 y 13 de diciembre 2007; y 6, 19, 21 y 26 de febrero de 2008.



¿bastaría trocar la nomenclatura de las instituciones jurídicas para que estas imbricasen su naturaleza o necesitamos instituciones ciertas en sus fines y robustecidas en la certidumbre de sus conceptos?

Como la retahíla de interrogantes podría ser en verdad prolija *ad infinitum*, solo quiero dejar estas como parámetros de reflexión, con los cuales podré explicar las motivaciones éticas y sociológicas de unas reformas que, en lo demás, parecen haber creado más incertidumbres que certezas, así como mayor oportunidad de laxas y divergentes interpretaciones.

Nuestros menores son lo más frágil de nuestra sociedad y sus derechos los que mayor protección requieren; por tanto, era necesario que se les dotase de un sistema que robusteciera sus capacidades, el ejercicio de sus derechos y que, a su vez, les permitiese encausar sus necesidades e inquietudes en armonía con la sociedad, sin discriminación ni estigmatización, llevándolos a la *experiencia de la legalidad*, dotándoles del principio de responsabilidad. Para ello, como en toda norma constitucional, era menester una serie de normas secundarias reglamentarias de la reforma y he aquí las ausencias: no hay legislación, ni autoridades especializadas en justicia penal para adolescentes en materia federal; por tanto, las entidades federativas han subrogado la competencia sin normatividad específica, sino con los criterios del Poder Judicial de la Federación, a través del Pleno o de los Tribunales Colegiados.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Véase la resolución del Poder Judicial Federal de 20 de marzo de 2008, donde *a priori* libró de responsabilidad a la Federación para crear las leyes y las instituciones especializadas. Asimismo, la tesis de jurisprudencia 25/2008, aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha doce de marzo de 2008, al resolver, por unanimidad de votos, la aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 44/2007-PS; y, tesis de jurisprudencia 113/2009, aprobada por la Primera Sala de este Alto

No existen procedimientos para tasar y especificar las cargas y obligaciones suficientes y necesarias para la ejecución de las medidas de tratamiento, ni las infraestructuras necesarias para el cumplimiento de sus fines. No se reglamentó una escala penológica para los delitos cometidos por menores, sujetándoseles a una escala laxa de mínimos y máximos, homologables casi caprichosamente por los jueces al momento de la individuación de la medida, ni se ha reglamentado el tipo de actividades suficientes y necesarias para llevar a un adolescente a su reinserción social.

Sobre el procedimiento, bastaría decir que seguimos esperando los juicios orales en la mayor parte de las entidades federativas y en la propia federación, y la congruencia procedimental para no perdernos en el choque mental que produce tener un juicio oral y un recurso escrito o un proceso escrito y una ejecución oral, teniendo en consideración que la naturaleza y los principios de uno y otro son ampliamente divergentes. Ciertamente, la *vacatio legis* nos da margen para el vacío y la incertidumbre, formalmente sí, pero la necesidad de juicios justos no debiera hacerse esperar a ser satisfecha.<sup>11</sup>

Tribunal, en sesión de fecha veintiocho de octubre de 2009, que remiten la competencia a los juzgados del fuero común especializados en justicia para adolescentes como régimen de transición constitucional. El problema es que llevamos más de tres años de transición.

<sup>11</sup> Sobre la *vacatio legis* cfr. cita 7 supra. En el Distrito Federal, la mixtura de procedimientos da una apariencia esquizoide. Más allá del formalismo de la oralidad o la escritura, la confrontación de un proceso en el que nada se oye y otro en el que se tiene una vitrina sonora, produce un impacto mental inaudito, ya que la oralidad trasluce los vicios de la escritura y, una vez acostumbrados a la transparencia, no se quiere volver a perder la luz.

## II. La Soberanía frente a los Derechos Humanos

Ante la disyuntiva, se preguntarán: ¿acaso no basta la universalidad de los derechos humanos para hacer impensable una transgresión de estos al Estado Soberano? Las tesis nacionalistas que pretenden la preservación de los órdenes jurídicos ante todo y, en oposición a todo tufo extranjero dentro del límite de las fronteras, van siendo derrotadas por dos argumentos lapidarios: la globalización y la propia naturaleza de la dignidad humana que no posee carta de naturalización. Las ideologías se van disolviendo ante la irrupción de las nuevas tecnologías de la información, que por un lado permiten conocer, en tiempo real, lo que ocurre en cualquier latitud del orbe y, por otra parte, por un lenguaje iconográfico que se hace asequible a la crítica de cualquier entendimiento, ocultando la descripción lingüística por el impacto emotivo de la imagen; y, merced a la comunicación mediática, la cultura de los derechos humanos ha permeado al acervo de necesidades sociales e individuales y al deseo y demanda de verlos realizados en sí mismos.

No obstante lo anterior, excluyendo, desde luego, la potestad de autodeterminación de los Estados Nacionales para establecer su forma de gobierno, su estructura geopolítica, sus instituciones públicas y la detentación de su patrimonio, incluido el usufructo de bienes estratégicos para sustentar y solventar su economía y finanzas, han existido ciertas reticencias para aceptar y adaptar el lenguaje y las normas de derechos humanos, con todo y su incorporación al texto constitucional por las reformas de junio de 2011<sup>12</sup>, y a pesar de que el texto del artículo 133 de la Carta Magna, ya obligaba al Estado Mexicano

<sup>12</sup> La reforma publicada el 6 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación, ordena cambios en la Ley de Amparo que pretenden hacerlo más asequible de lo técnico que se convirtió, luego de la trasfiguración a la fórmula Otero y a los principios de Vallarta, y la del 10 de junio de ese mismo

a validar y respetar las normas de Derecho Internacional que cumplieran con los protocolos para su obligatoriedad.

Justamente las reformas aludidas han hecho presumir a algunos *ombudsman*, académicos y doctrinarios, que ahora sí se podrá demandar fundadamente el ejercicio de estos derechos, pero sigue prevaleciendo la suspicacia de que la reforma constitucional no basta ante la convicción de que, mientras no existan leyes reglamentarias que así lo expliciten y falten vías instrumentales para su realización, se mantendrá latente el repudio xenofóbico a hacer propias las normas que nada tienen que ver con *nuestra idiosincrasia*.<sup>13</sup>

No es un descreimiento fortuito el que aquí expresamos, los ejemplos antinómicos los expresaremos a continuación, pero antes de abordarlos diremos que la praxis forense nos ha dado incontables muestras de ello como lo muestran las rutilantes afirmaciones *...queda acreditada la probable responsabilidad...*, o *...los argumentos emitidos por el quejoso son defensistas... (sic)*,<sup>14</sup> o más aun, *...se condena al*

año incorpora el reconocimiento de la expresión Derechos Humanos, para dejar atrás la idea del otorgamiento de garantías individuales, con los cuales se pretende llegar a tener un Estado Humanista Democrático de Derecho. Al menos discursivamente es halagador.

<sup>13</sup> El debate sobre la soberanía no se extingue, más aun cuando resulta inminente la autoridad de los organismos internacionales, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Eso escuece el alma de jueces y legisladores nacionales, pero valga la afirmación posiblemente romántica pero razonable en su naturaleza que se podría traducir en el apotegma: *Los derechos humanos son universales porque universal es la naturaleza del ser humano*.

<sup>14</sup> Las frases aquí entrecomilladas se encuentran de manera cotidiana como apotegmas de toda resolución judicial, por ello no se citan de alguna resolución en particular, amén de que el sistema de justicia minoril exige la secrecía. En el análisis lógico de las frases, solo queda por preguntarse: ¿cómo es que si queda acreditada, sea aún probable la responsabilidad cuando por acreditar debe entenderse demostrar? Y, ¿qué tipo de argumentos puede verter quien se defiende sino defensistas?; ¿será un problema lógico del lenguaje o de las formas jurídicas de la verdad como nos lo deja ver Foucault?

*adolescente a una medida de internamiento... sin que proceda concederle medidas alternas por provenir de una familia monoparental materna y pertenecer a un medio social criminógeno...* También han contribuido a nuestra incredulidad renacentista, afirmaría Lucien Febvre,<sup>15</sup> las imágenes solo alucinadas por el grotesco Rabelaisiano de menores criminalizados y retratados con sendas ametralladoras, otros destrozados por las balas perdidas de la *lucha contra la criminalidad* y la condena apriorística a través de los medios masivos de comunicación de los *¿probables responsables?*

Vale la pena revisar nuestro orden jurídico para asumir la soberanía de la razón para tomarnos los Derechos en serio, según la tesis de Dworkin y asumir una estructura equilibrada y armónica de pesos y contrapesos etiológicos y axiológicos de la integridad y la dignidad del ser humano, obviando la pugna bizantina que escuece el alma nacionalista de algunas ideologías. Lo derechos humanos se erigen desde este otero como un problema epistemológico metalegal.

### III. Paradojas y antinomias: Política Criminal vs. Derechos Humanos

Con estas consideraciones, entraremos ahora al problema de las falacias, que llevan a la autoridad a conculcar los derechos humanos y que, a su vez, permiten la construcción de los argumentos para razonar

<sup>15</sup> Febvre, L.: *El problema...*cit.. Cfr. En especial el capítulo II, del Libro II, sobre los Apoyos de la Irreligión, así como su conclusión sobre *Un siglo con Voluntad de Creer*, donde haciendo el análisis histórico y sociológico del siglo de Rabelais, parece describir las imágenes grotescas replicadas en el siglo XXI postmoderno, que hace que nuestras representaciones sean lo que los relatos y correlatos nos dicen y no lo que la verdad histórica representa, pero donde además el discurso escatológico, soez y ruin se hace necesario para dar vida a las descripciones.

sobre los conceptos de violación en el Juicio de Amparo. Desde su incorporación al discurso jurídico-político, los derechos humanos fueron asimilados a una suerte de protección de los criminales, lo que acendró, por un lado, su encono contra los citados derechos y, por otro, su descrédito y muerte en su propio nacimiento. Sumado a ello, en una actitud de escalada beligerante por parte de las procuradurías de justicia y los tribunales en materia penal auspiciada desde los poderes ejecutivos federal y estatales, consistente en justificar como misión fundamental y esencial del Estado el combate a la criminalidad, se ha generado el silogismo absurdo que antagoniza los conceptos: persecución de delitos y delincuentes, por oposición a la preservación de derechos de los criminales. Dicho silogismo podría traducirse así:

Es valiosa la lucha contra el crimen.

Es disvaliosa la comisión de crímenes.

Ergo, son disvaliosos los criminales.

Genera el discurso de socavación de la delincuencia una estridencia tal que el encono, contra toda apariencia delictiva, se manifiesta en un repudio apriorístico y lapidario de culpables de delitos así sancionados por sentencia ejecutoria, desde luego, pero también de probables responsables, por lo que el pánico pasmoso que produce la más nimia alusión de derechos de los criminales, es explicable si se traduce como el siguiente silogismo:

Los derechos humanos son iguales para todos.

Los criminales son humanos.

Los criminales tienen los mismos derechos que todos.

Este último silogismo hace aparecer que, efectivamente, el más execrable de los criminales, convicto y confeso, tendría todos y cada uno de los derechos en la misma proporción y calidad que el más impoluto de los seres

o la más lacerada víctima. Es evidente la falacia, pues aunque el más espantable delincuente tenga derechos, estos tienen que ser congruentes con la nueva situación jurídica e histórica en que el comisario del delito se quiso colocar a voluntad y que en su responsabilidad se expuso a verse limitado en el goce de ciertas libertades, tal como ocurre con aquel que, por una tarde báquica degustando la vid, dilapida su mesada y por ello se ve impedido de recibir opíparo almuerzo al día siguiente, debiendo conformarse con un mísero mendrugo de pan duro, mientras que otro que es administrado en su mesada y no se prodiga en festines, sino en abastecerse de lo necesario, mañana a mañana aunque modesto, siempre tendrá un nutrido almuerzo. Los dos sujetos tienen derecho de alimentarse, pero no en la misma proporción ni bajo las mismas condiciones. La anterior alegoría bien podría traducirse en el siguiente silogismo, que demuestra que los derechos humanos son pertenecientes a todo ser de la raza humana y no pueden ser arrebatados a nadie, y solo sufrirán la afectación material que las condiciones temporales, espaciales, económicas, estructurales y funcionales permitan. Con dicho silogismo pasamos al análisis de las paradojas del sistema.

Todo ser humano tiene derechos humanos.

El delincuente es humano.

Ergo, el delincuente tiene derechos humanos.

### **1ª Paradoja: sujeto de derecho vs. representación necesaria**

Siguiendo con la inercia silogística, todo adolescente es menor de edad, por tanto, está sujeto a la representación legal de quien ejerza respecto de él o ella, la patria potestad o la tutela, a menos, claro, que se haya emancipado. En

ese tenor, también podemos afirmar que todo menor está limitado, por lo que jurídicamente llamamos su capacidad y cuyo ejercicio requiere, justamente, la representación tutelar para hacer asequible el disfrute pleno de los derechos por los que el representante legal hubiese pugnado. Asimismo, resulta cierto que es un derecho de todo adolescente sujeto a proceso por la imputación de la comisión de una conducta delictiva, el contar con la asistencia y presencia de su padre, tutor o representante legal, pero esta representación legal, como todo derecho, constituye una expectativa de realización dentro de la estimativa jurídica, lo cual, a la luz de las teorías de la elección y del interés, representa la posibilidad de reclamarlo y/o realizarlo o no.<sup>16</sup>

Los jueces de adolescentes, pero sobre todo los jueces de amparo, a propósito del artículo 6° de la Ley de Amparo, invocan la representación legal judicial como requisito *sine qua non* de procedibilidad,<sup>17</sup> supliendo fársicamente la representación por un trabajador social *a la mano* o uno de los abogados patronos nombrados dentro del juicio constitucional, lo cual no resulta ser sino una comparsa, un discurso figural, que, sin embargo, da pábulos a tener por violado el derecho y conceder el amparo para efectos de que se repongan las

<sup>16</sup> Cfr. *Deciding for others y Children's Rights and Children's Lives*, op. cit. supra, nota 5.

<sup>17</sup> El artículo 6° de la Ley de Amparo establece que: *El menor de edad podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando este se halle ausente o impedido, pero en tal caso, el juez, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio.*

*Si el menor hubiere cumplido ya catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda.* No obstante, el verbo potestativo no implica la necesidad de dicho representante diverso del abogado patrono necesario, este sí, para la debida y adecuada defensa.

actuaciones, donde no hubiese estado acompañando y solo acompañando al enjuiciado, lo que redundaría en dilaciones que truncan la pretendida prontitud y expeditéz de la justicia.

Entendiendo que los derechos tienen diversa intensidad, magnitud y modalidades, dependiendo de las circunstancias y condiciones que les constriñan o les consientan y que la capacidad –entendida esta como la aptitud para elegir y la potestad para manifestar el interés propio–, tanto la expectativa de ejercicio de los derechos como la capacidad misma, aumentan gradualmente con el crecimiento biológico y mental del individuo, esto es, que la capacidad de ejercicio es un problema gnoseológico, veamos por qué.<sup>18</sup> Las necesidades y las pretensiones surgen del conocimiento previo de que existen satisfactores que pueden colmar las primeras y de que existen medios que pueden posibilitar las segundas, de tal suerte que, si el sujeto cognoscente ignora que existe un satisfactor, no podrá manifestar su necesidad, *verbi gratia*, quien desconoce la existencia del mar, no habrá de demandar impregnarse de la brisa marina, a la que tiene derecho por ser un bien disponible en la naturaleza, de manera libre; y, sin duda, tampoco sabrá por qué medios la puede obtener. Por ende, si a tal individuo ignorante del derecho B, C y D, solo conocedor de la existencia del A, se le sugiere sobre la elección entre el conocido A y los ignotos B, C y D, indudablemente elegirá el conocido respecto del cual tiene la expectativa de lo que puede obtener. Igual ocurre con la potestad, si el sujeto sabe que puede deambular por la ciudad, pero ignora si lo podrá hacer en otro medio ambiente y hasta si existe otro espacio con características geofísicas diversas a la ciudad, no podrá manifestar interés por situarse en ignoto lugar.

<sup>18</sup> Fanlo, I.: *op. cit.*

Tomando como paradigma de entendimiento de los derechos a las obligaciones, esto es, una teoría de las obligaciones que nos marca el sendero limítrofe de nuestra elección y de nuestros intereses, ya porque nos imponga un marco de oportunidades, ya porque nos establezca un catálogo de medios y métodos de consecución de los intereses, enfrentamos los mismos problemas inherentes a la capacidad, de tal suerte que un sujeto de derecho que es capaz de ser imputable, responsable y aun culpable de una acción delictiva, también tendría que ser capaz de asumir las cargas procesales y beneficios otorgados en un proceso penal.<sup>19</sup>

No está aquí a discusión el patrocinio jurídico diverso a la representación legal que refiere al principio de la adecuada defensa, tampoco el rango de edad del menor; sin embargo, la paradoja de la representación necesaria se colma cuando las cargas comerciales, laborales, las relativas a la paternidad y las de la responsabilidad penal, si hacen de los menores sujetos de derechos, mientras que los derechos de autonomía, elección y autodeterminación, entre ellos el de ciudadanía, se nulifican. Un sujeto de derecho que no posee los asideros cognitivos para luchar por sus derechos, es un alienado, sujeto siempre a quien tenga un mejor entendimiento que él, un sujeto objeto del tutelarismo aunque le cambien de nombre.

## **2ª Paradoja: presunción de inocencia vs. prisión preventiva**

*Se presume inocente al procesado pero se le impone la medida cautelar consistente en una medida de tratamiento en internación...*<sup>20</sup> Ciertamente, nuestro Máximo Tribunal

<sup>19</sup> Cfr. “El Velo de la Ignorancia y la justicia Distributiva para entender la expectativa y la posibilidad material de elección”, en Rawls, J.: *La Teoría...* cit.

<sup>20</sup> *Ídem* cita no. 14 supra.



ha establecido que el hecho de que se afecte la libertad del quejoso no implica el desconocimiento, ni la negación del principio de presunción de inocencia, sino que importan el cumplimiento de los requisitos legales y elementos requeridos en la ley penal que se aplica al justiciable.<sup>21</sup> Este galimatías –hablando de presunciones– hace presumir que se sujeta la norma constitucional a la ley secundaria, aunque el criterio de la Suprema Corte de Justicia justifique que la afectación a la libertad del procesado se dé en aras de la protección del interés público afectado, como lo son los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. Esto tendría lógica si, como lo afirma Onora O'Neill en *Children's Rights and Children's Lives*,<sup>22</sup> observando los derechos a partir de la Teoría de las Obligaciones, fuese indubitable que se ha afectado ya el interés público y que el procesado,

<sup>21</sup> Cfr. Tesis Aislada **PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE.** Visible en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que establece: *Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.*

<sup>22</sup> Fanlo, I: *op.cit.*

adolescente o no, ha sido el transgresor de dicho interés. Desde esta óptica y en el entendido de que la carga de la prueba le corresponde al Estado a través del órgano de acusación, es el Estado quien tiene la obligación de dar y de hacer respecto al justiciable, pues la libertad de este último también es razón de interés público.

En materia de justicia para adolescentes, el principio de presunción de inocencia se toca estrechamente, más bien se entrelaza con los de interés superior y pena mínima; sin embargo, por razón de metodología, lo esquematizamos de manera autónoma. Entremos pues, a despejar el acertijo que hemos planteado en el párrafo introductorio. La tesis de O'Neill nos parece el argumento más certero para demostrar la paradoja que se colma en la antinomia visible en el propio texto constitucional que, reconociendo el principio multicitado, establece la prisión necesaria para los delitos graves.<sup>23</sup> Si la obligación del Estado es dar garantías al gobernado de que el interés público habrá de preservarse y hacer que se creen las condiciones para proteger y conservar los bienes jurídicos tutelados por los ordenamientos penales, nos enfrentamos a una primer gran controversia secular en la teleología del Derecho: la jerarquía de los derechos; esto es, que la libertad del procesado también es un bien jurídico y también es de interés público. ¿Cómo saber cuál es preeminente?

<sup>23</sup> La fracción I, del apartado B del artículo 20 de la Ley Fundamental establece de manera categórica un derecho humano fundamental: *...que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;* sin embargo, antes establece una condena necesaria y apriorística al establecer en el párrafo segundo del artículo 19 que: *...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*

El temor, diremos la justificación del Estado para mantener como medida cautelar la prisión preventiva (medida de tratamiento en internación en materia de justicia para adolescentes), tiene dos argumentos razonables a la visión de la política criminal: proteger el interés público afectado y evitar que el justiciable se sustraiga al enjuiciamiento o de otro modo, se erigiría como el auspiciador de la anarquía y ¡se dejarían cantidades inconmensurables de delincuentes libres! Si como hemos afirmado, la libertad del procesado también es de interés público, tanto como su derecho a ser oído y vencido en juicio, la presunción de inocencia, partiendo de la citada lógica de la construcción de los derechos a partir de las obligaciones, debería considerar *contrario sensu* los dos argumentos de la política criminal, partiendo de la duda razonable basada en la propia presunción, presumiendo que quien no ha sido juzgado, oído y vencido declarándole instrumentalmente responsable y culpable del delito imputado inicialmente, no ha afectado interés público alguno, ni mermado algún bien jurídico y que, consecuentemente, no hay evidencias que demuestren que alguien huirá de la consecuencia que podría no corresponderle.

El contraargumento del último aserto se encuentra ya expuesto en la política criminal. Por lo demás, cualquier tipo de explicación deviene metajurídica y razonablemente válida para una y otra posición. Sin afán exhaustivo, expondremos lo más recurrente de la ambivalencia; procuración y administración de justicia frente a la defensa de derechos e impartición real de justicia:

A) Estabilidad social: se corre el riesgo del estallido social como el linchamiento público, si ante el señalamiento público, consiente que se mantenga

incólume el imputado o se corre el riesgo de la inquina de que una medida desmesurada y desproporcionada torne incierto e inseguro el sistema de justicia, lacerando el entorno personal, familiar y social del procesado, al hacer de una experiencia de justicia una experiencia de rencor. Cabe señalar que en materia de adolescentes no puede haber publicidad, esta insana costumbre de la exposición y el escarnio mediático y, sin embargo, existe el registro de menores condenados *a priori* por los medios. Este no es el tema de esta paradoja pero vale el apunte por ser un elemento de desequilibrio social.

B) Impunidad: El argumento no sería metajurídico en su concepto, pero sí lo es desde el punto de vista de la axiología y la deontología, o al menos, puede resultar extralógico. La pena –aunque en nuestra materia minoril se la llame medida– es un castigo, axiológicamente la máxima *nullum crimen sine poena* implica dos valoraciones: la existencia de un injusto penal y la redención moral del condenado; entonces, por qué presumir un crimen no probado o demostrado y por qué sujetar a un acto de contrición a quien no se le ha permitido aún exponer las razones de su conducta si es que la hubo. Deontológicamente, las obligaciones perfectas tienen indefectiblemente sus correlativos derechos, así, qué derecho ignoto se satisface a partir de una obligación que deviene instrumental, es decir, el derecho original representado por el bien jurídico tutelado por el Derecho Penal no se satisface, ni se resarce en la carga procesal, ya que la medida precautoria de la privación de la libertad no constituye, en sí misma, ni la dación, ni la factuación u omisión factual respecto de aquel derecho, sino respecto de la indagación misma de la verdad histórica. De ahí la condición extralógica.

C) Precautoriedad: Toda medida cautelar tiene,

entre otras, la finalidad de hacer cesar los efectos del daño o el perjuicio, pero también evitar el mal mayor a costa de la subsistencia del mal menor. Valdrá entonces establecer las condiciones específicas en las que se causa el daño o el perjuicio para conocer cuáles otras condiciones producen su cesación, pues indudablemente la prisión –preventiva o no– es un mal, y para un ser en desarrollo como lo es todo adolescente, puede generarle una consecuencia funesta traducible en una escalada de agravios infinita. La teoría del peligro rige la acción precautoria, por tanto, la posibilidad de que algo pernicioso ocurra es inversamente proporcional, de tal suerte que a mayor cuidado en el riesgo menor peligro y viceversa. Por ello es que el menor cuidado que se pone en el adolescente al que se somete al castigo corporal de la privación de la libertad apriorística, incrementará el riesgo de que la completud de su desarrollo se haga en las condiciones que la vida carcelaria genera.

Jamás aduciremos que es mejor un delincuente libre a un inocente preso, pero no dejaremos de señalar que es un despropósito dañar la dignidad humana so pretexto de cuidar el interés público, al menos no con las condiciones de nuestro sistema penitenciario, hacinado, séptico, promiscuo e inmanentemente criminógeno. La duda razonable hará prevalecer, no obstante, la paradoja.

### **3ª Paradoja: interés superior vs. desinterés máximo**

Difícilmente se encuentra un arcano más insondable en toda la Ciencia Jurídica, en el que cabe todo y donde no se define casi nada, un término ubicuo y oblicuo como el interés superior del menor. Mas, este principio fundamental y rector del sistema de justicia penal para adolescentes y, en general, de todo menor al que se

someta a ser partícipe de un juicio, encuentra una praxis antagónica casi igual de misteriosa, mas no por arcana, sino por inexplicable, como lo es lo que hemos dado en llamar desinterés máximo. El primero es un principio eminentemente jurídico, siendo toral y medular para el sistema como lo hemos anunciado y habremos de explicarlo; mientras que el segundo compendia una serie de antinomias, inconexidades, incompletudes y dislates del sistema legal y judicial, adosado por la ausencia de políticas públicas necesarias para hacer efectivo el principio aquí invocado.

En la obra de los doctores Buchanan y Brock, *Decidir por otros*, encontramos un esquema bastante íntegro de lo que implica la estimativa jurídica de los incapaces, el cual se ve complementado por la teoría del interés, que nos describe O'Neill a quien también ya citamos.<sup>24</sup> En *Decidir por otros*, aunque el tratamiento temático se centra en la ética de la toma de decisiones subrogada para pacientes que ven mermada su capacidad de entendimiento, el esquema genérico que luego se especifica en un capítulo relativo a los menores, resulta de gran utilidad para descifrar nuestro enigma. Sin afán de hacer una síntesis de ambas obras en la presente exposición, intentaremos nuestra modesta interpretación describiendo, a partir de ellas, las bases de identificación del interés superior del menor y las condiciones de realización del mismo.

Es necesario fijar, como factor del interés, la capacidad, en el entendido de que el interés se manifiesta como la habilidad y aptitud subjetiva para decidir qué hacer con el ejercicio de los derechos y con el cumplimiento de las obligaciones. La expectativa de

<sup>24</sup> *Ibidem* nota 5.

derecho se asume, idealmente, desde una capacidad plena, esto es, pensando lo que el sujeto decidiría si no tuviera ninguna limitación a su entendimiento y que se explica a partir del derecho de elección.

Sabedores de que los adolescentes, en su calidad de menores, son personas en desarrollo físico y psíquico, su entendimiento está naturalmente limitado por su falta de conocimiento y experiencia, de ahí que se le deba colocar, en el plano imaginario, de una capacidad plena para elegir tomar para sí los beneficios y desechar los perjuicios. En principio, toda persona posee un interés, pero el adverbio superior que connota este principio del Derecho Minoril implica dos elementos de valoración que suplen justamente la ideal o, al menos, formal falta de capacidad, ellos son: la maximización de los derechos y la superior protección de los mismos frente a terceros. He aquí el *quid* que genera la controversia frente a la política criminal.

Maximizar los derechos del adolescente implica un ejercicio lógico-estructural de jerarquización de los derechos, considerando su importancia en orden descendente, aquellos que elegiría el adolescente para lograr su desarrollo personal pleno, los cuales no se pueden determinar por generalidad y abstracción, sino casuísticamente, ya que dependerán de las propias condiciones vitales del menor, *verbi gratia*, si el adolescente justiciable acusara desnutrición y analfabetismo, seguramente será maximizable su derecho a la alimentación que su derecho a la educación. De ahí que sea cuestionable que en las medidas cautelares o en las medidas alternas, se imponga al menor la carga de completar su formación académica, si esta no le representa una oportunidad de satisfacción económica al salir de la jurisdicción judicial. Los

ejemplos pueden ser prolijos y el catálogo inagotable, por lo que, sin pretender ser exhaustivos, solo enunciamos la maximización de los derechos como un problema de moral práctica basado en el derecho de elección que debe considerar la libertad razonable de decidir para sí, aun aquello que importará una obligación mayor tal y como se asume en una persona adulta, sin limitaciones en su capacidad donde los riesgos por satisfacer sus pretensiones pueden colocarle en desventaja con una carga de obligaciones mayor que aquellas que esperaba.

Claro que esto no quiere decir que se privilegie el derecho de elección en obviación del sistema jurídico, sino que se emplee lo que Buchanan y Brock llaman: *un juicio sustitutivo*, basado en la justicia distributiva por parte de la autoridad que tiene bajo su férula las decisiones del adolescente justiciable, esto es, basado en las condiciones personales del menor y establecer la jerarquía de derechos realizables para el menor, a partir de las políticas públicas existentes o creables y los instrumentos formales y materiales para su realización, lo que involucra las obligaciones de otras autoridades o de otros sujetos obligados frente al derecho maximizado y, por ende, la concreción y utilidad práctica de esas obligaciones. Así, la determinación de que para el adolescente es maximizable su derecho a la salud atendiendo su problema de adicciones, debe considerar los trastornos colaterales al tratamiento, la calidad ética y profesional de los encargados de su atención, la asepsia y antisepsia del sitio de su atención, la preservación de su integridad física y su dignidad humana y los riesgos de su integridad física en su relación interpersonal en el sitio de su tratamiento. Reiteramos que no es posible hacer exhaustivo el catálogo de derechos y su maximización, pero en todo caso, esas son las formas

argumentativas de su defensa, siendo el objeto de la impugnación la ausencia de justificación del juicio sustitutivo y las bases de justicia distributiva, que se traducen en un desinterés máximo, cuando advertimos sentencias que se limitan a establecer condenas tasadas, cuya praxis nos demuestra que socavan el desarrollo de los menores.

Siguiendo el esquema de justicia distributiva, la superior protección de los derechos frente a terceros, implica tanto la imposición de obligaciones a esos terceros como el sacrificio del goce de derechos de los mismos, aun los de la propia víctima.<sup>25</sup> Este elemento del interés superior es el que provoca mayor controversia y hasta mayor encono, pues presupone *a priori* impunidad, lo cual es inexacto como lo hemos demostrado en la exposición de la segunda paradoja. Ya vimos que no todos los derechos se ejercen bajo las mismas condiciones, ni con la misma intensidad o plenitud y vimos, también, que si ello no ocurre así, no es porque se obvian o se omitan, sino que su ejecución depende de causas instrumentales de moral práctica y de infraestructura legal e institucional; por tanto, privilegiar la protección de un derecho de menor en detrimento de los derechos de la autoridad, de las instituciones adyacentes al sistema o insistimos, aún los de la víctima, debe hacerse bajo un esquema de proporcionalidad, equidad y corresponsabilidad. Pensemos, a guisa de ejemplo, un robo agravado perpetrado por un menor en situación de calle, el cual acusa un problema de adicción a las drogas, prácticamente, desde su primera infancia, habiendo sido juzgado bajo las reglas del debido proceso, es simplemente condenado a compurgar una medida

<sup>25</sup> *Ibidem* nota 6.

de tratamiento en internación y a reparar el daño. Privilegiando su derecho a la salud, seguramente la prisión no coadyuve a su restablecimiento y respetando su condición de pobreza y abandono, será materialmente imposible que cumpla con esa carga, ello trocaría escenográfica la sentencia, manifiesto el desinterés del sistema por los derechos humanos de sus adolescentes gobernados y en una frase: más ruin al penado.

#### **4ª Paradoja: Derecho Penal de acto vs. ejecución penal de autor**

Parecíamos haber dejado atrás la tesis lombrosiana donde el perfil psicológico y antropomórfico, así como la apariencia de peligrosidad criminal eran elementos convictivos determinantes de la culpabilidad de un imputado.<sup>26</sup> La luz del Estado Democrático de Derecho habría alcanzado a iluminar al nuevo Derecho Penal, haciendo condenables a las personas por sus actos y no por sus inclinaciones perversas. La política criminal nos despertó de nuestros sueños con la antinomia más esquizoide jamás imaginada. Aparentemente se castiga el injusto penal, pero la propia ley instrumental exige estudios de personalidad y sociales, diagnósticos del posible entorno social criminógeno para mesurar y tasar el castigo que, en nuestro sistema, eufemísticamente se llama medida de tratamiento. Analicemos la inconsecuencia lógica.

El principio de culpabilidad por el acto se basa en dos premisas: el nudo delito y la culpa actual. En la primera, el delincuente despliega su voluntad de hacer o de omitir, sabedor de su potencial dañoso en ese hacer u omitir –lo cual resulta dudoso si no se reconoce

<sup>26</sup> Véase la obra de Cesare, L.: *L'uomo...*cit.



una capacidad plena al menor– y su conducta, su movimiento corporal volitivo y pervertidor de la norma los realiza despojado de intención ideológica o condición socioeconómica, como si el delito se realizase en sí y por sí mismo, hay un acto trasgresor de la norma y hay un bien jurídico violentado en y por ese acto. En tanto a la culpa actual, el pago debe corresponder al daño causado, utilizamos esta expresión pues hablamos de la culpa perteneciente al acto, a la voluntad misma que se materializó en el evento delictivo. De esta manera la consecuencia no podría ser otra que restañar el bien jurídico perdido o mermado.

Desde luego que las conductas de los seres humanos no surgen de la nada, justificable o no, siempre atienden a motivaciones, ya de necesidad, ya de emotividad, ya de morbo; no obstante la finalidad de la Teoría del Derecho Penal de Acto pretende un estado ideal de igualdad, un tanto a la manera de la posición original rawlsiana,<sup>27</sup> donde todos tuviésemos las mismas condiciones de elegibilidad y las mismas oportunidades de discernimiento para evitar la conducta dañosa. Bajo este esquema y volviendo a la teoría del interés, así como a la erección de los derechos a partir de las obligaciones, la valoración tendría que hacerse *contrario sensu* a los derechos, esto es, partiendo de un estado ideal en el que se han incumplido las obligaciones que diesen o hiciesen que el justiciable no incurriera en la motivación perversa al Derecho, pues el incumplimiento en las obligaciones de previsión, formación e información colocan ineluctablemente en una situación de riesgo al poseedor del derecho de conocer los factores previsibles, de recibir la formación ética y jurídica que le apegue a la rectitud y de ser informado sobre la elección de ciertos peligros.

<sup>27</sup> Cfr. Rawls, J.: *op. cit.*

El falsacionismo de Popper<sup>28</sup> se hace presente para derrotar al principio de culpabilidad por el acto, ya que el acto en sí mismo tiene varias causas que ponen en duda una voluntad libre y consciente del llamado *agente* e impiden que la culpa sea consecuencia del acto y lo sea de las causas del acto, ya que se pudo evitar con las reglas de previsibilidad contenidas en la obligaciones aludidas. En todo caso, si se asume un nudo delito como figura de la retórica jurídica, se tendrá que admitir que la culpa actual deba restañar sí, y solo al acto, o mejor dicho a la consecuencia del acto, que fue el menoscabo del bien jurídico, ya que esta teoría del Derecho Penal de Acto surge de las teorías contractualistas, de ahí que no importe cuáles son las condiciones y percepciones de quien contrata, sino el contrato en sí, por ende, se exige un pago recíproco a la obligación omitida, pago que tiene relación directa con el derecho expectante y que resarce o beneficia directamente al titular del derecho. La analogía es ideal, y válido es replicar las figuras jurídicas del contractualismo en el Derecho Penal, pero ante tal traslación, el equívoco está en que la carga que se le impone al culpable no paga, ni reditúa en el mayor número de ocasiones, al titular del bien jurídico, lo que hace que resulte inconexa la pena con la conducta.

No perdemos de vista que el Derecho Penal tiene como factor teleológico la imposición de penas, pero un Estado castigador se vuelve autócrata y no satisface ni las pretensiones de las víctimas y ofendidos, ni las de

<sup>28</sup> Tanto en su *Lógica de la Evolución Científica* como en los razonamientos que hace sobre el Conocimiento Objetivo: Un enfoque Evolucionista, Karl Popper nos muestra las contradicciones objetivas de la ciencia a partir de las propias aseveraciones del discurso, sobre todo cuando se parcela el conocimiento en una asimilación a la sinécdoque como figura literaria que pretende asumir el todo por la parte. Cfr. Popper, K.: *La Lógica...*cit.

los reos, a los primeros porque quieren ver resarcidos sus bienes cuando ello es asequible y, a los segundos, porque las motivaciones de la pena resultan inconexas, haciendo aparecer a la percepción del justiciable adolescente que se le condena por su ser indigno y no por el hecho injusto.

Todas las legislaciones penales en nuestro país, la federal y las estatales, contemplan la antinomia de la ejecución de autor, lo que se corrobora con los centros de diagnóstico existentes en cada centro de reclusión y que entre otras cosas resultan ominosos e infamantes a la dignidad humana, lo cual no es tema en esta exposición, pero sí lo son los argumentos jurídicos de la antinomia que, a guisa de ejemplo, se ve reflejada en la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal.

El artículo 15, de la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal, establece, en el párrafo segundo, lo que hemos sostenido a lo largo de toda esta exposición teórica:

*La responsabilidad de los adolescentes se fincará sobre la base del respeto irrestricto al principio de culpabilidad por el acto y no admitirá bajo ninguna circunstancia consideraciones acerca de la personalidad, peligrosidad, ni de cualquier otra que se funde en circunstancias personales del autor de la conducta tipificada como delito.*<sup>29</sup>

Por su parte, el artículo 58 del propio ordenamiento, establece como reglas para la individualización de la medida:

*El Juez, al dictar resolución definitiva, [...] tomando en cuenta:*

*V. La edad, el nivel de educación, las costumbres,*

<sup>29</sup> Ley de Justicia Para Adolescentes para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 14 de noviembre de 2007.

*condiciones sociales, económicas y culturales del adolescente, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a realizar la conducta tipificada como delito. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;*

*VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el adolescente en el momento de la comisión de la conducta tipificada como delito;*

*VIII. Las demás circunstancias especiales del adolescente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma...*<sup>30</sup>

He aquí una ley que viola el principio de legalidad, seguridad jurídica y respeto a la dignidad humana, pues cualquier sentencia que considere estos elementos, como en realidad ocurre, impone un castigo no solo ilógico sino trascendente.

### **5ª Paradoja: pena mínima vs. punición tasada**

La antinomia surge de una anomia. El texto constitucional refiere, en principio, la prisión necesaria para los delitos graves, pero nada dice de las medidas de tratamiento en internación necesaria. Hete aquí la primera analogía que rompe el principio de legalidad para la justicia penal de menores.

Ya metidos a interpretar y a dar laxitud, a los términos del principio de estricto derecho que ha regido y caracterizado al Derecho Penal, y al de apego y respeto a la legalidad; interpretando, pues, con amplitud y alegría que la pena y medida de tratamiento –al menos las de internamiento– son una y la misma cosa, y sin dejar de

<sup>30</sup> *Ibidem.*

lado las consideraciones hechas respecto a la prisión preventiva, enfrentamos una anomia y dos antinomias: El delito grave, cuyo parámetro de catalogación es la media aritmética entre la pena mínima y máxima aplicada al tipo penal, suele no ajustarse al rango establecido para la justicia adolescente, por tanto, el mandato constitucional que sobre el particular norma la especialidad, es interpretado en exceso. Sumado a ello, dos antinomias: rasero máximo a la pena mínima y adecuación aritmética subjetiva, por no decir caprichosa.

Sabido es que donde la ley no distingue, no ha lugar a distinguir, la legislación secundaria no solo distingue, sino que lleva la analogía y la mayoría de razón a la punición, que debería ser medida de tratamiento. Sobre este término cabe destacar que no pretendió ser un eufemismo tal cual que se hiciera al llamar a los delitos cometidos por los menores *conductas tipificadas como delitos*, en un intento de atenuar el estigma penal; la medida de tratamiento tiene un fin formativo, educativo, y reintegrador, pero sobre todo, excluidor de la idea de castigo; la medida de tratamiento, al contrario de la pena, no pretende ser un castigo, sino una enseñanza.

¿No será grave privar de la vida a otro, atentar contra la libertad sexual de las personas, secuestrar, despojar violentamente de su patrimonio a alguien? ¡Desde luego que sí! Pero no está expresado así en la norma y, si queremos una cultura de legalidad, habrá que ser consecuente en no estigmatizar a los menores por su condición de personas en desarrollo, o bien, modificar la Ley Fundamental, a riesgo de desconocer los tratados internacionales y la propia Convención de los Derechos del Niño para erigirnos en un Estado autocrático. Nada menos deseable.

Las Reglas de Beijing que a la luz de los artículos 1º y 133 de la Carta Magna, son derecho positivo vigente en nuestra

legislación nacional, establecen dos principios referidos a la imposición de medidas o penas: la **proporcionalidad y racionalidad de la medida**, que, a su vez, deben considerar **los principios de transversalidad y de subsidiariedad**, esto es, respecto al primero, se habrán de tomar en cuenta la totalidad de derechos que protegen a los adolescentes a fin de que se evite que, por la imposición de la medida, se acabe vulnerando algún bien jurídico mayor, debilitando aún más la fragilidad del respeto de sus derechos a riesgo de la discriminación.

Por cuanto hace a la subsidiariedad, este principio se vuelve el motor de eficacia de las medidas de tratamiento, ya que implica la utilización de medidas menos graves que la privación de la libertad y que, a la vez, sean más efectivas, así como la participación multidisciplinaria de los operadores del sistema que coordinan, imparten y desarrollan con los jóvenes los programas individualizados, esto es, la intervención de psicólogos, trabajadores sociales, educadores de cultura física y deporte, pedagogos, y hasta los propios guías o custodios, quienes precisan de un adiestramiento especializado.

En ese orden de ideas, la medida de tratamiento en internación aplicada al adolescente, trastoca el artículo 37 apartado b), de la Convención de los Derechos del Niño; pues en dicho apartado se desprende que **la prisión de un niño se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda**, esto es, antes de imponer al adolescente una medida de tratamiento en internación, se debe imponer alguna de las medidas previstas en el ordenamiento legal en cuestión; si estas no cumplen con el objetivo de la mismas, como último recurso, puede imponerse la medida en internación en centros especializados, pero por el tiempo más breve que proceda.

En ese mismo tenor, la regla 19.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) establece: ***El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo;*** al respecto, en dicho ordenamiento, obra el comentario de dicha regla, el cual es el siguiente:

***Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con esas medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas e inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado que el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que estos se encuentran, no cabe duda de que tanto la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos....***

Ello, sin obviar el comentario expresado por la propia Organización de las Naciones Unidas en el sentido de que:

***No se debe subestimar el peligro de que los menores sufran “influencias corruptoras” (sic) mientras se encuentren en prisión preventiva. De ahí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias. De esta forma la regla***

***13.1 anima a idear medidas nuevas e innovadoras que permitan evitar dicha prisión preventiva en interés del bienestar del menor.***

Por lo tanto, el fin de la normatividad internacional y de la ley especial se transgrede cuando se hace una tabulación aritmética pretendiendo que la proporcionalidad es una medida porcentual de la pena que le correspondería a un adulto.

### ***6ª Paradoja: reinserción social vs. ius puniendi***

Es realmente fascinante la construcción de neologismos, sobre todo cuando estos están en la veta de la creación literaria; empero, el sentido etimológico de los términos legales no tiene cabida ante el principio de legalidad, donde la connotación estética debe sustituirse por la connotación positiva. De tal suerte que se reinserta lo que ha sido desinsertado, aquello que estaba inserto y fue extraído del todo del cual formaba parte. Un objeto se extrae del todo, se le desinserta y se arroja por ahí en algún sitio apartado de todos los otros objetos. No ocurre así con las personas, cuya naturaleza, amén del ser político aristotélico, es un ser social y gregario cuyo aislamiento seguramente le conduzca ineluctablemente a su exterminio. Mas drástica aún resulta la pretensión de reintegración pues si por desintegración tomamos su antónimo, un sujeto des- [prefijo de negación total]-integrado, sería una persona, disuelta, pulverizada, desmembrada, alguien a quien se le ha quebrado y disuelto su integridad; ¿será entonces posible reintegrar en sí al individuo o reintegrar al sujeto como colectivo?

El aislamiento afecta la psique individual tornando al sujeto en hosco, taciturno y agresivo habitualmente, pero a la vez, vulnerable a sucumbir ante modos y prácticas sociales que desconoce. El proceso de civilización, que es lo que se pretende con la reinserción y la reintegración social,



es un proceso de larga duración, como lo refiere Norbert Elías,<sup>31</sup> esto es, los modos limitantes del comportamiento social y la cultura de los quehaceres surge en un luengo devenir histórico y por un estrechamiento de las relaciones interindividuales en las que las personas se habitúan al lenguaje, a las formas de trato social y a la práctica de las virtudes y perversiones de la cultura grupal. Alguien se preguntará: ¿qué medio es más perverso el de la libertad o el de la prisión?

Como quiera que ello sea, y sin obviar que el derecho a castigar es un derecho característico de la soberanía de todo Estado, su jerarquía debe someterse al privilegio del interés superior del adolescente o, por lo menos, conceder que castigar y reinsertar o reintegrar como modos de reeducar y re-civilizar son simple y contundentemente antagonismos irreconciliables.

**7ª Paradoja: proceso escrito vs. proceso oral**

La oralidad o la escritura pueden ser consideradas meras formalidades del procedimiento, que en nada afecta las prestaciones y pretensiones sustantivas en el juicio, pero la connotación proceso escrito y proceso oral ha generado una especialidad material en la propia estructura tribunalicia. Ello ha sido así con razón, pues se trata de distinguir dos métodos de juzgamiento que tienen que ver con dos visiones antagónicas del respeto de los derechos, fundamentalmente el debido proceso y la adecuada defensa. Para explicar las diferencias, presentamos el siguiente **cuadro que confronta** las características opuestas entrambos, advirtiendo,

<sup>31</sup> Citando a Norbert Elías en su *Proceso de la Civilización*, Roger Chartier nos permite ver y recordar que los procesos de aculturación no solo son fenómenos epistémicos y cognitivos, sino que su transformación requiere de un amplio lapso de tiempo por lo cual no podemos pensar que el solo elemento de la imposición coactiva de la ley reducirá o transformará las conductas. Los otros elementos también están siendo obviados del esquema jurídico. Cfr. Chartier, R.: *El Mundo...*cit., pp. 22-32 y 81-104 *passim*.

por un lado, que cuando hablamos de proceso escrito lo denominaremos inquisitorial o mixto, pareciéndonos más adecuado el primero, pero sin pretender excluir a los doctrinarios que optan por el segundo término; y, cuando hablemos de proceso oral, lo denominaremos acusatorio adversarial, en el entendido de que, aunque los principios de este método y sistema de juzgamiento ya son vigentes en nuestra legislación, y de ahí que su inaplicación o aplicación parcial genere la violación de los principios de legalidad y seguridad jurídica, así como los derechos fundamentales de igualdad y libertad, entre otros que derivan de ellos.

Proceso inquisitorio o mixto	Proceso acusatorio adversarial
Discurso monolítico	Debate de ideas
Prueba tasada	Libre valoración de la prueba
Acusación convicta	Acusación dubitable
Extensión judicial de la denuncia	Formalización judicial de la acusación
Litis aviesa	Litis abierta
Parsimonia judicial	Agilidad judicial
Trato ignominioso al procesado	Trato digno al procesado
Opacidad	Transparencia
Penumbra en las actuaciones	Visualización y audición de las actuaciones
Respuesta única	Medios alternos
Desequilibrio procesal	Equidad de las partes
Alegatos de oídas	Alegatos forenses
Burocratismo	Agilidad administrativa
Alegación por formato	Agilidad mental y habilidad discursiva
Sentencias retóricas	Sentencias lógicas
Olvido condenatorio	Juzgamiento perenne de la ejecución
Monopolio carcelario	Administración judicial de las penas
Gestores del proceso	Profesionales especializados
Otorgamiento caprichoso de beneficios	Derecho de audiencia para el otorgamiento de beneficios
Voluntarismo administrativo	Garantismo procesal



Cabe destacar que no entro aquí a una descripción de cada uno de los puntos enunciados, primeramente por no ser el tema toral y en consideración a que el espacio y el tiempo de la exposición no lo permitiría, ya que el tema del nuevo modelo penal es aún ampliamente debatido y el objeto de su estudio me llevaría a describir un tratado, no siendo el objeto del presente ensayo, en el que solo expongo las bases para los argumentos en el juicio de amparo y siendo causa todos estos antagonismos de la exposición en los conceptos de violación.

La paradoja entre la cohabitación de ambos procesos se da por la falta de equidad en el juzgamiento de los delitos, pues unos se juzgan bajo ciertas reglas y, otros, bajo otras, cuando el mandato constitucional no ordenó que el sistema se instaurara poco a poco, sino que dio por sentada la necesidad histórica y social de su adaptación mediata; más aún, cuando el colmo de la paradoja la tenemos en el juzgamiento bajo el proceso escrito y la ejecución mediante el proceso oral. ¿Queremos más incertidumbre? El proceso del Amparo no se ha adaptado al sistema acusatorio adversarial, amén de que siguen juzgando asuntos de menores tribunales constitucionales generales y no especializados.

### **8ª Paradoja: expansión jurídica vs. constricción litigiosa**

¿Hasta dónde deben alcanzar los puntos controvertibles en un juicio cuando de derechos humanos se trata? La pregunta tiene sentido a la luz de un positivismo legalista, que limita el análisis y valoración de los intereses de las partes a los intereses del juicio. Se debe, entonces, replantear la metodología jurídica para ubicar cuáles son las interrogantes del juicio, cuáles

son los intereses de las partes en el juicio, a propósito del juicio y concomitantemente con el juicio y, sobre todo, establecer si aun sin ser tribunal constitucional, los tribunales ordinarios deben garantizar el respeto de los derechos humanos.

Habitualmente, la estructura de nuestro sistema responde a dos interrogantes: la existencia verificable del delito y la responsabilidad de sus autores, pero qué ocurre con los derechos que nacen de la investigación y de la persecución misma de un hecho que, salvo la flagrancia pura y dura y no la equiparada, ni las demás figuras nacidas de la doctrina para la ley, salvo tal condición, no ha sido demostrado; qué ocurre pues con el confinamiento y malos tratos recibidos por el imputado, previos a su consignación judicial, cómo responder a la ominosa y oscura obtención de pruebas, qué contestar por inexplicables y pasmosas dilaciones del procedimiento, qué responder al problema de hacinamiento carcelario, a las condiciones antihigiénicas, a la casi nula atención médica, a la falta de estímulos para el trabajo y la educación, y ante la ausencia de normas de civilidad para la socialización de conductas legítimas y la resocialización de conductas criminales; los derechos humanos de quiénes se deben proteger, en suma, a quiénes impartir justicia.

La construcción de nuevos modelos jurídicos, ciertamente, debe considerar todo el espectro de posibles derechos, así como la posibilidad de realización de cada uno de ellos; hoy, nuestra esclerosis judicial, no está preparada para ello. De poco sirve emprender una lucha contra las conductas criminales si se las combate por la *Ley del Talión*, si se acendra el encono social por la falta de preparación de los cuerpos de seguridad, *verbi gratia*, los policías que someten a

menores igual que adultos. Claro, sobre el particular se diría que los policías no tienen por qué adivinar quién es menor y quién adulto, pero los mínimos protocolos que se emplearan en los primeros habrían de servir de base para los segundos, tales como evitar: herir al sometido una vez que se halla sujeto y dominado, o espetarle improperios para agraviarle anímicamente, o darle vueltas por las cuadras circunvecinas antes de ponerlo frente a la autoridad, o no preservar los objetos como fueron encontrados. Aun en la convicción de la existencia de un delito y la identidad de su autor, la trasgresión de estas normas mínimas contaminará la pulcritud del proceso, por ello no debe cerrarse la litis a los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sino abrirse a la esfera del respeto de los derechos humanos. Entonces, sí se dirá que se imparte justicia; de lo contrario, tendremos decidores del Derecho.

### **9ª Paradoja: ortodoxia lingüística vs. ortodoxia jurídica**

Será excesivo aseverar que la Lengua es factor comunicador del Derecho y que la forma más clara y precisa de su significación será el factor de su entendimiento, mas tal afirmación adquiere peso y sentido cuando necesitamos responder: ¿qué comunicamos, a quién lo comunicamos y para qué lo comunicamos? Ubiquémonos con estos cuestionamientos en la justicia para adolescentes, que como hemos visto, es una especialidad del Derecho Penal cuyos sujetos de estudio y tratamiento son personas en desarrollo, entre otras cosas, de su intelección, esto es, de su entendimiento.

Un entendimiento limitado en su desarrollo no asimilará la información que uno cuya madurez le

da una mayor y mejor capacidad de comprensión. La experiencia y el conocimiento permiten, entre otras cosas, dejar de lado el sentido mítico de las percepciones, *verbi gratia*, la experiencia sexual, cuyo conocimiento informado y experto desmitifican el credo del embarazo por *rozamiento* o de los castigos divinos por las prácticas de autoerotización. El discurso jurídico, igualmente, debe desmitificar los credos equívocos de la justicia y, en particular, los de la injusticia penal, comunicando claramente al adolescente justiciable el porqué de lo erróneo o perverso de su conducta, por que la misma no se puede permitir, a quiénes hirió con su actuar, por qué le deben importar los agraviados y los bienes jurídicos afectados, por qué habrá de recibir el castigo en la forma y proporciones que se le impondrá, por qué habrá de quedar confinado a los sitios que se le asignen y qué beneficios habrá de traerle el cumplimiento de sus nuevas obligaciones.

Si los sujetos receptores de esta información son los menores en desarrollo, cuyo lenguaje es limitado, sumado al mayor o menor analfabetismo y a los mínimos niveles de instrucción, la habilidad para saber transmitir el sentido de justicia y la correcta aplicación del Derecho deberá ser sencilla y simple –sin ser rústica, coloquial, didáctica y convincente–, de tal suerte que no sea una generosidad la asequibilidad de su escritura, sino que permita al justiciable conocer en su lenguaje el sentido de la justicia, no así la percepción de que sus derechos humanos son violentados, y que se le sancionó injustamente por no entender la jerigonza pedantesca universitaria con que se suelen dictar las sentencias para una población cuyo nivel de instrucción académica, en promedio, apenas rebasa el 4º grado de primaria.

#### IV. Conclusión

En cada parte de este ensayo hemos ido dando nuestras conclusiones, por lo que tan solo concluiré en términos generales de esta manera:

No bastan los argumentos ni la lógica cuando no se acompañan de la voluntad jurídica, del conocimiento y entendimiento homogéneo entre el argumentador, lector u oidor de los argumentos. Por tanto, nuestra lucha por la construcción de convicciones jurídicas debe ser un problema constante, en el cual busquemos respuestas de manera rutilante y perenne.

#### V. Bibliografía

- Atienza, Manuel: *Las Razones del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005.
- Buchanan et Brock: *Decidir por otros*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, FCE, México, 2009. 406 pp.
- Chartier, Roger: *El Mundo como Representación*, GEDISA, Barcelona, España, 1996. 276 pp.
- Fanlo, Isabel: *Los derechos de los Niños, Una Contribución Teórica*, compilador. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 2004.
- Febvre, Lucien: *El problema de la Incredulidad en el Siglo XVI*, Akal, Toledo, España, 1993.
- Lombroso, Cesare: *L'uomo delinquente ed antropologia criminale*. Turín: 1876.
- \_\_\_\_\_: *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria*. Turín: Fratelli Bocca, 1893.
- Habermas, Jürgen: *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta S.A., 3ª edición, España, 2001.

- Popper, Karl: *La Lógica de la Investigación Científica*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.
- \_\_\_\_\_: *Conocimiento Objetivo: Un Enfoque evolucionista*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, 4ª reimpresión, México 2003.
- Raz, Joseph: *La Autoridad del Derecho, Ensayos Sobre Derecho y Moral*, UNAM, México, 1982, capítulo IX, “Las Funciones del Derecho”.

#### Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil “Directrices de Riad”.
- Ley de Amparo.
- Ley de Justicia Para Adolescentes para el Distrito Federal.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).

---

## **El derecho fundamental de reunión y manifestación en España**

*Manuel Tejeda Reyes\**

*Para Lorenzo Meyer: por hacer públicos  
sus amplios conocimientos y por su defensa  
a la libertad de expresión.*

**RESUMEN:** El derecho de reunión y manifestación no es sino la proyección de uno de los derechos más expresivos de la primera fase del constitucionalismo: la libertad de expresión. En el artículo se analiza este derecho desde la incorporación que de él se hace en la Constitución española de 1978 y se plantea que el mismo puede y debe ser estudiado desde una doble perspectiva, según sea el caso que el derecho se ejerza en lugares cerrados, que implicaría solo al derecho de reunión propiamente dicho, o bien en lugares de tránsito público. Y en esta segunda vertiente se podrá distinguir, a su vez, entre las reuniones de carácter estacionario, conocidas como concentraciones, y aquellas en las que sus integrantes se desplazan por los referidos lugares de tránsito público, que son las comúnmente denominadas como manifestaciones, de ahí que sea posible identificar dos variables de un solo derecho. En el texto se analiza quiénes son

---

\* Secretario de Acuerdos de la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y Profesor de la Universidad Salesiana.

los titulares de este derecho; las restricciones que tienen para ejercerlo los miembros de las fuerzas armadas, los jueces, magistrados y fiscales; el requisito de comunicar previamente a la autoridad gubernativa que el derecho se ejercerá en lugares de tránsito público, así como su eficacia frente a los particulares y sus límites frente a otros derechos.

SUMARIO: Introducción. I. Derecho histórico y comparado. II. Titularidad del derecho. III. Contenido y ámbito protegido. IV. Límites y conflictos con otros derechos. V. Garantías generales y jurisdiccionales. VI. Bibliografía.

### Introducción

El derecho de reunión y manifestación está reconocido expresamente en el artículo 21 de la Constitución de España. Ese precepto establece:

*Artículo 21: 1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas.*

*El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.*

*2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.*

El desarrollo legal de este dispositivo constitucional se ha llevado a cabo a través de la Ley Orgánica 9/83, expedida el 15 de julio de 1983, que es la reguladora del derecho de reunión.

Este derecho público subjetivo ha estado históricamente y, en la actualidad, claramente entrelazado con otros derechos fundamentales, tales

como la libertad de expresión y la de asociación. En efecto, uno de los objetivos de toda reunión consiste en la expresión o difusión de determinadas ideas, juicios de valor y opiniones, que se lleva a cabo mediante una agrupación de personas. Así, el Tribunal Constitucional español ha destacado que:

*...históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria.<sup>1</sup>*

La doctrina considera el derecho de reunión como una técnica de acción política directa al servicio de fines que rebasan el puro contenido del Derecho.<sup>2</sup> Con el ejercicio de este derecho se persigue, fundamentalmente, la consecuencia de intereses que son comunes, bien a determinados grupos sociales, bien al conjunto de la sociedad. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha puesto de manifiesto que el derecho de reunión constituye *un cauce del principio democrático participativo*<sup>3</sup>. Esta circunstancia es, precisamente, la que explica el tradicional recelo y desconfianza del poder político hacia este derecho, así como las limitaciones históricamente impuestas al mismo.

A la vista de lo hasta ahora expuesto, podemos afirmar que difícilmente podría concebirse un sistema democrático sin el reconocimiento de este

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 85/88, caso mesas petitorias.

<sup>2</sup> Cfr. Santamaría, Pastor, J.A.: "Artículo 21"cit., p. 412.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 85/88, caso mesas petitorias.



derecho fundamental, el cual además de hacer posible el intercambio de ideas y opiniones, permite al conjunto social influir en la toma de decisiones del poder político. En este sentido, Torres Muro afirma que con la incorporación del derecho de reunión, la Constitución de España reconoce uno de los elementos básicos de toda sociedad libre y democrática.<sup>4</sup> Es de destacar que, en tanto derecho de naturaleza política, los poderes públicos, además de inhibirse a la hora de realizar ciertos actos que puedan impedir su realización, deben apoyar positivamente el ejercicio del mismo. En efecto, por una parte, el Estado tiene la obligación de preparar los medios coadyuvantes al ejercicio de este derecho de cara a los participantes en el acto de la reunión y, de otra parte, ha de establecer las medidas de seguridad necesarias para la tutela de derechos de terceros que podrá ser afectada por la celebración de la reunión.<sup>5</sup>

Por lo demás, y para concluir estas consideraciones introductorias, creemos conveniente, para efectos expositivos, distinguir las dos facetas que integran el ejercicio del derecho de reunión y manifestación: la convocatoria para acudir a los actos de esta naturaleza y la asistencia a los mismos. Y es que el ejercicio de estas libertades puede tener lugar, bien únicamente convocando y promoviendo la reunión o manifestación de que se trate, o bien solamente asistiendo a las mismas, sin perjuicio, claro está, de que determinadas personas ejercitarán la libertad de reunión y manifestación llevando a cabo ambas actividades.

<sup>4</sup> Cfr. Torres Muro, I.: *El derecho...*cit., p. 19.

<sup>5</sup> Cfr. Soriano, Díaz, R.: "Derecho..."cit., p. 568.

## I. Derecho histórico y comparado

El derecho de reunión ha sido objeto de reconocimiento moderno en las Constituciones de los distintos países. En este sentido, se ha afirmado que, como toda libertad de ejercicio colectivo, es de incorporación constitucional tardía.<sup>6</sup>

En España, la primera Constitución que lo reconoce es la de 1869, y lo hace de forma muy restrictiva, puesto que sometía a las reuniones públicas a las disposiciones generales de policía y además, solo permitía que las reuniones al aire libre y las manifestaciones se celebraran de día.

La Constitución de 1876 también consagra en su artículo 13 el derecho de reunirse pacíficamente. En virtud de este precepto, se promulgó la Ley de reuniones de 15 de junio de 1880, la cual exigía autorización previa para las reuniones que se celebraran en lugares de tránsito público y manifestaciones.

Con la llegada de la Segunda República, el constituyente de 1931 incluyó en el catálogo de derechos, el de reunión. Así, en el artículo 38 de esa Constitución se reconocía el derecho de reunión pacífica y sin armas, remitiéndose a una Ley especial para regular el ejercicio del derecho de reunión al aire libre y el de manifestación. No obstante, esta Ley republicana nunca llegó a elaborarse, por lo que continuó en vigor la Ley de reuniones de 1880.

Durante el régimen franquista, el Fuero de los Españoles también consagró el derecho de reunión, de acuerdo con lo establecido en las Leyes. Ahora bien, esas Leyes, como no podía ser de otra forma, dado el contexto político de la dictadura, establecían condiciones

<sup>6</sup> Sánchez Freis, R.: *Estudio...*cit., p. 271.

enormemente restrictivas para el ejercicio de este derecho. Así, todas las reuniones debían ser autorizadas previamente por parte del Ministerio de la Gobernación, siendo declaradas ilegales las no autorizadas, las cuales eran sancionadas por la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y juzgadas por los Tribunales de la jurisdicción de orden público.

En consecuencia, el reconocimiento del mencionado derecho en esta etapa histórica se realizó en un plano puramente formal, pues al tenor de lo expuesto, es imposible afirmar la existencia de una auténtica libertad de reunión y manifestación.

Durante la transición política del régimen dictatorial al régimen democrático en España, se promulgó una nueva Ley reguladora del derecho de reunión: la Ley 17/1976, expedida el 29 de mayo de ese año. Esta norma va a distinguir entre reuniones celebradas en lugares cerrados y reuniones celebradas en lugares abiertos al uso público, sometiendo a las primeras a un régimen de comunicación previa mientras que, para las segundas, se exigía la autorización previa por parte del gobernador civil.

De este breve repaso histórico del derecho de reunión, parece desprenderse la desconfianza y el recelo que su ejercicio suscitó siempre en el poder público, exigiendo en los casos de reuniones al aire libre y manifestaciones el requisito de la autorización previa.

En contraposición a este marco normativo, la Constitución de 1978 ha instituido un régimen de comunicación previa para las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones.

En lo que a Derecho Comparado se refiere, son de destacar el artículo 8 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y el artículo 17 de la Constitución italiana de

1947, puesto que son los que, de manera más clara, han influido en la redacción del actual artículo 21 de la norma fundamental española. A este respecto, el primero de los preceptos citados, reconoce a todos los alemanes el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas, sin necesidad de autorización o aviso previo. Ahora bien, admite la posibilidad de que el ejercicio del derecho de reunión al aire libre sea limitado *mediante una Ley o en base a una Ley*.

Por su parte, el artículo 17 de la Constitución italiana reconoce a los ciudadanos el derecho de reunión pacífica y sin armas, exigiendo para las reuniones que se celebren en lugares públicos aviso previo a la autoridad, la cual únicamente podrá prohibirlas por motivos comprobados de seguridad o de evitación de daños públicos.

## II. Titularidad del derecho

### A. Extranjeros

El derecho de reunión, si bien es de ejercicio colectivo, se trata de un derecho de titularidad individual.

En tanto que es un derecho fundamental reconocido en la Constitución de España, es obvio que su titularidad es predicable respecto de los ciudadanos españoles. Ahora bien, la titularidad de este derecho, ¿se puede extender también respecto a los extranjeros? La respuesta a esta cuestión debe realizarse en sentido afirmativo, conforme se expuso en el apartado introductorio de este trabajo. Ello con base en dos razones, que de algún modo se refirieron con antelación: en primer lugar, porque la Constitución española dispone en su artículo 21 el derecho de reunión en términos muy amplios. Como ya se mencionó en líneas precedentes, el texto constitucional indica: *Se reconoce el derecho de reunión;*

en segundo lugar, si ponemos en conexión el artículo 21 con el artículo 13 de la misma ley fundamental, que reconoce a los extranjeros la posibilidad de gozar en España de las libertades públicas que consagra el Título I, de conformidad con lo que establezcan los Tratados y la Ley, no puede albergarse ninguna duda sobre la titularidad por parte de los extranjeros del citado derecho.

El legislador español reconoció, a favor de los extranjeros, la titularidad del derecho de reunión, concretamente en el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio de ese año, de derechos y libertades de los extranjeros en España, si bien sometió el ejercicio de este derecho a un régimen jurídico distinto que para los ciudadanos españoles, al exigir el requisito de la autorización previa para cualquier tipo de reunión que aquellos promoviesen. La exigencia contenida en este precepto llevó al Defensor del Pueblo a interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo, por entender que vulneraba el artículo 21 de la propia Constitución. El recurso interpuesto fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 115/87, en la que se consideró la inconstitucionalidad del mencionado artículo 7 de la Ley que exigía la autorización previa, por considerar que este vulneraba el contenido esencial del derecho de reunión. Así, el alto Tribunal español consideró que la exigencia de autorización administrativa previa no constituye un requisito procedimental para ejercer el derecho de reunión, fundamentalmente porque la Constitución de 1978 ha establecido un sistema de reconocimiento jurídico del referido derecho sin necesidad de dicha autorización. A partir de aquí, afirmó que la *libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria para que el derecho*

*sea reconocible como perteneciente al tipo descrito; al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la CE sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración.*<sup>7</sup>

Ahora bien, esta tesis del Tribunal Constitucional puede ser discutible, puesto que tal y como se puso de manifiesto en el voto particular formulado por tres magistrados (Tomás y Valiente, Rubio Llorente y García), el legislador español no es plenamente libre para regular el ejercicio de las libertades públicas de los extranjeros, pero los límites a los que aquel se encuentra sometido no se desprenden de los enunciados constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales y las libertades públicas, sino de los Tratados Internacionales, según se deduce de los artículos 13.1 y 10.2 de la propia Constitución. Entre dichos Tratados Internacionales son de destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, ambos ratificados por España, los cuales facultan a los legisladores nacionales para imponer a las referidas libertades las limitaciones *que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos o libertades de los demás* (el convenio de Roma añade la prevención del delito). A partir de esta argumentación, es posible concluir, y así lo hicieron los magistrados discrepantes, que la restricción que el legislador español impuso a la libertad de reunión

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 115/87, caso Ley de Extranjería.

es perfectamente compatible con los referidos Tratados Internacionales y, en consecuencia, congruente con la misma Constitución de 1978.

En definitiva, y a pesar de este voto particular, el Tribunal Constitucional, en lo que respecta al requisito de la autorización previa, ha igualado a extranjeros y españoles, porque para el más alto Tribunal español exigir aquella para los extranjeros, supone vulnerar el contenido esencial del derecho de reunión.

### **B. Miembros de las Fuerzas Armadas, jueces, magistrados y fiscales**

La titularidad del derecho de reunión puede presentar problemas con relación a determinadas personas por el hecho de pertenecer a ciertos colectivos, razón por la cual ven restringido el mismo. Ahora bien, hay que advertir que dichas personas ven limitado el ejercicio de ese derecho, en consideración a que son miembros de los mismos, no así en su condición de ciudadanos, en cuyo caso tales restricciones desaparecen. Nos estamos refiriendo a los miembros de las Fuerzas Armadas y a los jueces, magistrados y fiscales.

En lo que respecta a los miembros de las Fuerzas Armadas, la Ley Orgánica del Derecho de Reunión hace referencia a los mismos en dos de sus preceptos. Así, en el artículo 4.4 señala que la asistencia a reuniones o manifestaciones públicas por parte de militares vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición de militar *se regirá por su legislación específica*. Por su parte, el artículo 2 e) de la misma Ley excluye del régimen jurídico establecido en la misma a las reuniones que se celebren *en unidades, buques y recintos militares*, las cuales *se regirán por su legislación específica*.

La legislación específica a que se refieren estos preceptos se encuentra contenida, fundamentalmente,

en el artículo 180 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por la Ley 85/1978, de 28 de diciembre de ese año, a cuyo tenor se establece: *Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos en lugares públicos o privados, observando lo que con carácter general o específico, establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, social o reivindicativo.*

Podemos afirmar, por tanto, que los militares, en tanto que hagan ostensible su condición de tales, no podrán acudir a reuniones o manifestaciones públicas, según se desprende de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión y de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

En cuanto a los jueces y magistrados, estos han visto limitado su derecho de reunión en virtud de la Ley Orgánica 6/85, reguladora del Poder Judicial, puesto que la Constitución y la Ley Orgánica del Derecho de Reunión han guardado silencio sobre este punto. En efecto, el artículo 395.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prohíbe a jueces y magistrados, asistir en su condición de miembros del citado Poder, a cualquier reunión que no tenga carácter judicial, con la excepción de *aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial*.

También los fiscales han visto restringido su derecho de reunión y manifestación, puesto que según el artículo 59 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre de ese año, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, los miembros de este no podrán concurrir, *con carácter o atributos oficiales*, a cualquier

reunión o manifestación pública *en que ello no proceda en el ejercicio de sus funciones.*

Por consiguiente, y al igual que en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, los jueces, magistrados y fiscales en tanto que tales, tienen vedado, con carácter general, el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 21 de la Constitución de España.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, estamos en condiciones de poder afirmar que las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión se establecen para militares, magistrados y fiscales en su consideración de tales, quedando las mismas sin efecto cuando dichas personas actúan en su calidad de simples ciudadanos.

En efecto, de los mencionados preceptos de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión, de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se deduce claramente que militares, jueces, magistrados y fiscales podrán asistir a reuniones y manifestaciones públicas siempre que no lo hagan con el carácter de miembros de las referidas Fuerzas Armadas, del Poder Judicial o del Ministerio Fiscal, respectivamente.

### **C. Personas jurídicas**

La titularidad del derecho de reunión también es predicable respecto de las personas jurídicas. No otra cosa es posible deducir del artículo 4 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión, el cual señala que las reuniones y manifestaciones podrán ser promovidas y convocadas, tanto por personas físicas como jurídicas, siempre que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

La referencia de este precepto a las personas jurídicas en cuanto que sean promotoras y convocantes de dichos actos, nos permite afirmar la titularidad de este derecho por parte de las mismas.

### **III. Contenido y ámbito protegido**

En este epígrafe vamos a tratar de delimitar conceptualmente el contenido esencial del derecho de reunión.

El artículo 21 de la Constitución de 1978 se limita a reconocer este derecho, sin entrar, por tanto, a definirlo. Ha sido, pues, tarea de la doctrina jurídica elaborar un concepto adecuado del mismo. En este sentido, podemos definir el derecho de reunión como la posibilidad de agruparse en un lugar determinado, un número de personas, de manera temporal y con un mínimo de organización, las cuales han sido previamente convocadas con el objetivo de conseguir una finalidad lícita, consistente en el intercambio o exposición de ideas, la defensa de sus intereses o la publicidad de problemas y/o reivindicaciones.

Este concepto que acabamos de exponer para definir el derecho de reunión también resulta aplicable a las denominadas manifestaciones. Con esto, lo que queremos poner de manifiesto es que las manifestaciones son un tipo específico de reuniones. En efecto, las manifestaciones no son más que reuniones en movimiento en lugares de tránsito público. Por ello no podemos compartir la opinión de González Trevijano cuando afirma que el artículo 21 de la Constitución de 1978 contempla el derecho de reunión y manifestación como derechos diversos<sup>8</sup>. Consideramos que el artículo 21 contempla un único derecho: el de reunión, si bien reconoce la existencia de distintas modalidades del mismo. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, para el cual el derecho de manifestación es una de las modalidades del derecho de reunión.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> González Trevijano, P. J.: *La libertad...*cit.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1991.



Por otra parte, de la precitada definición se desprenden claramente cuáles son los elementos constitutivos o caracterizadores de toda reunión:

### **A. Agrupación de número de personas**

En este punto hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica del Derecho de Reunión considera reuniones solo a las agrupaciones de más de 20 personas (artículo 1.2). Consideramos que esta determinación numérica no tiene ningún sentido a efectos constitucionales, puesto que las reuniones que no alcancen ese número mínimo que establece la Ley, quedarán amparadas bajo la protección genérica que al derecho de reunión otorga el artículo 21 de la Constitución. En este sentido se ha señalado de una manera acertada que la cuantificación numérica indicada no tiene otra posibilidad que la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión de las reuniones de menos de 20 personas.<sup>10</sup>

La razón de esta exclusión radica, probablemente, en que el legislador ha considerado que con estas *pequeñas* reuniones es improbable que se produzcan conflictos con otros bienes o derechos constitucionales protegidos.

### **B. Previa concertación**

Ello que supone que las personas que se reúnen no lo hacen de manera casual, sino que han sido previamente convocadas para tal efecto. Con ello los participantes van a tener conocimiento de la fecha y lugar en que la reunión se celebre, así como la finalidad de la misma, a la cual asistirán voluntariamente.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Santamaría Pastor, J.A.: *op. cit.*, p. 414.

<sup>11</sup> García Morillo, J.: "La protección..."cit., p. 281.

Es precisamente este elemento el que permite distinguir a las reuniones de las simples agrupaciones espontáneas de personas. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que una cuestión efectuada mediante mesas petitorias en la vía pública no constituye una reunión. Así, señala el Alto Tribunal que *la mera aglomeración o confluencia causal de transeúntes en torno a una mesa petitoria carece del elemento subjetivo de toda reunión, consistente (...), en el concierto mutuo para concurrir, en el saberse participantes en una reunión.*<sup>12</sup>

### **C. Discontinuidad o temporalidad**

Lo que significa que las reuniones se desarrollan durante un período determinado. Normalmente, la reunión termina cuando los participantes ven satisfechas las finalidades que perseguían con el ejercicio del derecho. Es esta la nota que sirve para distinguir a las reuniones de las aglomeraciones momentáneas y de las asociaciones. Estas últimas son organizaciones con vocación jurídicamente duradera o continuada en el tiempo. No puede resultar, por tanto, extraño que el Tribunal Constitucional haya calificado a las reuniones de *asociaciones transitorias*.<sup>13</sup>

### **D. Finalidad**

Para que pueda hablarse de la existencia de una reunión es necesario, además de los elementos anteriores, que la misma persiga determinados fines, los cuales han de ser conformes con el ordenamiento jurídico, es decir, han de ser lícitos. Los fines perseguidos por una reunión

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 85/88, caso mesas petitorias.

<sup>13</sup> *Ídem.*

se pueden concretar en el intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses de todo tipo y la publicidad de problemas o reivindicaciones.

García Morillo añade, a estos cuatro elementos, otro: el carácter público de la reunión.<sup>14</sup> A su juicio, este carácter permite diferenciar a las reuniones, que son objeto de protección por el artículo 21 de la Constitución, de las reuniones privadas o familiares, las cuales, siguiendo a Alzaga,<sup>15</sup> serían desarrollo de la intimidad personal y familiar y de la inviolabilidad del domicilio, garantizados en el artículo 18.1 de la norma fundamental española.

Ciertamente, sobre este tema la doctrina no es para nada unánime, puesto que desde otra perspectiva se ha señalado que si la Constitución no define este derecho, toda reunión, cualquiera que sea su modalidad, se encuentra bajo el amparo del artículo 21 de constitucional.<sup>16</sup>

### **E. Desarrollo legal**

El derecho de reunión, como ya se refirió en líneas anteriores, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 9/83, la cual, indica su Preámbulo, pretende regular el núcleo esencial del derecho de reunión, ajustándolo a los preceptos de la propia Constitución.

Comienza la Ley señalando qué ha de entenderse por reunión, considerando por tal la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas con una finalidad determinada. De esta definición se desprende, como ya hemos mencionado, que quedan excluidas de su régimen jurídico aquellas reuniones cuyo número de participantes sea inferior a 20 personas.

<sup>14</sup> García Morillo, J.: *op. cit.*, p. 281.

<sup>15</sup> Alzaga Villamil, O.: *La Constitución...cit.*, p. 80.

<sup>16</sup> Santamaría Pastor, J.A.: *op. cit.*, p. 413.

Por su parte, La Ley también excluye de su ámbito de aplicación, una serie de reuniones referidas en su artículo 2, tales como:

Las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios.

Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad.

Las que celebren los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales sociales, sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, fundaciones, corporaciones, cooperativas, comunidades de propietarios y demás entidades legalmente constituidas en lugares cerrados para los fines propios de la profesión.

Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión.

Podemos afirmar que todas estas reuniones excluidas del ámbito de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión tienen un denominador común, que es el de ser reuniones privadas, convocadas bien por personas físicas, o bien, por personas jurídicas.

Además, se excluyen del régimen jurídico de esta Ley determinadas reuniones públicas, las cuales son objeto de regulación de leyes específicas. Entre estas podemos destacar, a título de ejemplo:

Las reuniones electorales, sometidas a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de ese año, de Régimen Electoral General.

Las reuniones que celebren los trabajadores en el ámbito de la empresa contempladas en el Estatuto de los Trabajadores.

Las reuniones que se celebren en unidades, buques y recintos militares, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 180 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

Respecto de estas reuniones, cuyo ejercicio aparece regulado en normas específicas, la Ley Orgánica del Derecho de Reunión tendrá carácter general y supletorio (disposición final de la citada ley), lo cual garantiza, en cualquier caso, un mínimo de protección y apoyo positivo al ejercicio de este derecho por parte de los poderes públicos.<sup>17</sup>

Por otra parte, la Ley Orgánica del Derecho de Reunión ha clasificado las reuniones sometidas a su régimen jurídico según el lugar en que se celebren; así distingue entre reuniones celebradas en lugares cerrados y reuniones celebradas en lugares de tránsito público y manifestaciones. Tanto para unas como para otras, la Ley, conforme con la Constitución, no contempla la exigencia de autorización previa, rompiendo así con la tradición legal española (Leyes de 1880 y de 1976).

En lo que respecta a las reuniones en lugares cerrados, la Ley Orgánica del Derecho de Reunión prevé la posibilidad de que sus promotores u organizadores soliciten la presencia en las mismas de delegados de la autoridad gubernativa, los cuales no podrán participar en las discusiones o debates que en dichas reuniones se susciten (artículos 6 y 7). Si ponemos en relación esa disposición con lo previsto en el artículo 3.2 de la citada ley, llegamos a la conclusión de que la presencia de este delegado en dichas reuniones tiene por objeto la protección del ejercicio del derecho frente a quienes intentaran perturbarlo o impedirlo.

En cuanto a las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, tanto la Constitución como la Ley, exigen que su celebración se comunique previamente a la autoridad gubernativa. La exigencia en

estos casos de este requisito es lógica, habida cuenta de que con su ejercicio se pueden menoscabar otros derechos del resto de ciudadanos no participantes en dichos actos.

La comunicación previa de la reunión o manifestación a la autoridad, debe hacerse por escrito y su contenido ha de ser congruente con la finalidad de la misma, es decir, debe comprender los datos estrictamente necesarios para que la autoridad gubernativa pueda tomar las medidas pertinentes, a efecto de proteger el ejercicio del derecho de reunión y evitar la incidencia negativa de este en otros derechos o bienes jurídicos igualmente protegidos.<sup>18</sup> En este sentido, la Ley señala que en el escrito de comunicación se hará constar el nombre, apellidos, domicilio y número de documento de identificación del organizador o de sus representantes, en el caso de personas jurídicas; lugar, fecha, hora y duración prevista; objeto de la reunión o manifestación; itinerario proyectado en caso de manifestaciones; y, medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten de la autoridad gubernativa.

#### ***F. Comunicación previa a la autoridad gubernativa como requisito para el ejercicio del derecho***

La Constitución exige la comunicación previa a la autoridad gubernativa de las reuniones que se celebren en lugares de tránsito público y manifestaciones. El incumplimiento de esta exigencia, ¿convertirá a dichas reuniones en lícitas y, por tanto, la autoridad podrá disolverlas o suspenderlas? Sobre este punto se ha pronunciado ya el Alto Tribunal español, para quien el requisito de la comunicación previa tiene por objeto

<sup>17</sup>García-Escudero Márquez, P. y Pendás García B.: "Régimen..." cit., p. 210.

<sup>18</sup>Alonso de Antonio, J.A.: "El derecho..." cit., p. 120.

permitir a los poderes públicos la garantía y salvaguardia del orden público, que puede verse alterado por el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público. En consecuencia, la comunicación previa constituye una auténtica condición o presupuesto para la utilización constitucional del mencionado derecho, cuya ausencia *puede conducir a la prohibición de este por la autoridad gubernativa, puesto que el único derecho de reunión que en lugar público se reconoce en el artículo 21.2 es el que necesariamente se ha de ejercer comunicándolo previamente a la autoridad*.<sup>19</sup>

Así pues, para el Tribunal Constitucional de España, la ausencia de este requisito concede a la autoridad la posibilidad de prohibir el ejercicio del derecho. Ahora bien, esta posibilidad hay que entenderla referida a aquellos casos en los cuales la falta de comunicación conlleva la imposibilidad de que la administración adopte las medidas necesarias para proteger el orden público.<sup>20</sup>

Por lo demás, el Tribunal Supremo considera que el incumplimiento del plazo establecido en la Ley para comunicar la celebración de la reunión o manifestación a la autoridad competente (entre 10 y 30 días), también puede conllevar su prohibición por aquella, puesto que de no exigirse el cumplimiento de dicho plazo, *la validez del preaviso quedaría relegada al albur de la circunstancialidad, con quiebra de la certidumbre del mismo para el titular del derecho, en cuanto a las condiciones de su ejercicio*. No obstante, y únicamente cuando existan circunstancias extraordinarias y graves,

el ordenamiento jurídico español admite que dicha comunicación pueda hacerse en un plazo inferior al citado (24 horas).<sup>21</sup>

### **G. Eficacia frente a particulares**

Resulta evidente que el derecho de reunión puede ser lesionado no solo por los poderes públicos sino también por los particulares. Partiendo de esta premisa, y teniendo en cuenta el artículo 9 de la norma fundamental española, que sujeta a la misma tanto a los poderes públicos como a los particulares, es posible afirmar la eficacia del derecho de reunión frente a terceros. En efecto, el derecho de reunión forma parte de la Constitución y, por tanto, también vincula a los sujetos privados. En consecuencia, los particulares deberán respetar el ejercicio de este derecho, absteniéndose de realizar aquellas acciones que pudieran impedirlo, debiendo además, en determinados casos (como, por ejemplo, en el supuesto de empresarios), proporcionar los medios necesarios para hacerlo posible.

En relación con este tema se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia 18/81, en la cual señaló que:

*...si bien el derecho de reunión se tiene en principio frente a los poderes públicos, es admisible y lógico que (...) se puedan contemplar también especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración, en la medida en que puede afectar en alguna manera al funcionamiento de la actividad de que se trate y en que requiere además normalmente la colaboración de la empresa privada o de la Administración para*

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 36/82, caso Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza.

<sup>20</sup> García Escudero y Pendás: *op. cit.*, p. 214.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1994.

*hacerlo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa).<sup>22</sup>*

De la vulneración de este derecho por terceros conocerán los tribunales ordinarios y, en último término, el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

#### **IV. Límites y conflictos con otros derechos**

##### **A. Reunión pacífica y sin armas**

De acuerdo con la Constitución, únicamente serán objeto de protección constitucional aquellas reuniones que se celebren pacíficamente y sin armas.

Por reunión pacífica hay que entender aquella reunión no violenta, esto es, será reunión pacífica aquella que no tenga por finalidad la comisión de actos violentos, o bien, aquella en cuyo desarrollo se causen actos de violencia significativos.

Tema discutido en la doctrina es si las reuniones que tienen por objeto la defensa o apología de acciones violentas ilegítimas serían encuadrables en la categoría de reuniones no pacíficas. Entendemos que la defensa de tales acciones no confiere a una reunión el carácter de violenta, puesto que es perfectamente factible que estas reuniones se desarrollen de una manera plenamente pacífica. Ahora bien, otra cosa es que la apología de acciones violentas constituya un ilícito penal, en cuyo caso, ciertamente, tales reuniones no podrán ser objeto de tutela jurídica.

Igualmente, tampoco podemos considerar reunión no pacífica, aquella en la que se producen determinados actos de violencia aislados por un número reducido de

participantes o aquellas en las que se producen ciertos desordenes, los cuales son inevitables en aglomeraciones multitudinarias de estas características.

De lo anterior se desprende que, para calificar una reunión de no pacífica, es necesario que los actos de violencia se produzcan o se pretendan por un número notable de asistentes. En este sentido, se ha señalado que para que la reunión no sea objeto de tutela constitucional porque genere violencia, es necesario que se trate de una situación apreciable y significativa, no localizada y accidental, jugando el principio de proporcionalidad un papel capital.<sup>23</sup>

También exige el artículo 21 de la Constitución de 1978 que la reunión sea sin armas. Por arma no es posible entender cualquier objeto que sea susceptible de causar un daño físico a otra persona, puesto que entonces pocos objetos podrían escapar a esta consideración. Una interpretación así de este término llevaría a restringir en exceso el ejercicio del derecho de reunión. Para evitar esto, a nuestro juicio, por arma hay que entender todo objeto cuyo uso normal sea atacar a otro o defenderse (pistolas, navajas, estacas, cadenas, etc.).

No es posible calificar de armadas a aquellas reuniones en las cuales solo unos pocos participantes porten armas. Deviene esencial, por tanto, determinar cuál es el número de asistentes que ha de portar armas para considerar que la reunión es armada y, en consecuencia, no podrá ser objeto de protección constitucional. Es evidente que tal circunstancia tendrá que determinarse en cada caso, siendo preciso acudir a criterios valorativos, es decir, debe ponderarse

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 18/81, Caso Blanco contra el Gobierno Civil de Barcelona.

<sup>23</sup> Santamaría Pastor, J.A.: *op. cit.*, p. 418.



adecuadamente el número de asistentes con armas, la calidad de estas, la actitud de los restantes concurrentes, el conocimiento o el control del hecho por los organizadores, etc.<sup>24</sup>

### **B. Ilícitud penal**

Hemos puesto ya de manifiesto cómo el ejercicio del derecho de reunión debe perseguir una finalidad, la cual ha de ser lícita. En este sentido, la Ley Orgánica del Derecho de Reunión faculta a la autoridad gubernativa a disolver y suspender las reuniones y manifestaciones ilícitas (artículo 5), entendiendo por tales *las así tipificadas por las leyes penales* (artículo 1.3). Por su parte, el Código Penal considera ilícitas dos tipos de reuniones: a) las que se celebren con el fin de cometer algún delito; y, b) aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos.

A las reuniones armadas ya nos hemos referido. El legislador penal lo único que hace es recoger el límite que al ejercicio de este derecho impone expresamente el artículo 21 de la Constitución de España, considerando a tales reuniones ilícitas y, por tanto, punibles.

En cuanto a las reuniones que se celebren con el fin de cometer algún delito, el dato fundamental que individualiza esta modalidad delictiva es el objeto perseguido por quienes conforman la reunión, consistente en la comisión de un delito.<sup>25</sup> Por delito habrá que entender aquellas acciones así tipificadas en el Código Penal y en las Leyes Penales especiales. Para considerar por esta circunstancia a una reunión ilícita,

es necesario que en la mayoría de los asistentes esté presente la intención de realizar alguna acción delictiva, siendo insuficiente, pues, que este propósito solo esté en la mente de unos pocos.

Un supuesto específico de ilicitud penal se contempla en el artículo 494 del Código punitivo español, el cual tipifica como delito la celebración de reuniones y manifestaciones ante las Cámaras legislativas, estatales o autonómicas, cuando estén reunidas. Esta limitación del derecho de reunión tiene por objeto evitar que los representantes populares se vean sometidos a presiones a la hora de elaborar las leyes. Por ello consideramos justificada la misma, puesto que lo que no se puede pretender con el ejercicio del derecho, es que los representantes de los intereses generales se conviertan en representantes de los intereses de un determinado grupo o colectivo.

### **C. El orden público y la garantía de personas y bienes**

El artículo 21.2 de la Constitución de España, faculta a la autoridad gubernativa a prohibir el ejercicio del derecho de reunión cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes, estableciendo así expresamente un límite al ejercicio del derecho.

Por su parte, y congruentemente con este mandato constitucional, la Ley Orgánica del Derecho de Reunión habilita a la autoridad para suspender y disolver las reuniones y manifestaciones en las que concurren estas circunstancias (artículo 5.b).

El concepto de orden público es una noción jurídica indeterminada, que, por tanto, debe ser objeto de interpretación jurídica; interpretación que debe ser restrictiva, favoreciendo así el ejercicio del derecho

<sup>24</sup> García Escudero y Pendás: *op. cit.*, p. 208.

<sup>25</sup> Orts Berenguer, E.: "Reuniones..."*cit.*, p. 87.

fundamental. En este sentido, la doctrina considera que el orden público a que hacen referencia los citados preceptos, tanto el constitucional como el legal, hay que entenderlo en sentido material, en tanto que *limitación de un derecho por razón de tranquilidad, seguridad o salubridad pública*.<sup>26</sup>

Ahora bien, la alteración del orden público sin más no es suficiente para que la autoridad prohíba, suspenda o disuelva una reunión o manifestación. La Constitución de España y la Ley Orgánica del Derecho de Reunión requieren que esa alteración vaya acompañada de peligro para personas y bienes. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado:

*...aun admitiendo que la alteración del orden público se produce cuando injustificadamente se limita el derecho a la libre circulación, es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes, situación de peligro que hay que estimar cumplida cuando de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia física o, al menos moral con alcance intimidatorio para terceros.*<sup>27</sup>

#### **D. Uso de uniformes paramilitares por los asistentes**

Las reuniones en las que se haga uso de este tipo de uniformes serán suspendidas y disueltas por la autoridad gubernativa (artículo 5 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión). La inclusión de este límite por el legislador es consecuencia directa del mandato constitucional, según el cual, toda reunión debe ser pacífica. Es bastante presumible que las reuniones en las que la mayor parte

de los asistentes aparezcan ataviados con uniformes de dicho carácter tendrán por objeto la comisión de actos violentos.

#### **E. Conflictos con otros derechos y bienes**

El ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público y manifestaciones impide, generalmente, el normal ejercicio de otros derechos por parte de los ciudadanos que no participan en las mismas, fundamentalmente el derecho a la libre circulación. En este caso, pues, estamos ante un conflicto de derechos, que habrá de ser resuelto por los órganos jurisdiccionales mediante una adecuada ponderación, caso por caso.

Igualmente el ejercicio de este derecho puede entrar en colisión con la dignidad y la integridad moral de las personas. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que el derecho de reunión y manifestación no comprende la posibilidad de ejercer una violencia moral intimidatoria sobre terceros, *porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral*.<sup>28</sup>

#### **V. Garantías generales y jurisdiccionales**

##### **A. Reserva de ley**

El derecho de reunión y manifestación está reconocido en el artículo 21 de la norma fundamental española y, por tanto, en la sección I del Capítulo II del Título I. En consecuencia, y a tenor del artículo 53.1 de la propia Constitución, solo por ley podrá regularse el ejercicio del citado derecho; ley que, además, deberá ser orgánica, según lo dispuesto en el artículo 81 de la misma.

<sup>26</sup> Alonso de Antonio, J.A.: *op. cit.*, p. 110.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 59/90, caso Federación del Campo de CC. OO.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 2/82, caso despido de un aprendiz de un almacén de frutas.

### **B. Garantías jurisdiccionales**

El derecho de reunión, en tanto que es un derecho fundamental, está protegido mediante el amparo judicial ordinario y el amparo constitucional.

En cuanto al amparo judicial ordinario, hay que señalar que la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de ese año, que trata sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, prevé, junto al procedimiento normal (artículo 8), un procedimiento específico, concretamente en su artículo 7.6, el cual también aparece contemplado en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión.

En lo que se refiere a este último, el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público y manifestaciones requiere, como ya hemos mencionado, comunicación previa a la autoridad, con una antelación de 10 días naturales, como mínimo, y 30 como máximo (art. 8 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión). Presentado el escrito de comunicación, la autoridad gubernativa puede adoptar tres posturas: aceptar las condiciones de la reunión o manifestación; prohibir la celebración de la misma cuando considere que existen razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes; o proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario. En estos dos últimos supuestos, la decisión de la autoridad deberá notificarse en el plazo de 48 horas.

En caso de que los promotores u organizadores no estén de acuerdo con la prohibición o modificación efectuada, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión prevé un procedimiento especialmente rápido, puesto que tendrá una duración de 9 días como máximo, de tal forma que la resolución judicial tenga lugar antes de la fecha señalada para la celebración de la

reunión. Así, si esta fuera favorable, la reunión se podrá celebrar el día fijado y de acuerdo con las condiciones previstas por los organizadores.

De lo dicho hasta ahora, podemos afirmar que tanto el plazo mínimo de antelación de 10 días, previsto por la Ley para presentar la comunicación previa, así como este procedimiento, tienen por finalidad beneficiar a los organizadores y promotores de la reunión, favoreciendo el ejercicio de este derecho.

Este procedimiento específico y sumamente acelerado se caracteriza por las siguientes peculiaridades o notas:

1. No existe demanda, por lo que se inicia simplemente con la interposición de un recurso contencioso administrativo en el plazo de 48 horas desde que tengan conocimiento de la decisión de la autoridad.
2. En el plazo de 5 días, el órgano judicial convocará a las partes (Abogado del Estado, Ministerio, Fiscal y a los promotores o a sus representantes) a una audiencia, para que estas expongan lo que crean conveniente y a continuación resolverá sobre el mantenimiento o revocación de la prohibición así como de las modificaciones propuestas, sin que quepa ningún recurso contra esta decisión.

3. Dado lo exiguo de los plazos que caracterizan a este procedimiento, el acto administrativo de prohibición o de modificación no se suspende.

Por último, señalar que la decisión judicial que ponga fin a este procedimiento, será susceptible de recuso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

### **C. Suspensión**

De acuerdo con el artículo 55 de la Constitución de España, el derecho de reunión podrá ser suspendido

cuando se declaren los estados de excepción o de sitio. Consecuentemente con este precepto constitucional, la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de ese año, de los estados de alarma, excepción y sitio, contempla la suspensión del derecho en estos dos últimos casos, en los artículos 22 y 32, respectivamente.

La suspensión de este derecho supone la posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones, así como disolver las mismas. No obstante, se exceptúan de esta posibilidad las reuniones que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que tienen encomendados por los artículos 6 y 7 de la Constitución de 1978. Se garantiza de este modo la normalidad del funcionamiento de estas instituciones, básicas en la sociedad democrática.<sup>29</sup>

## VI. Bibliografía

- Alonso de Antonio, J.A.: “El derecho de reunión en el ordenamiento jurídico español”, en RFDUCM Monográfico nº 15, 1989.
- Alzaga, O.: *La Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático)*, Madrid, 1978.
- Carrillo, M.: “La tutela jurisdiccional del derecho de reunión”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 7, 1995.
- De Esteban, J. y González Trevijano, P.J.: *Curso de Derecho Constitucional Español*, Vol. II, Madrid, 1993.
- Embid Irujo, A.: “El derecho de reunión y su protección: referencia especial a la protección judicial”, en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, 1983.

<sup>29</sup> Pérez Tremps: *Derecho...cit.*, p. 451.

- García-Escudero Márquez, P. y Pendás García B.: “Régimen jurídico del derecho de reunión”, en *Revista de Derecho Político*, nº 22, 1986.
- García Morillo, J.: “La protección judicial de los derechos fundamentales”, en López Guerra, L., Espín, E., y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Valencia 1994.
- González Trevijano, P. J.: *La libertad de circulación y residencia*, Madrid, 1991.
- Guaita Martell, A.: “Los derechos fundamentales de los militares”, en *Libro homenaje a Villar Palasí*, Madrid, 1989.
- Orts Berenguer, E.: “Reuniones y manifestaciones ilícitas”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo II, Madrid, 1983.
- Pérez Francesca, J.L.: “El derecho de reunión”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1988.
- Pérez Tremps, en López Guerra, L., Espín, E., et. al.: *Derecho Constitucional*, Vol. I, Valencia, 1994, p. 451.
- Sánchez Freís, R.: *Estudio sobre las libertades*, Valencia, 1989.
- Santamaría Pastor, J.A.: “Artículo 21”, en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por Garrido Falla, Madrid, 1985.
- Soriano Díaz, R.: “Derecho de reunión”, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigido por Alzaga Villamil, Madrid 1984.
- Torres Muro, I.: *El derecho de reunión y manifestación*, Madrid, 1991.

## Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC 18/81, caso, Blanco contra el Gobierno Civil de Barcelona.

- STC 2/82, caso despido de un aprendiz de un almacén de frutas.
- STC 36/82, caso Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza.
- STC 115/87, caso Ley de Extranjería.
- STC 85/88, caso mesas petitorias.
- STC 59/90, Caso Federación del Campo de CC OO.

### **Sentencias del Tribunal Supremo**

- STS de 27 de enero de 1987.
- STS de 19 de julio de 1988.
- STS de 26 de junio de 1991.
- STS de 8 de febrero de 1993.
- STS de 12 de diciembre de 1994.
- STS de 7 de febrero de 1995.
- STS de 15 de enero de 1996.
- STS de 28 de octubre de 1996.

### **Legislación**

- Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.
- Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.
- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

## **El sistema penitenciario: actualidad y propuestas**

*José Luis Musi Nahmías<sup>1</sup>*

SUMARIO: Introducción. I. Propuestas concretas.

### **Introducción**

El México actual ha enfrentado, en los últimos años, fuertes retos económicos que han afectado el modelo de desarrollo que se venía aplicando, su repercusión en el aspecto social ha tenido un gran efecto en la impartición de justicia y en los niveles de seguridad de la ciudadanía.

El Estado y, más concretamente, el gobierno, resulta siempre, y crecientemente de un tiempo a hoy, pagano por partida doble: es el estadio público el que sostiene esta pesada carga y es el capital político de la legitimidad institucional del gobierno, el que se ve marginado diariamente por la cuestionable eficacia con la que gobierna y administra las instituciones de reclusión y/o readaptación social.

Cobrar conciencia de todos esos costos es ya un primer signo de modernidad; analizarlos, abatirlos y distribuirlos más equitativa y racionalmente es un esfuerzo obligado, inmersos, como estamos, en un reto de modernización al que estamos comprometidos.

El tema de las prisiones, gana espacio creciente en los diarios y la crítica a lo que ocurre en tales establecimientos convoca cada vez más suscriptores en los corrillos de todos los estados. El gasto en esta

<sup>1</sup> Licenciado en Psicología. Psicoterapeuta y psicoanalista. Con estudios en Criminología Psicocriminal, posgrado en Desarrollo Humano y, actualmente, doctorando en Política Criminal. Experiencia de 42 años en Penitenciarismo.



materia, crece cada día y la preocupación de las autoridades y la sociedad, aumenta a medida que el tiempo transcurre. En materia de prisiones, cárceles y demás centros de reclusión e internamiento en nuestro país, poco es lo que de cierto, completo y profundo se sabe y quizá, ya demasiado, es lo que se dice, condena y pontifica, recayendo sobre el sistema penitenciario la carga total del problema.

El artículo 18 constitucional establece que serán: los gobiernos de la federación y de los Estados los que organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones; sin embargo, tanto la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, como la Ley de Normas Mínimas asignan al gobierno federal –a través de la Secretaría de Seguridad Pública Federal– una facultad normativa y una competencia integradora en relación con la articulación de lo que pudiera llamarse, empleando los términos constitucionales, *el sistema penal o penitenciario del país*.

Son funciones de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, realizadas a través del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, el ejecutar las sentencias dictadas por las autoridades judiciales penales en todo el territorio en materia federal, así como aplicar la ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados. A los Estados corresponde la aplicación de la ley de ejecución de la propia materia para los internos por delitos del fuero común.

La administración en la ejecución de las sentencias, abarca desde que causa ejecutoria la sanción con pena corporal o sustitutivo penal, hasta la compurgación total de la pena en un centro penitenciario o a través del otorgamiento de algún beneficio de libertad anticipada.

No es a través del endurecimiento de los criterios como se logrará nuestro objetivo para la inmensa mayoría de los casos.

El sistema se funda en la individualización de la pena, en el estudio de personalidad de cada sujeto y en su adecuada clasificación. Se ha creído conveniente acoger el régimen progresivo y técnico como parte del sistema penitenciario, pues en él se consignan las normas generales a las que deberá sujetarse: el trabajo, la educación, las relaciones exteriores y la disciplina de los internos como medida de tratamiento.

Sin embargo, es necesaria una nueva ley de ejecución de sentencias que cubra el gran vacío existente por la falta de una legislación adecuada, pues a pesar del gran avance que significó la promulgación de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados desde el año de 1971, sigue fraccionada e incompleta dentro de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales, así como contrapuesta con leyes como la actual sobre delincuencia organizada, a pesar de sus reformas.

Ello ha ocasionado una sensible crisis penitenciaria de carácter nacional, cuyos principales elementos son: la saturación de los penales, con la mezcla de la población procesada y sentenciada con diferentes niveles de peligrosidad y características biopsicosociales, así como la falta de coordinación para la aplicación de un programa de prevención y readaptación social de observancia general para todas las entidades federativas. Solo Porfirio Díaz y, mucho después, una pléyade de penitenciaristas encabezados por Sergio García Ramírez, han hecho verdaderas reformas, es tiempo ya de una nueva reforma integral a la altura de las circunstancias.

Esta dispersión fáctica, propiciada por una

conurrencia de autoridades normadas por la Constitución y por las leyes, aunada a la debilidad jurídica a la que se enfrenta en su vocación normativa e integradora, la autoridad federal –Secretaría de Seguridad Pública Federal– contribuye, no solo a explicar la inexistencia de *un sistema penitenciario* en el país, sino a la carencia de una perspectiva general acerca del estado que guarda tal *sistema*, basada en un diagnóstico prospectivo completo, físico y operativo, amplio y profundo.

En la práctica, no puede hablarse de que existe *un sistema penal* o penitenciario en el país; existen 32, uno por cada entidad federativa, más la Colonia Penal Federal de Islas Marías (que habrá que reconceptualizar, optimizando su operación) y los nuevos Centros Federales de Readaptación Social de: Almoloya de Juárez, Estado de México; Puente Grande, Jalisco; Matamoros, Tamaulipas; Tepic, Nayarit; y el Centro Federal de Rehabilitación Psicosocial en Cuautla, Morelos, que gobierna y administra directamente la federación. Más aún, en la realidad práctica existen 454 sistemas penitenciarios, tantos como prisiones hay en el territorio nacional, sin que se apliquen los programas de prevención y readaptación social por la carencia de recursos, el empirismo y la improvisación de autoridades y la falta de coordinación interinstitucional; ello, aunado a una crisis existente en la percepción y en la infraestructura actual, que no ha dejado de ser parcial.

No obstante lo anterior y, precisamente, por lo ingente que resulta el contar con una perspectiva global del *sistema penitenciario*, ante la creciente problemática que enfrenta hoy en día, la Secretaría de Seguridad Pública Federal, hace el esfuerzo por allegarse de la información necesaria para configurar tal planteamiento

pese a la inercia que, hacia la dispersión, el *sistema* muestra, sin que a la fecha exista una visión sistémica integral de la prevención y la readaptación social.

De dicha investigación resulta, en una primera impresión que:

- No puede hablarse de un *sistema penal y penitenciario* nacional, sino de un agregado normativo, administrativa y operativamente disperso en el funcionamiento de tal número de centros.
- Ni en la denominación de dichos establecimientos se cumple la normatividad aplicable, ya que existen diferentes nombres para referirse a ellos.
- No existe un diagnóstico físico y operativo, amplio y profundo que abarque a todos los centros de reclusión del país y que permita una planeación integral del sistema penitenciario, tanto estatal como federal.
- No existen estudios sociocriminológicos que nos permitan conocer, con profundidad, la etiología del delito y las líneas o programas de acción para abatirlo y prevenirlo, en su caso.
- No existe un sistema nacional de información penitenciaria confiable y suficiente sobre bases criminológicas, que permita la toma de decisiones certeras, e incidan en la actividad legislativa.
- La tendencia demográfica del sistema es explosiva, sobre la capacidad instalada y, cada vez más, se recurre a la mayor penalización de los delitos y sus actores, sin un sustento de política criminal serio.
- Existen serias limitaciones de recursos financieros y humanos, sin poder precisar los alcances de estas, pues no existe un sistema confiable de costos ni de presupuestos en general, que permita

estimar, con base, el costo real por día-interno, ni sus formas de financiamiento y su posibilidad de recuperación.

- No existe un programa serio de rentabilidad penitenciaria (industria y comercio).
- Del total de los internos en el país (212,774), 91,276 se encuentran aún sujetos a proceso y, por lo mismo, a disposición del Poder Judicial Federal o Local (presos sin condena).
- Se tiene un rezago incuantificable en el desahogo de los pasos del proceso y del otorgamiento de beneficios de libertad anticipada, sin criterios claros, en relación con los requisitos que deben cubrir los internos para el logro de su libertad.
- Se registra una muy *sui géneris* distribución de la población interna, pues más del 82% del total están reclusos en tan solo el 25% del total de los establecimientos. No existen instituciones que atiendan, de manera eficiente, a la población penitenciaria en centros de mínima, media y máxima seguridad o, mejor dicho, en centros cuyos sistemas sean abiertos, semiabiertos y cerrados.
- No existe un sistema federal de prisiones como tal, para atender integralmente a aquellos que se encuentran reclusos por delitos federales.
- En virtud de la carencia de un sistema nacional de información penitenciaria, se desconocen las tasas reales de reincidencia y sus causas, lo que no permite medir la eficacia de la prisión como medida preventiva y como instrumento de readaptación social.
- Existe un considerable número de internos inimputables que, de acuerdo a la ley, deberían ser atendidos por instituciones de salud, sin

que sean trasladados a estas, por problemas de coordinación y cupo. Esperamos contar con más centros federales de rehabilitación psicosocial, y que la Secretaría de Salud Federal asuma su responsabilidad por tratarse de enfermos mentales y/o adictos a drogas.

- La violencia en el interior de los centros va en aumento, así como las fugas, y la contaminación criminal crece sin control.
- El deterioro físico de los centros es evidente, pues se carece de programas de mantenimiento preventivo y correctivo.
- Los índices de drogadicción en el interior de los centros crecen de manera alarmante, sin programas preventivos y de rehabilitación en todo el país.
- Las aportaciones mutuas entre federación y entidades federativas, por concepto de manutención de internos, están totalmente rezagadas y debieran pagar otros servicios técnicos que se brindan en todos los Estados y que son la base de la readaptación social.
- Inexistencia de un programa de educación escolarizada formal, trabajo y de capacitación para el mismo, con el apoyo de los diferentes sectores sociales y del gobierno.
- Los esfuerzos en materia de capacitación y adiestramiento al personal del *sistema* son muy escasos (casi nulos), carentes de una norma que garantice la continuidad para los efectos del establecimiento de un servicio civil de carrera en la materia, empezando por un programa de reclutamiento y selección de personal confiable. Todavía hoy, la Academia Nacional de Seguridad

Pública no cuenta con los cursos de formación especializados en materia penitenciaria.

- La tramitación y el otorgamiento de los beneficios de libertad anticipada, que el marco normativo – tanto federal como local– prevé, están sujetos a un ejercicio discrecional, ahora endurecido, por lo que debiera ya existir, en nuestro país, la figura del juez de ejecución de sentencias y vigilancia penitenciaria, con autonomía suficiente en sus funciones.
- No existen normas claras sobre bases técnicas para la planeación, el diseño y la construcción de nuevos centros, basadas en la integralidad sistémica.
- No existen normas tipo de carácter jurídico, administrativo y operativo, que tiendan a homologar el sistema penitenciario nacional.

En una primera impresión, lo anteriormente reseñado, llevaría, fácilmente, a concluir que *el sistema penitenciario* enfrenta una seria crisis, cuyos signos son: desarticulación, sobrepoblación, dispersión, pobreza, corrupción y violencia. Este diagnóstico puede llevar al corolario de que hay que buscar una solución para el problema penitenciario en sí mismo, pues son las prisiones las que están en crisis, en tanto que registran este tipo de problemas, y que la solución está, solamente, por la vía de incrementar la cantidad y la calidad de la oferta institucional. ¿Sería un problema racionalizar y optimizar la administración penitenciaria y canalizar mayores recursos a este tipo de servicios públicos y, de manera especial, a la puesta en marcha de un amplio y profundo programa permanente de prevención general del delito?

Sin embargo, un acercamiento más detenido y una reflexión de más fondo, orientaría hacia una perspectiva más amplia.

El sistema penitenciario, cualquiera que fuera su estado de integración y administración, no es sino una parte de todo el proceso de procuración e impartición de justicia, y no la parte más activa. Por cierto, en dicho proceso participan los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, siendo a este último, en sus diferentes esferas de gobierno, a quien corresponde la coordinación y la administración del conjunto de establecimientos que, articuladamente, están llamados a conformar el sistema penitenciario del país, sustento de la prevención y la readaptación social.

En esta óptica, la problemática que actualmente se registra en las prisiones, no puede verse parcial ni aisladamente, sino por el contrario, como la consecuencia de todo el proceso de procuración e impartición de justicia en el que participan los tres poderes. En tal caso, no es el sistema penitenciario per se el que atraviesa por una crisis, **sino todo el sistema de procuración e impartición de justicia el que hace en las prisiones** a cargo del Poder Ejecutivo en sus diferentes instancias, sin desconocer que el propio sistema penitenciario tiene su propia crisis.

Un análisis de nuestras leyes penales muestra la facilidad que el legislador ha tenido y tiene una manifiesta proclividad por la pena de prisión, como recurso preventivo ante los hechos delictivos, signo de ello es que, contrario a otros países, en México la mayoría de las figuras delictivas tienen prevista la pena de prisión como consecuencia, frente a otros países que la aplican, solo para un menor número de delincuentes. Otro signo es que la mayor parte de esos tipos delictivos no cuentan con la posibilidad de la libertad anticipada ni con los sustitutivos de la pena de prisión.

Signo también de ese rezago, es que nuestro legislador ha tendido al incremento de los años de prisión cuando se ha tratado de combatir más *eficazmente* algún tipo de delito; y, es, en las prisiones, donde se registran las consecuencias de tal proceder. Diríase que la primera sobrecarga que el sistema penitenciario resiente en nuestro país es la legislativa. Por su parte, el propio Ejecutivo, en su esfuerzo por brindar mayor seguridad a la población, ejerce un mayor dinamismo a través del ministerio público, lo que también impacta al sistema penal y penitenciario en particular.

El Poder Judicial, en la aplicación de la ley que ya trae consigo una carga penitenciaria, le añade una tercera presión al sistema penal: los modos y tiempos de actuar; hoy en día, el Poder Judicial en México sigue siendo un poder de tiempo parcial, al que añade un ejercicio escrito del Derecho en una práctica habitual, sin emplear aún los recursos de la técnica y la ciencia moderna; ello dilata los procesos, en tanto que el sistema penal y penitenciario resiente los efectos, ya que retiene y sostiene al interno procesado, *al preso sin condena*.

Son tres las presiones que el sistema penal o penitenciario resiente: una ley excesivamente carcelaria, un explicable dinamismo del ministerio público y una lentitud considerable del proceso judicial. Tres presiones considerables ejercidas sobre un sistema penal manifiestamente desarticulado y débil. ¿Qué de extraño tiene que sea este eslabón, y no los otros tres, el que ceda con las consecuencias críticas ya mencionadas?

En esta óptica, no es posible plantear opciones viables a la problemática de las prisiones, sin pensar en activar en paralelo, sobre los otros tres eslabones de la cadena del proceso de impartición de justicia.

En tanto no se haga un planteamiento integral y paralelo a los diversos frentes, poco se conseguirá en la solución de la problemática del sistema penitenciario nacional o estatal y mientras se carezca, por supuesto, de estudios serios socio-criminológicos que permitan establecer lineamientos claros de política criminal, no conseguiremos nuestro objetivo.

## I. Propuestas concretas

### A. Marco jurídico

- Analizar la posibilidad de modificar el artículo 18 constitucional, facultando a la Secretaría de Seguridad Pública Federal (Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social) para que organice y coordine, de manera integral, el Sistema Nacional Penitenciario.
- Crear un marco jurídico basado en la concertación, a través de un programa penitenciario de aplicación nacional, cuyos objetivos sean tanto de readaptación como de prevención social; a fin de unificar criterios y optimizar el uso de los recursos, **respetando la soberanía de los Estados, con la participación de todos**.
- Apoyar la elaboración de un programa nacional penitenciario con:
  - A. Decreto de ley que lo apruebe.
  - B. Reglamento interior del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social.
  - C. Leyes de ejecución de sentencias nuevas y adecuadas a las condiciones actuales de criminalidad.
  - D. Reglamento interno tipo para los Centros Preventivos y de Readaptación Social del país.



E. Mínimos de homologación en cuanto a la planeación integral, normas de diseño, construcción y equipamiento, en lo jurídico, administrativo, técnico y en seguridad institucional.

### **B. Política de readaptación**

- Debe corresponder al Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, **determinar los lineamientos para la aplicación de los tratamientos en todos los Centros de Readaptación Social del país, para los internos federales y estatales**, en concordancia con sus principios rectores y **con la participación y aportación de todos**, para el manejo, tanto de los tratamientos como de las propuestas, para la liberación anticipada, así como la aplicación, cada vez mayor, de los sustitutivos de la pena de prisión.
- Debe llevarse a la práctica la función de establecer los criterios de selección, formación, capacitación, evaluación y promoción del personal que presta sus servicios en las instituciones de readaptación social, evitando el empirismo y la improvisación.
- Debe llevarse a la práctica un fuerte programa informativo de lo que ocurre en la sociedad para los internos, censurando notas rojas y aspectos que induzcan a la violencia, coordinado por la autoridad responsable, evitando la apología del delito.
- Es recomendable aplicar a los internos con fuertes indicios de readaptación, las modalidades de la libertad anticipada que indica la Ley de Normas Mínimas y las de ejecución de penas estatales, a partir de contar con un dictamen

técnico favorable, transparente, confiable, con sustento científico.

- No debe perderse de vista que la ejecución de la pena tiene, como fundamento primordial, readaptar para reintegrar al individuo a la sociedad, a través de un tratamiento técnico, progresivo, curativo, humanitario, preventivo y no represivo, respetemos los criterios técnicos, una ejecución de sentencias más expedita.
- Debe practicarse, periódicamente, una evaluación del personal penitenciario en funciones, a efecto de que solo continúe prestando sus servicios, el que sea apto para contribuir a la readaptación social.
- Es necesaria la unificación de criterios.
- El Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social y sus homólogos en los Estados, deberán contar con un área específica de investigación jurídico-criminológica, que apoye las labores y realice propuestas que permitan avanzar en las tareas de prevención y readaptación social, y que elabore propuestas de lineamientos en materia de política criminal para la prevención del delito, poniendo estas en manos del Poder Legislativo.
- Debe crearse la figura del juez de ejecución de sentencias y vigilancia penitenciaria, con autonomía en sus funciones a nivel federal, para que sea este quien otorgue los beneficios de libertad y vigile la operación de los centros y el adecuado tratamiento para los internos, suprimiendo la actual discrecionalidad con que se otorgan.

### **C. Política de prevención social**

- Las actividades de prevención social se encuentran limitadas al escaso control y vigilancia de los sentenciados en libertad.
- Es necesario dar auge a un programa que identifique las áreas de prevención social prioritarias para la seguridad de la ciudadanía y de la sociedad en su conjunto. Un verdadero programa nacional de prevención general y especial dentro del sistema nacional de seguridad pública.
- Es necesario contar con un programa de prevención especial (primaria, secundaria y terciaria) para evitar la comisión de delitos y, sobre todo, la reincidencia.

### **D. Registro nacional de identificación de sentenciados**

- Debe corresponder al Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación social, operar y mantener actualizado el banco de datos criminológicos y criminalísticos a nivel nacional.
- Se han realizado esfuerzos loables en administraciones anteriores y en la actual, por contar con un archivo decadactilar eficiente, ágil y oportuno, que preste servicios a todos los juzgados del país en materia de antecedentes penales, sin grandes resultados, debido a la falta de continuidad e interés. Debe avanzarse en el programa nacional de identificación de sentenciados en coordinación con el Poder Judicial Federal y local.
- Ideal sería contar con instituciones de mínima, media y máxima seguridad para internos, cuya peligrosidad criminológica recaiga en estas categorías, ya que los sistemas de tratamiento

deben ser diferentes para cada una de ellas y, por supuesto, los sistemas de seguridad *ad hoc* y la formación de su personal.

- Debe crearse un sistema de capacitación y adiestramiento para el personal directivo, técnico, administrativo y de custodia, evitando el empirismo y la improvisación. La única forma de lograrlo será estableciendo un servicio civil de carrera en la materia.
- El panorama analizado en este trabajo, nos conduce a una reflexión que, en un intento de concreción, puede establecerse que:
- Es preciso integrar, hilvanar todos los esfuerzos, planteamientos y criterios, hasta ahora dispersos, en materia del sistema penitenciario, con la participación de todos los Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- Es urgente imprimir el sentido que debe tener dicho sistema en el rescate de esa población, para reincorporarla al desarrollo del país en el pleno ejercicio de sus derechos.
- El único y definitivo método para lograrlo es hacer de las cárceles auténticos centros de readaptación, con el apoyo de los Poderes Legislativo y Judicial, todos juntos ante un mismo objetivo.

Ahora bien, ¿cómo enfrentar la delincuencia?; ¿cómo disminuirla? Podemos afirmar que no se puede tener éxito si solo se enfrenta con el aparato represivo, tienen que intervenir otros agentes del desarrollo social. ¿Qué podemos esperar de la prisión? No puede contener la delincuencia, ni evitar la reincidencia. En una sociedad democrática no se resuelven los problemas con más códigos, más penas para más delitos, más y más. No cabe duda que el sistema penal es el reflejo de

las expectativas, deseos, anhelos y esperanzas de una sociedad, es, sin duda, su reflejo moral.

Nunca antes se han reformado tanto las leyes, la Constitución, los códigos, etc., como en los últimos 5 años en nuestro país, esperamos que también se reformen nuestras leyes penitenciarias; necesitamos lucidez, claridad, mesura para reformar y contar con nuevas leyes modernas, que equilibren los deseos de una sociedad que se encuentra ofendida, molesta por la delincuencia. No es tan fácil tener juicio equilibrado; es asunto de reflexión y meditación más profundas.

No es bueno ni el riesgo excesivo, ni tampoco la amplia benevolencia, hay que equilibrar.

Ya sabemos que la pena tiene un fin retributivo y debe ser proporcional a la falta cometida, pero realmente, ¿es así, en atención a los fines de la prisión?

La prisión tiene una función también política de intimidación. ¿Realmente intimida? ¿Se logra este objetivo? La expiación, que es un fin moral, ¿se logra? Contener o prevenir es otro objetivo, ¿se logra?; ¿se está llegando al objetivo planteado? Y bueno, finalmente está el tema de la readaptación, reinserción, resocialización, cuyo objetivo común no es otro que rescatar al hombre.

La readaptación es una acción sobre las causas individuales del delito y permite que el ciudadano recupere su libre albedrío para conducirse con autonomía y libertad.

Hay que pensar sobre el tipo de presos que existen, y que, al parecer, continuarán sobre la misma línea; una delincuencia más violenta, más organizada, más dolosa, más inteligente.

Finalmente, recomendamos como urgente, para sentar las bases de una reforma penitenciaria, la elaboración de:

1. Proyectos arquitectónicos-funcionales tipo para penitenciarias o centros de ejecución de penas y para centros preventivos, con diferentes capacidades de población. Ejemplo: centros de mínima, media y máxima seguridad o para centros mixtos, con su necesaria y debida separación entre procesados y sentenciados, hombres y mujeres, etc.
2. Reglamentos tipo internos para los diferentes centros de reclusión, tomando en consideración sus leyes y reglamentos, así como las normas internacionales a cuyo cumplimiento estamos obligados, etc. (marco jurídico-normativo).
3. Plantillas de personal tipo para los centros.
4. Estructuras orgánicas tipo para los centros.
5. Manuales generales de organización tipo (funciones por área y procedimientos).
6. Sistemas de diagnóstico, clasificación y tratamiento tipo para los diferentes centros enunciados de manera general en el primer punto.
7. Sistemas integrales de seguimiento acerca de la evolución del interno, desde su ingreso a prisión hasta su libertad total, y el control de los beneficios de libertades anticipadas.
8. Sistemas de administración tipo para los centros que contemplen la rentabilidad institucional.
9. Manuales de creación y puesta en operación del expediente único, multi e interdisciplinario, del estudio de personalidad del delincuente.
10. Manual de operación tipo acerca de la conformación y desarrollo de los consejos técnicos interdisciplinarios.
11. Manuales e instructivos (funciones y procedimientos) tipo para eficientar y profesionalizar el servicio de

seguridad y custodia para los diferentes centros de reclusión.

12. Normas generales tipo para aplicarse al ingreso de los internos a la reclusión (período constitucional).
13. Instructivos tipo para la operación y el control de: visita familiar, visita íntima, visita de locutorios, visitas especiales.
14. Instructivos tipo para la operación de las aduanas de: personas, objetos y vehículos.
15. Sistema tipo para el reclutamiento, selección y formación, así como capacitación del personal.
16. Manual tipo para la conformación y puesta en operación de la industria y el comercio penitenciarios.
17. Manual tipo de mantenimiento preventivo y correctivo para las instituciones de reclusión y su equipamiento.

Todo lo anterior nos conducirá a sentar las bases sólidas para la puesta en marcha de una nueva reforma penitenciaria nacional. Desde luego, todo ello requiere del concurso de especialistas, de expertos en cada una de las propuestas anteriores, de una gran cantidad de personas, que bajo una eficiente coordinación y supervisión de las autoridades, nos permita lograr la homologación mínima del sistema penitenciario nacional.

Lo mismo podría hacerse para las instituciones de menores infractores.

En el medio penitenciario nacional, sobre todo en el conformado por los criminólogos y penitenciaristas, han manifestado estar dispuestos a integrarse al grupo de trabajo y colaborar en la necesaria reforma penitenciaria.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General  
Maestro Mario Alberto Torres López

Junta Directiva

Maestro Rodolfo Félix Cárdenas  
Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot  
Doctor Héctor Felipe Fix Fierro  
Doctor Moisés Moreno Hernández  
Licenciado Javier Quijano Baz  
Doctor Juan Velasquez

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Jorge Rivero Ortiz  
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

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

Licenciada Susana Paczka Carmona  
Unidad de Supervisión y Control de Defensa  
Penal y Asesoría Jurídica

C.P. Silvia Madrigal Bueno  
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.*