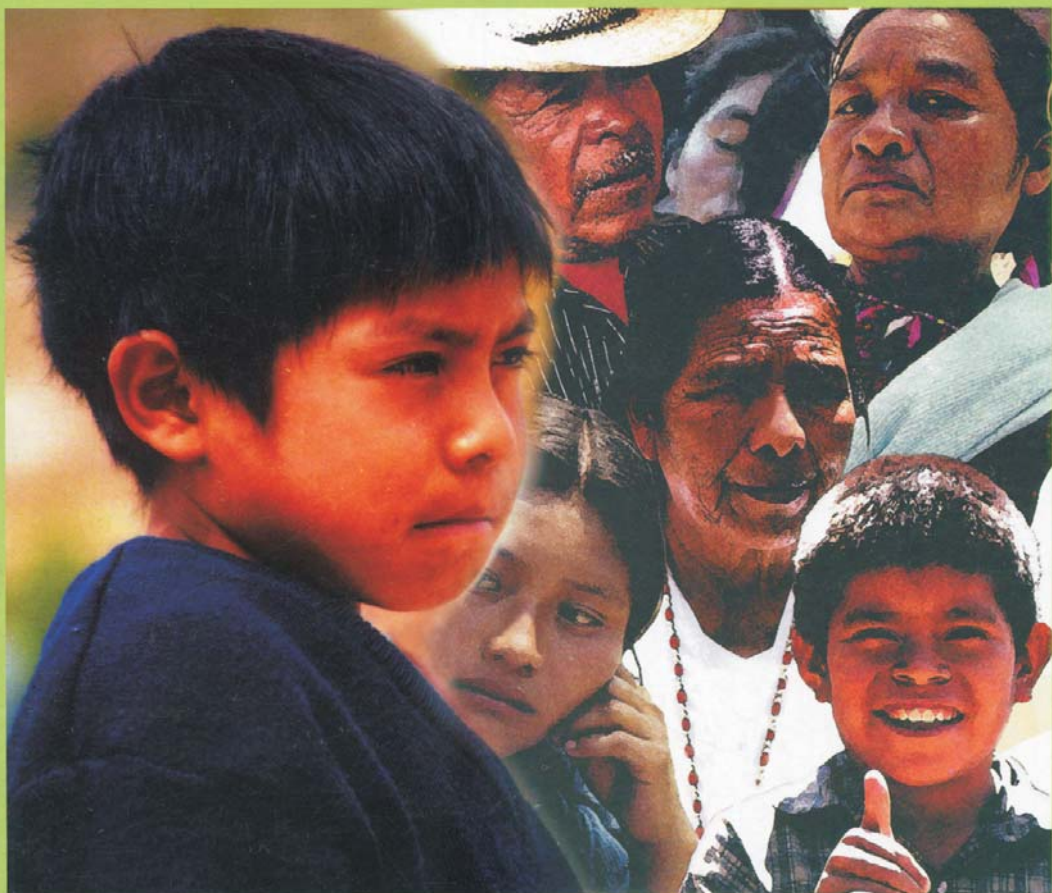


# IP dF Revista

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

ISSN 1870-7610



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA



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

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

**PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA





## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

---

### Director

César Esquinca Muñoa

### Coordinadores

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

Captura: Martha M. Terán López

Asesoría filológica: Ignacio Javier Martín Sánchez

Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública

Número 2, diciembre de 2006

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

Editor responsable: César Esquinca Muñoa; número de certificado de licitud de título, número de certificado de licitud de contenido y número de reserva al título en Derechos de Autor, en trámite.

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

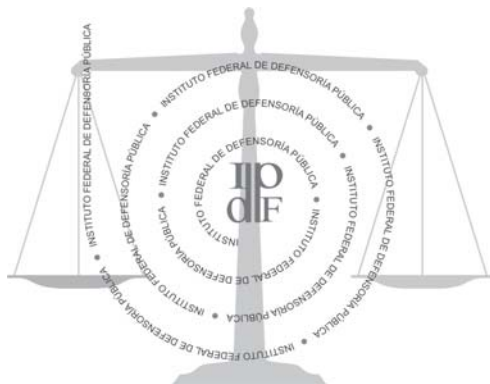
Queda prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación por vía informática, mecánica, fotocopiado o por cualquier otro medio, sin permiso por escrito del editor responsable.

© Instituto Federal de Defensoría Pública

ISSN 1870-7610

Tiraje 2,000 ejemplares

Distribución gratuita.



## Índice general

*Página*

<i>Página de la Dirección .....</i>	<i>7</i>
-------------------------------------	----------

### **Sección Primera**

#### **PRESENCIA DE LA JUDICATURA**

##### *Ministro José Ramón Cossío Díaz*

<i>Aplicación de principios tributarios respecto de prestaciones públicas de naturaleza contributiva .....</i>	<i>11</i>
--	-----------

##### *Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas*

<i>La justicia de menores .....</i>	<i>29</i>
-------------------------------------	-----------

##### *Magistrado José Nieves Luna Castro*

<i>La argumentación como presupuesto de legitimidad de las resoluciones jurisdiccionales. Evolución y auge internacional de su exigibilidad en breve referencia al caso mexicano. ....</i>	<i>35</i>
--	-----------

## Sección Segunda

### PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

<i>Dr. Julio Antonio Hernández Pliego</i> <i>Hacia la autonomía del MP</i> .....	55
<i>Dr. José Ovalle Favela</i> <i>Las acciones colectivas en el derecho mexicano</i> .....	71
<i>Lic. Alberto Cardoso Ferreira</i> <i>Derechos humanos y garantías individuales</i> .....	95
<i>Lic. Amando Chávez Chávez</i> <i>Necesaria autonomía e independencia del Ministerio Público de la Federación</i> .....	111
<i>Lic. Maribell Del Angel Pérez</i> <i>Poseción de narcóticos para el estricto consumo personal.</i> <i>Aplicación de la excusa absolutoria prevista en el numeral 199 del Código Penal Federal</i> .....	135
<i>Lic. Rogelio Gerardo García Rojas</i> <i>¿Defensa adecuada en la averiguación previa? Análisis crítico</i> <i>a las jurisprudencias 1ª 31/2003 y 1ª 31/2004</i> .....	145
<i>Lic. Arturo Alberto González Ferreiro</i> <i>¿Debe restringir la ley el otorgamiento de beneficios preliberacionales?</i> .....	167
<i>Lic. Francisco Leiva Martínez</i> <i>Anticonstitucionalidad del artículo 134, párrafos primero y segundo,</i> <i>del Código Federal de Procedimientos Penales</i> .....	183
<i>Lic. Miguel Lugo Salas</i> <i>La figura del “presentado” en la legislación penal vigente</i> .....	199
<i>Lic. Angel Fernando Mex Tepal</i> <i>La impugnación de las reglas administrativas de carácter general,</i> <i>decretos o acuerdos</i> .....	217
<i>Lic. Carlos Morales Sánchez</i> <i>Nuevas estrategias para defender al indígena</i> .....	233

<i>Lic. Enrique Peña Gómez</i> Seguridad Social. Los retos del sistema de capitalización individual .....	259
<i>Lic. Joel Ronaldo Pérez Álvarez</i> Punibilidad ¿Elemento o consecuencia del delito? .....	273
<i>Mtro. Marco Antonio Ramos Morales</i> Los derechos humanos y la defensa penal .....	291
<i>Lic. Omar Julián Román Peña</i> La producción derivativa del derecho .....	309
<i>Lic. José Fernando Sánchez Salas</i> Jurisprudencia y actividad jurisdiccional. Su relación intrínseca .....	327
<i>Lic. José Candelario Seseña Martínez</i> Constitución Política y Código Federal de Procedimientos Penales: Breves comentarios a las propuestas de reforma del año 2004 .....	343
<i>Lic. Rosa Elena Uc Polanco</i> El indígena y la justicia .....	365
<i>Dr. Pedro Ugalde Segundo</i> Los criterios socioculturales en la defensa penal de inimputables .....	377
<i>Lic. Apolinar Pedro Vargas Ordóñez</i> Sucesividad o simultaneidad de las penas de prisión en el ámbito federal. El caso del concurso real de delitos .....	391
<i>Lic. José Francisco Vidaurri Ramírez</i> Necesidad de revalorar los precedentes jurisdiccionales .....	407
<i>Lic. Verónica Zárate López</i> Los sistemas de enjuiciamiento penal y el papel del defensor .....	421
<i>Lic. Huetzin Zúñiga Moreno</i> Delitos graves, no graves y viceversa .....	447



## Página de la Dirección

El número inicial de la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública* –primera publicación periódica especializada en temas de la defensoría pública que se hace en nuestro país, en concepto del Ministro Mariano Azuela Güitrón–, fue recibido con gran interés por la comunidad jurídica.

Alentados por el éxito obtenido, que es consecuencia de la calidad de los trabajos publicados y del prestigio de sus autores, preparamos este segundo número con el mismo esquema del anterior y por lo tanto, los veintiséis artículos que lo integran, están divididos en dos Secciones.

La primera, Presencia de la Judicatura, contiene los siguientes estudios jurídicos: *APLICACIÓN DE PRINCIPIOS TRIBUTARIOS RESPECTO DE PRESTACIONES PÚBLICAS DE NATURALEZA CONTRIBUTIVA*, del Ministro José Ramón Cossío Díaz; *LA JUSTICIA DE MENORES*, de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y *LA ARGUMENTACIÓN COMO PRESUPUESTO DE LEGITIMIDAD DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES*, del Magistrado José Nieves Luna Castro. A tan distinguidos juristas, nuestro agradecimiento por su apoyo a este esfuerzo editorial.

La segunda, Presencia de la Defensoría, la encabezan importantes colaboraciones de integrantes de la Junta Directiva del Instituto: *HACIA LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO*, del Doctor Julio Antonio Hernández Pliego, y *LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL DERECHO MEXICANO*, del Doctor José Ovalle Favela.



Complementan la Sección veintiún artículos escritos por profesionales del Derecho que forman parte de la institución, entre los que se encuentran delegados, directores de área, defensores públicos, asesores jurídicos y jefes de departamento, quienes abordan con suficiencia variados temas relacionados con las funciones de la defensoría.

Con este segundo número se consolida una publicación a la que deseamos larga vida, porque es la voz del órgano federal más cercano a los sectores marginados de nuestra sociedad.

*Magistrado César Esquinca Muñoa*

**Sección Primera**  
PRESENCIA DE LA JUDICATURA



## Aplicación de principios tributarios respecto de prestaciones públicas de naturaleza contributiva

*José Ramón Cossío Díaz*

Ministro de la Primera Sala de la Suprema  
Corte de Justicia de la Nación\*

El asunto que fue sometido a estudio en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de 20 de septiembre de 2006, controvierte la constitucionalidad de los artículos 150 del Código Fiscal de la Federación y 66 de su Reglamento —los cuales prevén el enterero de gastos de ejecución en el embargo por vía administrativa— por apreciar que existían violaciones a los principios de equidad, legalidad y proporcionalidad tributarios, consagrados en el artículo 31, fracción IV, constitucional.

Mientras que la mayoría consideró que procedía negar el amparo, partiendo de la base que la figura prescrita en el numeral no se traba en realidad de gastos de ejecución, sino de un aprovechamiento al cual no le sería aplicable en artículo mencionado, Ministro disidente estima que ello no es atinado.

Para fundar el sentido de su voto, formula, por un lado, precisiones conceptuales en relación a las prestaciones públicas contributivas y no contributivas y, por el otro, consideraciones en torno al criterio de fondo, a partir de las cuales evidencia el distanciamiento.

---

\* El contenido de este documento derivó del voto particular que formuló el Ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo en revisión 1119/2006, promovido por Operadora de Hoteles Losanto, Sociedad Anónima de Capital Variable.

Se agradece el apoyo del Licenciado Juan Carlos Roa Jacobo para la elaboración de este documento.

miento del sentido mayoritario, esencialmente por estimar que los casos en los que se limite la aplicación plena de los principios constitucionales de la materia tributaria deben justificarse en razones de mayor peso a las contenidas en la propuesta.

Con base en las consideraciones mencionadas se emitió el presente voto particular:

El presente voto versa sobre la aplicabilidad de los principios contenidos en el artículo 31, fracción IV, constitucional respecto de prestaciones públicas que tengan la naturaleza de contribuciones. Específicamente, respecto de la constitucionalidad de los artículos 150 del Código Fiscal de la Federación y 66 de su Reglamento, en los cuales se prevé el entero de gastos de ejecución en el embargo por vía administrativa<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Los artículos del Código Fiscal de la Federación y de su Reglamento se transcriben a continuación:

"Artículo 150.- Cuando sea necesario emplear el procedimiento administrativo de ejecución para hacer efectivo un crédito fiscal, las personas físicas y las morales estarán obligadas a pagar el 2% del crédito fiscal por concepto de gastos de ejecución, por cada una de las diligencias que a continuación se indican:

[...]

II. Por la de embargo, incluyendo los señalados en los artículos 41, fracción II y 141, fracción V de este Código.

[...]

En ningún caso los gastos de ejecución, por cada una de las diligencias a que se refiere este artículo, excluyendo las erogaciones extraordinarias y las contribuciones que se paguen por la Federación para liberar de cualquier gravamen bienes que sean objeto de remate, podrán exceder de \$37,272.00. [...]."

"Artículo 66. Para los efectos de la fracción V del artículo 141 del Código, el embargo en la vía administrativa se sujetará a las siguientes reglas:

I. Se practicará a solicitud del contribuyente, quien deberá acompañar los documentos que señale la forma oficial correspondiente.

II. El contribuyente señalará los bienes en que deba trabarse, debiendo ser suficientes para garantizar el interés fiscal, siempre que en su caso se cumplan los requisitos y por cientos que establece el artículo 62 de este Reglamento. No serán susceptibles de embargo los bienes que se encuentren en el supuesto a que se refiere el inciso c) de la fracción II del artículo 156 del Código.

III. Tratándose de personas físicas el depositario de los bienes será el propietario y en el caso de personas morales el representante legal. Cuando a juicio del jefe de la autoridad recaudadora exista peligro de que el depositario se ausente, enajene u oculte sus bienes o realice maniobras tendientes a evadir el cumplimiento de sus obligaciones, podrá removerlo del cargo; en este supuesto los bienes se depositarán en un almacén general de depósito y si no hubiera almacén en la localidad, con la persona que designe el jefe de la oficina.

IV. Deberá inscribirse en el registro público que corresponda, el embargo de los bienes que estén sujetos a esta formalidad.

En el reclamo enderezado ante la Sala, se planteaban argumentos a efecto de acreditar la inconstitucionalidad de dichos numerales. En cuanto al artículo 150 se alegó la violación a los principios de proporcionalidad, equidad y legalidad que prevén los artículos 14, 16 y 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en atención a las siguientes consideraciones:

a) En relación a la garantía de proporcionalidad, se dijo que el hecho de que el numeral establezca que cuando se lleve a cabo el embargo en la vía administrativa, las personas físicas y morales se encuentran obligadas a pagar por concepto de gastos de ejecución el dos por ciento del crédito fiscal, resulta inconstitucional, ya que dicho porcentaje se cobra en función del importe del crédito fiscal, lo que rompe con la relación que debe existir entre el monto de éste y la capacidad contributiva o económica del sujeto pasivo.

b) Por lo que hace a la garantía de equidad tributaria, se planteó una violación en razón de que un mismo contribuyente, ante dos diligencias de embargo, puede recibir un tratamiento fiscal distinto, en virtud de que si el monto que se cobra por concepto de dichas diligencias varía en función del importe del crédito fiscal — y no del posible costo que le representa a la autoridad fiscal llevar a cabo ese tipo de diligencias—, se provoca un trato desigual a situaciones que debieran ser iguales.

c) En lo tocante al principio de legalidad, se planteó que la porción normativa que incluye al embargo en la vía administrativa, excede los alcances del último párrafo del artículo 142 del mismo ordenamiento legal, ya que cuando un crédito fiscal se encuentra *sub judice* no se deben incluir a los gastos de ejecución dentro del monto de la garantía ofrecida.

En lo relativo al artículo 66 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, se alegó una violación a la garantía de legalidad

---

V. Deberá cubrirse, con anticipación a la práctica de la diligencia de embargo en la vía administrativa, los gastos de ejecución señalados en la fracción II del artículo 150 del Código. El pago así efectuado tendrá el carácter de definitivo y en ningún caso procederá su devolución una vez practicada la diligencia".

tributaria, como efecto de una contravención al artículo 142 del Código Fiscal de la Federación, aduciendo que a través de una disposición reglamentaria se exige que los gastos de ejecución deberán cubrirse con anticipación a la práctica de la diligencia de embargo, contrario a lo dispuesto por la norma superior, la cual señala que no se deberá otorgar el interés fiscal respecto de gastos de ejecución, salvo en aquellos casos en que dicho interés únicamente esté constituido por éstos. Asimismo, se dijo que el precepto reglamentario le da a los gastos de ejecución el carácter de definitivo y de no reembolsable, lo cual resultaría arbitrario, ya que dejaría a los contribuyentes que realizan ese tipo de pagos en estado de indefensión, al no contemplar la posibilidad de su devolución.

Al respecto, la mayoría calificó de infundados los argumentos enderezados y declaró la constitucionalidad de los artículos, afirmando que la parte quejosa confunde la figura de los gastos de ejecución y la de los gastos que realiza a efecto de que se traben un embargo en la vía administrativa a fin de garantizar el interés fiscal.

Lo anterior —acorde al criterio mayoritario— toda vez que los pagos que realizan los contribuyentes para que la autoridad lleve a cabo el embargo en la vía administrativa a fin de garantizar el interés fiscal no deberían ser considerados como auténticos gastos de ejecución y, por ende, como accesorios de las contribuciones, dado que no tienen por objeto hacer efectivo el cobro de un crédito fiscal, sino.

*"[...] más bien lograr que la autoridad hacendaria suspenda el procedimiento administrativo de ejecución; que le otorgue una prórroga para el pago de créditos fiscales o para que los mismos sean cubiertos en parcialidades; que aplique el producto del mismo en los términos que señala el artículo 159 del Código Fiscal de la Federación; o bien, cumplir con lo señalado en diversos ordenamientos fiscales, tal como lo establece el artículo 142 del ordenamiento legal en comento."*<sup>2</sup>

<sup>2</sup> El texto transcrito puede apreciarse en la foja 27 de la ejecutoria que motiva el presente voto, constante en la foja 91 del tomo correspondiente al amparo en revisión 1119/2006.

Asimismo, se señala que tampoco pueden tener la naturaleza de derechos en virtud de que no se encuentran contenidos en la Ley Federal de Derechos, sino que se trata de aprovechamientos, los cuáles se encuentran definidos en el artículo 3o. del Código Fiscal de la Federación como aquellos ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos a las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

Lo anterior, no como una simple clasificación doctrinal, sino con la consecuencia específica de provocar que los principios que prevé el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no le sean aplicables a los gastos de ejecución que se generen con motivo de la solicitud del gobernado, en aquellos casos en los que se busque garantizar el interés fiscal mediante el embargo en la vía administrativa.

No comparto la conclusión sostenida por la mayoría y, si bien estimo adecuado que se analicen las prestaciones públicas de conformidad con su naturaleza real —y no con la particular tipología a la que acuda el legislador—, considero que en el presente caso se está en presencia de una contribución, misma que desde luego puede ser analizada conforme a los principios contemplados en el artículo 31, fracción IV, constitucional.

A efecto de motivar el sentido de mi decisión realizaré, en primer término, algunas precisiones conceptuales y, en segundo, consideraciones en torno al criterio de fondo.

## **1. PRECISIONES CONCEPTUALES EN RELACIÓN A LAS PRESTACIONES PÚBLICAS CONTRIBUTIVAS Y NO CONTRIBUTIVAS**

A efecto de sentar un criterio en torno a la aplicabilidad de los principios tributarios contenidos en el artículo 31, fracción IV, constitucional, respecto de los diversos tipos de ingresos del Estado —esto es, tanto tributarios como financieros—, según sean regulados por el legislador fiscal, me parece indispensable que se cuente con una posición clara que permita distinguir entre prestaciones públicas



contributivas y no contributivas *desde el punto de vista constitucional*.<sup>3</sup> Así, no bastará la identificación del ingreso público de naturaleza contributiva desde el *nomen iuris* al que haya acudido el legislador, en el mismo sentido en el que resultará insuficiente atender a las características que puedan describir a las contribuciones desde el punto de vista legal, como acontece con las definiciones que a nivel federal propone el artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación.<sup>4</sup>

A mi manera de ver, las prestaciones contributivas tienen ciertas características que las hacen claramente diferenciables del resto de los ingresos públicos —y que permiten su identificación, aún en aquellos casos en los que el legislador decide acudir a tipologías distintas a las propias de la materia tributaria— y que ponen de manifiesto la procedencia del análisis de la prestación correspondiente conforme a un tratamiento particular en el control constitucional.

Como primer referencia a las características que pueden utilizarse para distinguir a las prestaciones contributivas o "impuestas", se aprecia que son tales las que los ciudadanos satisfacen forzosamente al poder público sin ninguna contraprestación mediata o inmediata, como es el caso, por ejemplo, de los impuestos o de las sanciones tributarias —que se exigen por la simple comisión de una infracción tributaria—, pero también pueden serlo las que se recla-

<sup>3</sup> La referencia a un concepto de contribución desde el punto de vista constitucional desde luego no la desprende de un precepto expreso de la Ley Fundamental. Simplemente, considerando que resulta necesario delimitar un marco de aplicación que otorgue plena vigencia a los principios constitucionales de la materia tributaria, es decir, ante la existencia de prestaciones públicas patrimoniales que implican una cesión de riqueza a favor del Estado, la competencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación hace indispensable —a mi juicio— que se cuente con un criterio que permita revisar la constitucionalidad de las obligaciones correspondientes.

<sup>4</sup> Inclusive, la particular técnica legislativa empleada en el precepto mencionado resultaría insuficiente, pues los impuestos —ingreso tributario por excelencia— son definidos negativamente, en tanto se señala que son tales, las contribuciones establecidas en ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentran en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma y que sean distintas de las señaladas en las fracciones II —aportaciones de seguridad social—, III —contribuciones de mejoras— y IV —derechos—, del propio artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación. Como puede apreciarse, la definición de la contribución principal se construyó identificando un género próximo amplio y una diferencia específica negativa, con lo cual dicho criterio legal no permitiría una identificación exacta.

man a los ciudadanos a cambio de determinados servicios públicos prestados por la Administración, como acontece en el caso de los derechos.

De esta manera, se aprecia una primera nota característica de las prestaciones contributivas, a saber: su coactividad. En este contexto, los ingresos reconocidos legalmente como tributos —de conformidad con el artículo 2o. del Código Federal de la Federación—, como prestaciones públicas coactivas, claramente se ubican en el marco de aplicación del artículo 31, fracción IV, constitucional, es decir, se trata de prestaciones que pueden identificarse como contribuciones desde el punto de vista constitucional.

En este sentido, es importante resaltar que la definición legal de contribución tiene una connotación que no necesariamente agota a las prestaciones que pueden ser calificadas como tales desde el punto de vista constitucional, pues pueden llegar a establecerse prestaciones públicas coactivas con un *nomen iuris* ajeno a la clasificación legal y que, de cualquier manera, ameriten ser analizadas como contribución al gasto público por parte de los gobernados.

Bajo esta misma tesitura —a mi juicio—, en adición al carácter coactivo al que he hecho referencia, los ingresos de naturaleza contributiva reúnen las siguientes notas esenciales, bajo una óptica constitucional:

A) En primer término, debe tratarse de una obligación —por ende, de contenido patrimonial—, consistente en un dar —en oposición a un hacer—;<sup>5</sup>

B) Por otro lado, debe ser una prestación en la que el sujeto activo de la obligación es un ente de carácter público, sea que se cubra directa o indirectamente a la administración tributaria;<sup>6</sup>

<sup>5</sup> No paso por alto la posibilidad legal que puede establecerse para cubrir las contribuciones mediante prestaciones personales, pero aclaro que no me refiero a formas de pago, sino al contenido de la obligación tributaria, desde la configuración normativa del hecho imponible y la determinación de la deuda tributaria.

<sup>6</sup> En relación con el presente punto, estimo pertinente aclarar que —a mi juicio— existen algunas prestaciones que pueden no tener como sujeto activo a la administración tributaria —como acontece con algunos subsidios—, con lo cual escaparían al concepto constitucional de contribución al que me aproximo en el presente voto. No obstante, considero que, en

C) Asimismo, los ingresos tributarios deben tener como finalidad el sostenimiento de los gastos públicos, sea que ello se aprecie como fin principal o no, específico o no, o bien, referido a gastos públicos indivisibles o divisibles;

D) Finalmente, las prestaciones de naturaleza contributiva deben gravar un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica, lo cual debe ser entendido como una proyección del principio relativo —capacidad económica, como derivación del de proporcionalidad— en su vertiente de *fundamento* de la imposición, no como *medida* de ésta<sup>7</sup>.

Esto es, la imposición de una prestación de esta índole presupone necesariamente una manifestación de riqueza, con independencia de que, en un momento posterior, se apliquen diversos parámetros —los cuales pueden variar dependiendo del tipo de gravamen—, a efecto de juzgar su proporcionalidad en su sede constitucional.

De las consideraciones anteriores puede desprenderse un concepto constitucional de contribución que —como he señalado— no necesariamente ha de ceñir su aplicación al catálogo delimitado

---

determinadas circunstancias, los mismos podrían igualmente ser motivo de análisis bajo la óptica de algunos de los principios constitucionales de la materia tributaria —específicamente, los de equidad y proporcionalidad—, lo cual no fue materia de la presente resolución ni lo es, por ende, del voto particular que formulo. En todo caso, considero relevante efectuar dicha precisión.

<sup>7</sup> La distinción resulta de la mayor trascendencia: a mi juicio, el principio de capacidad económica se aplica con distinta forma e intensidad a las diversas categorías tributarias, pero es una nota esencial de todas las prestaciones de naturaleza contributiva. La doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido —a mi entender, con acierto— que los principios constitucionales de la materia tributaria no tienen igual aplicación en las distintos tipos de contribuciones, resultando de particular importancia las precisiones efectuadas en la tesis de jurisprudencia de rubro "DERECHOS FISCALES. LA PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE ESTOS ESTA REGIDA POR UN SISTEMA DISTINTO DEL DE LOS IMPUESTOS". No obstante, considero que dicho criterio debe entenderse referido a la capacidad contributiva, únicamente como medida de la imposición, pues dicha proyección del principio referido efectivamente resulta aplicable a los impuestos, no así a los derechos.

En cambio, la capacidad económica entendida como fundamento de la imposición, no solo puede, sino que *debe* tener aplicación en todas las prestaciones públicas de naturaleza contributiva, de tal manera que el legislador únicamente puede establecer tributos si, para la definición del presupuesto normativo, acude a circunstancias que sean reveladoras de riqueza. En esta vertiente, el principio en comento también puede ser exigido de los derechos fiscales.

en el artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación, sino que permite contar con un marco destinado a otorgar eficacia a las exigencias constitucionales de la materia tributaria, aún en aquellos casos en los que el legislador federal acuda a una tipología distinta a la del numeral mencionado, al momento de establecer una determinada prestación de carácter público.

A partir de lo anterior, quiero dejar claro mi criterio en el sentido de que todas las prestaciones de carácter público que tengan naturaleza contributiva —atendiendo a las notas esenciales descritas—, deben respetar las prescripciones del artículo 31, fracción IV, constitucional, con independencia de la particular nomenclatura o tipología según la cual hubieren sido establecidas por el legislador.

En relación con la posibilidad de analizar las prestaciones de carácter público sin que ello deba necesariamente sujetarse a la forma a la que acudió el legislador, el criterio que sostengo coincide con el de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, —plasmado en la tesis de jurisprudencia de rubro "INGRESOS PÚBLICOS. PARA VERIFICAR SU APEGO A LOS PRINCIPIOS QUE CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS RIGEN SU ESTABLECIMIENTO, LIQUIDACIÓN Y COBRO, DEBE ATENDERSE A SU NATURALEZA, CON INDEPENDENCIA DE LA DENOMINACIÓN QUE LES DÉ EL LEGISLADOR ORDINARIO"—, que establece que este Alto Tribunal, al avocarse al análisis de dichas prestaciones, debe desentrañar su verdadera naturaleza, con independencia de que formalmente se le considere como contribución o ingreso no tributario, y conforme a ésta, verifique si el contexto normativo que rige su establecimiento, liquidación y cobro, se sujeta a las prerrogativas y obligaciones que se prevén en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tanto para los gobernados como para las autoridades constituidas.<sup>8</sup>

Resulta importante precisar que la reconducción del tipo tribu-

<sup>8</sup> Tesis de jurisprudencia 2a./J. 19/2003, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 301, tomo XVII, correspondiente a marzo de 2003.

tario que en su caso llegara a efectuarse por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación no debe equipararse al establecimiento de una contribución vía interpretación, en el entendido de que ello implicaría desconocer que el texto constitucional reserva dicha facultad al legislador, de manera exclusiva.

Por el contrario, la actividad de desentrañar la verdadera naturaleza de una prestación patrimonial no conlleva la realización de una función legislativa consistente en la creación *ex novo* de un tributo por parte del Tribunal Constitucional, pues debe tomarse en cuenta que las hipótesis normativas que rigen la prestación de que se trate, efectivamente son producto de las labores ordinarias del legislador.

En cambio, la reconducción del tipo es una labor de análisis que se efectúa desde la competencia propia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y no como un simple ejercicio intelectual o pedagógico, sino con el expreso propósito de otorgar eficacia a los principios constitucionales de la materia tributaria, evitando que algunas prestaciones públicas que impliquen una cesión de riqueza de los particulares al Estado, escapen al control de constitucionalidad.

Inclusive, debe considerarse que el análisis que efectuaría el Tribunal Constitucional no implica en todos los casos la determinación del tipo de contribución de que se trate, considerando que la materia de su competencia puede agotarse con la revisión a si la prestación analizada tiene naturaleza contributiva —caso en el cual necesariamente deberá ser analizada desde la óptica de los principios del artículo 31, fracción IV—, o bien, si no la tiene —supuesto éste en el que, por regla general, los principios tributarios no resultan aplicables—. <sup>9</sup>

De esta manera, el que la reconducción concluya con la determinación específica de un tipo de contribución, puede resultar ne-

---

<sup>9</sup> La excepción —como apunté con anterioridad— guarda relación con algunos subsidios, mismos que llegan a tener una repercusión en el ámbito tributario, lo que en mi concepto podría permitir un análisis desde las garantías de la materia.

cesario, excepcionalmente, en aquellos casos en los que fuera pertinente contar con un pronunciamiento sobre si resultan aplicables los criterios de proporcionalidad que rigen a los derechos, o bien, aquéllos que rigen a los impuestos, por citar un ejemplo.

Así, en principio, bastará que el análisis propuesto se limite a determinar si se trata de una prestación a la cual resultan aplicables los principios constitucionales del artículo 31, fracción IV y, sólo de manera excepcional, dicho estudio podrá llevarse hasta la determinación de qué vertiente de los referidos principios resulta aplicable.

## 2. CONSIDERACIONES EN TORNO AL CRITERIO DE FONDO

En el fallo se distingue a los gastos de ejecución derivados del procedimiento administrativo de ejecución, frente a los gastos de ejecución que derivarían de la solicitud efectuada por el causante que ofrece el embargo en la vía administrativa en casos diversos, como acontece, por ejemplo, para garantizar el interés fiscal en aras de la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución.

En el primer caso —gastos generados al desarrollarse el procedimiento de ejecución— se estima que se está en el supuesto señalado por el último párrafo del artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación, cobrando plena vigencia los principios constitucionales del artículo 31, fracción VI.

En cambio, cuando se trata del ofrecimiento de garantía del interés fiscal, el proyecto sostiene que, a pesar de lo dispuesto por el artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación, no se estaría ante auténticos gastos de ejecución —entendidos como accesorios de la contribución— y, por ende, no serían aplicables los principios constitucionales de la materia tributaria.

Por lo anterior, es claro que el criterio limita la eficacia de los principios tributarios, basado en una reconducción del tipo de gravamen por encima de las disposiciones expresas de la normatividad aplicable, como lo es el artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> La disposición de referencia establece lo siguiente:

"Artículo 2o. Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social,

A continuación expongo las razones particulares por las cuales me aparto del sentido de la sentencia.

2.1. En primer término, debe apreciarse que el artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación no efectúa distinciones entre tipos de gastos de ejecución, motivo por el cual no estimo conveniente generar diferencias en figuras jurídicas, y mucho menos si el efecto que deriva de ello es el de permitir que uno de los conceptos resultantes sea excluido del ámbito de aplicación de los principios constitucionales y, por ende, del control de constitucionalidad que ejerce este Alto Tribunal.

En efecto, la reconducción de las figuras jurídicas establecidas por el legislador, a fin de que sean analizadas conforme a una tipología diversa, debe justificarse suficientemente y —en mi concepto—, según un criterio constitucional que permita delimitar los casos en los que resultan aplicables los principios de la materia tributaria que establece nuestra Ley Fundamental. De manera respetuosa, creo que dichos parámetros no se cumplen en el presente caso.

En todo caso, la necesidad de darle vigencia a los principios constitucionales de la materia tributaria, me lleva a la conclusión de que deben existir razones fuertes que justifiquen la reconducción que se efectúa si con ello se libera a una prestación de carácter público del control de constitucionalidad.

2.2. Por otro lado, suponiendo la corrección de la distinción generada en el fallo, me parece que se generan problemas diversos: el primero, relacionado con el alcance que se otorga a la determinación de la efectiva naturaleza de la prestación que se cubre al solicitar el embargo por la garantía del interés fiscal; y el segundo —y más importante—, al obviarse el tema de mayor trascendencia, es

---

contribuciones de mejoras y derechos, las que se definen de la siguiente manera:  
[...]

Los recargos, las sanciones, los gastos de ejecución y la indemnización a que se refiere el séptimo párrafo del artículo 21 de este Código son accesorios de las contribuciones y participan de la naturaleza de éstas. Siempre que en este Código se haga referencia únicamente a contribuciones no se entenderán incluidos los accesorios, con excepción de lo dispuesto en el artículo 1o."

decir, la revisión sobre si a dicha prestación —cualquiera que fuera su naturaleza— no le resultan aplicables los principios del artículo 31, fracción IV, constitucional.

A) Como punto de partida, debo precisar que —como podría anticiparse según el criterio expuesto en el apartado que antecede—coincido con la metodología utilizada en la resolución mayoritaria, consistente en la posibilidad de analizar las prestaciones públicas, no conforme al *nomen iuris* utilizado por el legislador, sino atendiendo a la naturaleza de la misma.

Sin embargo, considero que la línea argumentativa desarrollada en el fallo —según la cual las cantidades pagadas al solicitar el embargo en la vía administrativa no son auténticos gastos de ejecución y, por ende, no son accesorios de las contribuciones—, pasa por alto el alcance que debe corresponder a la labor de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación al desentrañar la auténtica naturaleza jurídica de dicha prestación.

En mi concepto, la determinación del tipo específico de ingreso que estos gastos de ejecución representan para el Estado, no es un tema del cual el fallo mayoritario tenía que hacerse cargo necesariamente. Lo anterior, en el entendido de que bastaba revisar si la prestación específica debía ser regida por los principios constitucionales de la materia tributaria, sin necesidad de determinar si se trata de un derecho, un aprovechamiento o cualquier otro tipo de ingreso estatal.

No obstante, al haberlo hecho —identificándolos como aprovechamientos—, considero que debió haberse verificado que la reconducción efectuada no llevara una categoría a la cual le resultarían igualmente aplicables los principios tributarios.

En este sentido, me parece fundamental reiterar mi criterio en cuanto a que un juicio sobre la reconducción del tipo —a efecto de determinar la auténtica naturaleza jurídica de una figura— no debe obedecer a un mero ejercicio intelectual, sino que debe utilizarse como una herramienta para pronunciarse sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de los principios tributarios.



En el presente caso, bastó la reconducción a un tipo tributario que *legalmente* no se identifica con las contribuciones, para concluir que no le resultan aplicables los *principios constitucionales* que deben regir en la materia fiscal, con lo cual no puedo estar de acuerdo, pues el propósito de la metodología apuntada es el de otorgar eficacia a los postulados de dichos principios, en relación con los ingresos estatales que pueden ser considerados contribuciones desde el punto de vista *constitucional*.

B) Aunado a lo anterior, debo precisar que no sólo no comparto la clasificación propuesta, sino que también me aparto del método que llevó a la mayoría a concluir que los gastos de ejecución que se analizan tienen el carácter de aprovechamientos.

Lo anterior, pues se alcanza dicha conclusión por medio de una exclusión, esto es, alegando que, si bien los gastos de ejecución analizados tienen características que harían pensar que se trata de derechos, en realidad no es así, pues no están prescritos en la Ley Federal que los regula. De esta forma, al no poder encuadrarlos dentro de esta tipología, se decide que se trata de aprovechamientos, pues no cumplen los requisitos esenciales de las otras figuras.

Por una parte, estimo que no es válido regir la reconducción que se efectúe, considerando que un ingreso estatal no es un derecho porque no es contemplado originalmente en la Ley Federal de Derechos. Desde luego, si el legislador no incluyó la prestación de referencia en el ordenamiento citado, es porque fue congruente con su decisión original de considerar a los gastos de ejecución como contribuciones accesorias en los términos del Código Fiscal de la Federación, por lo cual no es válido afirmar —a mi juicio— que dicha "omisión" de su parte sea la que justifique la identificación de dicho concepto como aprovechamiento, máxime si ello deriva de una posterior decisión por parte del Poder Judicial de la Federación. Esto es, si el legislador propuso, al diseñar la contraprestación, que se trataba de gastos de ejecución, no considero lógico que en un análisis *ex post* se concluya que no se trata de un derecho por no estar enunciado en la Ley relativa.

C) Adicionalmente, considero que la definición legal de los aprovechamientos —enunciada en sentido negativo— da lugar a que la reconducción efectuada en la resolución mayoritaria se base en una exclusión negativa.

En efecto, el artículo 3o. del Código Fiscal de la Federación define a los aprovechamientos como aquellos ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos a las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

En tal razón, los aprovechamientos son ingresos que el Estado no puede tipificar e identificar plenamente al realizar su función pública, dentro de alguna contribución, motivo por el cual han sido receptáculo de todos los ingresos que no pueden encontrar una cabida técnica en el concepto de contribuciones, ni en los ingresos por financiamiento a los que alude la Ley de Ingresos de la Federación, ni los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.<sup>11</sup>

En tal virtud, considero que la reconducción del tipo en todo caso amerita un análisis que se base en las características esenciales que permitan identificar a las prestaciones públicas a las que resulten aplicables los principios constitucionales de la materia tributaria —las cuales, en lo particular, identifiqué con las descritas en el primer apartado de este voto—, y no por una exclusión o por la definición amplia del concepto de aprovechamiento.

A mi manera de ver, los gastos de ejecución que se analizan cumplen con los parámetros a los que he hecho referencia, permitiéndome identificarlos —desde una óptica constitucional— con las contribuciones, es decir, con aquellas prestaciones de carácter público que se rigen por los principios establecidos por el artículo 31, fracción IV, constitucional.

D) Ahora bien —habiendo precisado que el análisis de este

---

<sup>11</sup> Cfr. Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, Editorial Porrúa, 2002.

Alto Tribunal puede limitarse a determinar si se trata de una contribución en el sentido constitucional del término, sin que resulte necesario determinar el tipo de tributo de que se trate—, debe apuntarse que, de estimarse conveniente adelantar un criterio que se pronunciara sobre dicho punto específico, nos encontramos ante una prestación patrimonial de naturaleza contributiva que guarda una gran semejanza con los derechos por servicios públicos, en virtud de que, aunado a las características apuntadas, deriva de una solicitud de parte del gobernado y se justifica en un servicio prestado por la administración, sin importar que no esté contemplado en la Ley relativa.

Pero lo trascendente en el presente caso es que —sea que la prestación en estudio pudiera identificarse como una contribución accesorio, como un derecho o como un aprovechamiento—, a mi juicio, los gastos de ejecución cuya inconstitucionalidad se reclamó no escapan al ámbito de aplicación de los principios tributarios.

Es importante recalcar que la materia de la revisión no versaba sobre la naturaleza de estas prestaciones, sino sobre su inconstitucionalidad. Por lo tanto, limitarse a señalar que tienen una naturaleza jurídica diversa, a la que no le son aplicables los principios del artículo 31, fracción IV, amerita —al menos— que se justifique que se está en presencia de prestaciones que, dada su naturaleza, escapan al control de constitucionalidad.

A mi manera de ver, aún ante la reconducción de la tipología de la prestación, no se escaparía al ámbito de aplicación de los principios tributarios, atendiendo a los requisitos expuestos en el presente voto.

En todo caso, me parece que si no se trata de gastos de ejecución auténticos, todo parece indicar que se estaría ante prestaciones que terminan siendo más tributarias en su concepto que los propios gastos de ejecución —en tanto que éstos son contribuciones por un principio de accesoriedad—, mientras que las prestaciones que han sido privadas de la naturaleza que les atribuye el artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación, guardan una gran semejanza con los derechos —tributos por su propia naturaleza—.

2.3. Finalmente, considero que si bien es cierto que la sentencia acepta que los gastos de ejecución cubiertos para garantizar el interés fiscal eventualmente pueden quedar involucrados en el desarrollo del procedimiento administrativo de ejecución, omite atender a la problemática que dicho aspecto genera, frente al criterio adoptado en el sentido de privar a dicha prestación de su naturaleza de contribución accesorio.

En efecto, en algunos casos, la garantía constituida a solicitud del causante —la cual, se concluyó, no daría lugar al pago de auténticos gastos de ejecución—, puede quedar a disposición de la autoridad fiscal para su ejecución —por ejemplo, si se incumple el convenio de pago en parcialidades—, caso en el cual no se practicará una nueva diligencia de embargo, sino que el trabado en la vía administrativa dará lugar al procedimiento de ejecución.

En este caso, una causa sobrevenida daría lugar a que eventualmente se modificara la naturaleza de la cantidad originalmente pagada, como puede apreciarse en el hecho de que la prestación cubierta con motivo de la solicitud efectuada para la diligencia de un embargo en la vía administrativa —que, según el criterio mayoritario, no tendría naturaleza de gastos de ejecución—, eventualmente llegaría a tener dicho carácter de contribución accesorio, cuando se enderezara formalmente el procedimiento de ejecución.

Cabe preguntarse si en este supuesto sí resultarían aplicables los principios tributarios constitucionales, y si ello derivaría del cambio en la situación jurídica —vinculada a una conducta del contribuyente ejecutado—, o si la prestación de referencia tenía una naturaleza no fiscal, condicionada a ciertos supuestos que, al realizarse, dotarían de características tributarias a la prestación. En este supuesto, debería determinarse si el control de constitucionalidad desde el artículo 31, fracción IV, se efectuaría al darse esta modificación en la naturaleza de la prestación, o bien, si el pago original —supuestamente no contributivo— definitivamente no podría ser revisado, a pesar de que su entero eventualmente se incorporaría a un procedimiento netamente fiscal.

Por las razones apuntadas, respetuosamente, no comparto la posición del fallo que sostiene la existencia de dos clases de gastos de ejecución, ni el hecho de que a una de las especies derivadas de la clasificación propuesta no le resultarían aplicables los principios establecidos en el artículo 31, fracción IV, constitucional.

Debo aclarar que lo anterior no implica un pronunciamiento de mi parte sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los gastos de ejecución, sino que únicamente evidencia mi posición contraria a la negativa del amparo, esencialmente porque estimo que los casos en los que se limite la aplicación plena de los principios constitucionales de la materia tributaria deben justificarse en razones de mayor peso a las contenidas en la propuesta.

## La justicia de menores

*Olga Sánchez Cordero de García Villegas*

Ministra de la Primera Sala de la Suprema  
Corte de Justicia de la Nación.

Hasta antes del día 1o. de agosto de 2006, el artículo 37 del Código Penal para el Estado de Guanajuato establecía que la edad penal mínima era de 16 años de edad.

*Código Penal para el Estado de Guanajuato*

*Artículo 37. Las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo a lo dispuesto en este Código; en ningún caso se les podrá imponer pena alguna.*

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo, será responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad del menor.

Esa regla era correcta en virtud de que anteriormente la Constitución Federal no tenía prevista ninguna decisión fundamental en materia de edad penal mínima, es decir, nada se decía al respecto.

Ahora bien, como la Constitución Federal era omisa, correspondía entonces a los Congresos Estatales la función de instituir tanto la edad penal mínima como el sistema de justicia de menores infractores; incluso se tenía previsto en el anterior texto del artículo 18 constitucional que la Federación y los Gobiernos de los Estados quedarían facultados para establecer instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores, sin que hubiera ningún otro tipo de restricción.

En ejercicio de dicha atribución, algunas entidades instituyeron como mínima para efectos penales la edad de 18 años, hubo otras que consideraron conveniente establecer en sus leyes una edad inferior. En este supuesto se colocó el Estado de Guanajuato que estableció en su Código Penal los 16 años como edad penal mínima.

Sin embargo, con motivo de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, se modificó el texto del Pacto Federal para establecer ahora y unificar en toda la República la edad penal mínima de 18 años y para crear una modalidad nueva, antes inexistente en el texto constitucional y que resulta ser más apegada a las realidades biológicas, antropológicas, fisiológicas y sociológicas del ser humano. Así, se reconoció a la adolescencia como un estado del ser humano generalmente caracterizado por la edad comprendida entre los 12 y los 18 años.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

*Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.*

*[...]*

*La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetas a rehabilitación y asistencia social.*

Con lo anterior, desde mi perspectiva, surgieron no sólo nuevas situaciones constitucionales y derechos fundamentales, sino una

nueva ideología en materia de sanción o infracción de conductas ya que la adolescencia y el Derecho Penal aparecen ahora como temas especiales que han provocado la necesidad de crear una *jurisdicción especial* a la que el texto constitucional denomina *sistema integral de justicia*.

Dicha reforma entró en vigor tres meses después de su publicación, esto es, el doce de marzo de 2006 y en los artículos transitorios, el Poder Reformador de la Constitución dispuso que los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarían con seis meses a partir de la entrada en vigor de la enmienda para crear todas las leyes, instituciones y órganos necesarios para la aplicación de este Decreto.

Los cambios constitucionales referidos han provocado el surgimiento de casos especiales en materia de la justicia estatal de menores, como el que aquí se analiza; situaciones que llaman la atención porque podría darse el caso que una conducta considerada delictiva e incluso que hasta puede ser calificada como grave, finalmente podría permanecer impune o insuficientemente sancionada, cuando esto no es el sentido ni de la reforma, ni del derecho constitucional aplicable.

Estas cuestiones realistas y de hecho, aun cuando orbiten fuera del contexto jurídico, no pueden pasar inadvertidas para esta opinión y me parece que tampoco merecen estoicismo por parte del Alto Tribunal, pues aunque la solución jurídica satisfaga los intereses y derechos fundamentales de un sector de las partes relacionadas al caso, lo cierto es que finalmente desconocen los intereses de otro sector: el de las víctimas.

Así las cosas, creo que resulta conveniente poner de relieve que el proceso de transición de un sistema a otro debe llevarse a cabo en atención a todos los sectores afectados y los Derechos Fundamentales, con el cuidado de evitar lesiones a ellos y buscar soluciones razonables dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Esto es, en el cambio de un sistema a otro, el Legislador — obligado a desarrollar en detalle la reforma constitucional— no debe



permanecer insensible a los derechos de todas las partes relacionadas con hechos considerados delictuosos, a grado tal que, bajo el pretexto de la omnisciencia, se dejen fuera, por parte del legislador, situaciones donde se genere impunidad o punición insuficiente.

En otras palabras, se debe impedir, en la medida de lo posible, que la comisión de una conducta típica con resultados dañosos, por imprevisión del legislador, quede fuera de la regulación que caracteriza al derecho.

La ideología del nuevo texto del artículo 18 Constitucional es que la Federación, los Estados y el Distrito Federal establezcan en el ámbito de sus respectivas competencias un *sistema integral de justicia*.

Pues bien, creo que ese sistema no puede considerarse razonablemente *integral* si a él escapan aspectos que debieron ser regulados en el tránsito de un sistema a otro.

El artículo segundo transitorio del Decreto de Reformas a la Constitución que se comenta, prevé que los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del nuevo sistema de justicia para adolescentes.

Desde mi perspectiva, es muy importante que los Congresos Estatales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no se queden con una interpretación o aplicación letrista del referido artículo segundo transitorio y tomen conciencia de que no se trata que dentro de los seis meses de la entrada en vigor de la reforma se limiten a crear las instituciones necesarias para la aplicación del nuevo sistema, sino que al hacer las leyes a que se refiere ese cambio constitucional, consideren también el tránsito de un sistema a otro de una forma tal que no choque con la Constitución y que se prevean soluciones en la ley que eviten impunidad o punición defectuosa, evitar que las situaciones no queden indemnes.

Hay un espacio cronológico crítico ubicado entre la vigencia de la reforma constitucional y la entrada en vigor de las leyes que

prevean el nuevo Sistema de Justicia de Adolescentes; ante lo evidente de esta situación, razonablemente esto no puede ni debe pasar inadvertido para los legisladores.



# La argumentación como presupuesto de legitimidad de las resoluciones jurisdiccionales. *Evolución y auge internacional de su exigibilidad en breve referencia al caso mexicano*

**José Nieves Luna Castro**

Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado  
en Materia Penal del Segundo Circuito

Sumario: 1. *¿Qué es argumentar?* 2. *Reflexiones acerca de la argumentación jurídica.* 3. *La expansión y auge actual de la exigencia argumentativa como condición legitimadora de la función judicial en el estado democrático y constitucional de derecho.* 4. *La debida motivación (argumentación), como derecho fundamental de legalidad y seguridad jurídica reconocido en la Constitución de 1917 y su protección a través del Amparo Mexicano.* 5. *Condición paradójica entre el auge internacional actual y algunas tendencias contemporáneas resurgidas en México.* 6. *Consideraciones finales.*

## 1. ¿QUÉ ES ARGUMENTAR?

La respuesta a esta pregunta la podríamos encontrar en el discurso de grandes pensadores y filósofos que a través de la historia de la humanidad, desde los sofistas Córax y Tisias (siglo V a. de c.) protagonistas de los "mitos fundacionales" relativos al primer "método razonado" o primer "tratado de argumentación" (CHRISTIAN PLANTIN, 2002, p. 5.), hasta los grandes filósofos del derecho contemporáneo,<sup>1</sup> sin embargo, para encontrar una mejor respuesta, y sobre todo más cla-

<sup>1</sup> Como es sabido, existe una tradición muy antigua en el estudio de las argumentaciones de

ra, preferimos acudir a la puntualidad ejemplar del distinguido maestro Manuel Atienza para afirmar con él, que: *"argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectados entre sí de muy variadas formas."* (MANUEL ATIENZA, 2004, p. 15).

Embarcarse en una actividad argumentativa, sostiene el maestro Atienza, *"significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito"* (MANUEL ATIENZA, 2000, pp. 231-238). Los elementos del argumento, por tanto, vienen a ser las premisas (aquello de lo que se parte); la conclusión o inferencia (a lo que se llega) y los criterios que rigen el tránsito entre las primeras y las segundas.

Aplicada esa definición al campo del derecho y concretamente a la función de los juzgadores encargados del análisis de constitucionalidad, tendríamos entonces que argumentar jurídica y particularmente en esa área, implica la actividad de exponer las razones o motivos a favor o en contra de una postura o tesis determinada para sostener o no, la constitucionalidad o legalidad de una disposición, o bien algún acto de autoridad en cuanto a su interpretación o aplicación correcta, conforme al contexto del *quantum* mínimo o "coto vedado" <sup>2</sup> de garantismo reconocido constitucionalmente.

En otras palabras, la argumentación es inherente a la función

---

los juristas, pero, como refiere el maestro Manuel Atienza, cuando hoy en día se hace referencia a teorías de argumentación jurídica, en realidad sólo puede hacerse alusión a la corriente filosófica iniciada en la segunda posguerra, destacando tanto precursores del campo de investigación (Viehweg, Recaséns Siches, Perelman y Toulmin), como creadores de auténticas teorías de la "Argumentación Jurídica", tales como Aarnio (1987), Alexy (1978), McCormick (1978), Peczenik (1984) y otros. Atienza, Manuel, en "El Derecho y la Justicia", edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Ed. Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2a. edición, Madrid 2000, páginas 231-238.

<sup>2</sup> Para el maestro Garzón Valdés, el "coto vedado", se puede definir, en términos generales, como "aquél ámbito constitucional que incluye principios y valores cuyo respeto y/o implementación permite asegurar un funcionamiento cabal de la democracia representativa". Garzón Valdez, Ernesto, "Argumentación Jurídica", modulo 10, "Master Internacional en

jurisdiccional y particularmente a la decisión de casos o emisión de resoluciones y sentencias, ya sea en el ámbito de la jurisdicción ordinaria o específicamente en el ámbito de la llamada jurisdicción constitucional (por ejemplo en materia de Amparo), pues constituye un soporte indispensable de coherencia, exhaustividad y justificación del porqué de la decisión que se llegue a tomar, esto es, de la explicación de los motivos del fallo, de ahí que pueda afirmarse que en un auténtico Estado democrático y constitucional de derecho la importancia de la argumentación como exposición de motivos legitimadores de las sentencias de los jueces, es indiscutible.

## 2. REFLEXIONES ACERCA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Ya mencionamos cómo las cuestiones relativas a la argumentación en sentido amplio encuentran antecedentes a lo largo del desarrollo de la cultura humana, en principio, conforme al criterio tradicional *ab initio*, que ubica a la argumentación y su admitida teoría, como parte fundamental del sistema retórico. Así, desde la *Retórica Aristotélica*; la *Rethorica ad Herennium* (siglo I a.c.); encontramos un notable desarrollo sistemático que más recientemente diversos autores resaltan y replantean como ocurre con la reseña de "*elementos de rhetorique classique de M. Patillon*" (CHRISTIAN PLANTIN, 2002, pp. 13-21). Por tanto, es dable distinguir dos grandes perspectivas: la de "*argumentación en la retórica*" y la de una "*argumentación científica*". Así, conforme al primer enfoque, se habla tanto del análisis del proceso argumentativo como del análisis del producto de ese proceso.

La retórica antigua distingue diversas clases de discursos (género "*deliberativo*"; género "*judicial*"; y género "*epideíctico o epidíctico*" del elogio y la censura), después se puede reconocer la incorporación del discurso de *exhortación religiosa*, derivado de la influencia del cristianismo, el género epistolar (edad Media); el de la publicidad e información

---

Derecho Penal, Constitución y Derechos", organizado por el IJF, y el Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia A.C. (FLASUD), México 3, 4, 10, 11 de febrero de 2006. También Cfr. "El Coto Vedado" en "Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003", por Jorge Gaxiola Moraila, Rodolfo Vázquez, Ruth Zimmerling coordinadores, Distribuciones Fontamara, 1a. reimpresión, México 2005, páginas 29-33.

mediática y el de la *propaganda ideológica* como evolución del *discurso político* e incorporaciones de la época contemporánea.<sup>3</sup>

La evolución de los estudios sobre la llamada "*argumentación científica*", se basa mayormente en el silogismo lógico-científico, aún y cuando éste puede encontrarse incluso en las formulaciones más antiguas,<sup>4</sup> empero las consideradas como teorías modernas se refieren en mayor o en menor medida a la posibilidad de armonizar o no, esas dos formas esenciales de argumentación.

Siguiendo las aclaraciones del maestro Atienza<sup>5</sup> y esforzándonos por hacer una recapitulación al menos aceptable de la reciente *refundación* de la argumentación jurídica, debemos partir de la segunda mitad de la década de los cuarentas, es decir, el periodo seguido a la culminación de la segunda guerra mundial (para algunos el inicio de la postmodernidad), citando ahora algunos de los postulados y las obras que a partir de entonces impulsaron el resurgimiento o auge de las teorías sobre argumentación, en un principio según hemos dicho como interés sobre la investigación y después con la aportación de lo que Atienza llama *verdaderas teorías de la argumentación jurídica*".<sup>6</sup>

Así, por cuanto hace, a esa refundación del campo de investigación se puede mencionar en Alemania la obra de E.R. Curtius, "*Literatura Europea y Edad Media Latina*" (1976); a finales de los años cincuenta, el "*tratado de la argumentación. La nueva retórica*", de C. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca (1989); "*the uses of argument*",

<sup>3</sup> En relación con este tema consideramos de interés lo aludido por Kenny, G.A., en "History of Rhetoric", Princeton University Press, Vol. I, 1963, Vol. II, 1972, Vol. III, 1983. También Lausberg, H., "Manual de Retórica Literaria". Fundamentos de una ciencia de la literatura, 1960, trad. esp. Gredos, 1966-1969.

<sup>4</sup> Así, desde los Tópicos y Analíticos de Aristóteles se puede advertir el análisis del silogismo, que manejaba Aristóteles, en sus obras "Retórica", trad. esp. Gredos, 1990. "Tratado de Lógica (Organum). I: Categorías-Tópicos Sobre las Refutaciones Sofísticas", trad. esp. Gredos, 1982. "Retórica a Herenio", Bosch, 1991, citados por Christian Plantin, op. cit. páginas 15 y 55.

<sup>5</sup> Atienza, Manuel, Modulo 8, "Argumentación Jurídica" "Master Internacional en Derecho Penal, Constitución y Derechos", organizado por el IJF, y el Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia A.C. (FLASUD), México 13, 14, 20, 21 de enero de 2006. También Cfr. Atienza, Manuel, "Argumentación Jurídica" en "El Derecho y la Justicia", op. cit. páginas 232 y siguientes.

<sup>6</sup> Ibidem. página 234.

de S.E. Toulmin (1958); "Manual de Retórica Literaria", de H. Lausberg (1969); "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho" de L. Recaséns Siches (1956); y así también "Tópica y Jurisprudencia", de T. Viehweg.(1964); todos los cuales tienen en común, por un lado, la búsqueda de cierta crítica racional a la utilización de la lógica dentro del pensamiento argumentativo, así como la creación de la racionalidad práctica y específica (MANUEL ATIENZA, 2000, PP. 232 y ss.).

Por otro lado, en palabras de Manuel Atienza, estos autores comparten un punto de vista crítico con respecto al alcance de la lógica deductiva, y para él, *"tenían alguna razón al pensar que la lógica deductiva no era el instrumento adecuado para dar cuenta de las argumentaciones que se producen en el ámbito de derecho"*.

Nos explica el citado maestro, que un fallo judicial que no pudiese reconstruirse según la forma deductiva lógica, no sería una forma racional de aplicar el derecho, sin embargo, señala, ello no significa que el brindado por la lógica deductiva sea el único mecanismo disponible para el control de racionalidad de las decisiones judiciales y por eso se refiere a los autores anteriormente listados, con el reconocimiento aludido en cuanto a la crítica respecto de la lógica formal, pero acota, sin embargo, que *"en lo que se equivocaron es en llevar demasiado lejos su crítica y en sostener que la lógica formal deductiva no tiene prácticamente nada que decir sobre la argumentación jurídica"*(MANUEL ATIENZA, 2000, PP 232-233).

A partir de los años setenta, del siglo XX, se agudiza la corriente crítica del paralogismo y surgimiento de la *"lógica no formal"*, destacándose autores como Hamblin *"fallacies"*, Blair y Johnson *"informal logic"* (CHRISTIAN PLANTIN, 2002, p. 18.).

Las tendencias más recientes de la argumentación son las llamadas *"pragmáticas"*. Los nuevos enfoques abarcan diversas direcciones de investigación, a saber: *"La Pragmadialéctica"*, que entiende la argumentación como especie de diálogo o debate sujeto estrictamente a reglas de racionalidad (H.H VAN EEMEREN-R. GROOTENDORTS, 1988). La *"Argumentación y Análisis de la Conversación"*, que se basa



en análisis lingüísticos y precisos de la argumentación como derivación de interacciones verbales (Moeschler) (MOESCHLER, 1985); "*Pragmática Lingüística Integrada*", que pretende redefinir la noción misma de la argumentación (J.C. ANSCOMBRE Y D. DUCROT, 1994), "*Pragmática Sociológica y Filosofía de la 'acción comunitaria'*", de marcada influencia en las investigaciones contemporáneas, y que gira en torno a una especie de "*ética de la argumentación (habermas)*" (J. HABERMANS, 1989) y también la llamada "*Lógica Pragmática*", que intenta construir "*Lógicas Naturales*" como prolongación de ciencias cognitivas, con el fin de atender y armonizar ambos tipos de preocupación o planteamiento (Vignaux) (CHRISTIAN PLANTIN, 2002, p. 21 y ss.).

Lo anterior solo evidencia la abundante investigación y finalidad de encontrar modelos universalmente susceptibles de mayor aceptación en cuanto a la argumentación racional de la aplicación del derecho, una tarea hasta ahora incompleta porque denota el marcado interés por la racionalidad práctica, empero, como sostiene el maestro Atienza, hasta el momento subsiste la objeción fundamental de que sólo se han aportado criterios mínimos que únicamente permiten descartar, por irracionales o injustificadas, determinadas decisiones o formas de argumentación, pero hace falta una "*noción de racionalidad práctica más desarrollada*", encontrar una "*teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad*", que pudiera ofrecer algún tipo de criterio para operar aún en "*casos difíciles*", pero además agrega el reconocido maestro, que una teoría que cumpliera tales expectativas, tendría que incorporar también "*contenidos de naturaleza política y moral*" y no de carácter única o especialmente formal (MANUEL ATIENZA, 2000, pp. 235 IN FINE).

### 3. LA EXPANSIÓN Y AUGE ACTUAL DE LA EXIGENCIA ARGUMENTATIVA COMO CONDICIÓN LEGITIMADORA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Las reflexiones hechas en el apartado anterior, evidencian por sí solas el renovado interés por la argumentación jurídica en los tiempos recientes, concretamente a partir de la segunda mitad del siglo

XX. Ya hemos visto como los trabajos de investigación realizados en los años cincuenta y setenta representan dos momentos importantes para identificar el inicio de un resurgimiento del auge y expansión de las teorías sobre la argumentación jurídica contemporánea.

Al respecto, Manuel Atienza (MANUEL ATIENZA-LUIGI FERRAJOLI, 2005, p. 8) puntualiza los que considera "*factores*" que sirven para explicar el fenómeno de ese auge actual de la argumentación jurídica en el mundo occidental, a saber:

1) "*El primero de naturaleza teórica*", ubicado como el interés del conocimiento por construir teorías que llenen la laguna o vacío respecto de la dimensión argumentativa del derecho.

2) El segundo que considera "*de orden práctico*", pues la práctica del derecho, dice, parece consistir de manera relevante "*en argumentar*", especialmente en el Estado constitucional y en relación con ello cita como ejemplo al caso norteamericano, sobre todo en cuanto a la práctica de la argumentación como base de enseñanza de derecho y a España, en cuanto a la aplicación del modelo romano-germánico, que implica, por cierto, un cambio significativo a partir de la Constitución de 1978, ya que las sentencias de los jueces, dice, "*Están más y mejor motivadas*", dada la exigencia de motivación derivada de las propios tribunales Constitucionales.

3) El tercero de los factores lo identifica con el cambio general en los sistemas jurídicos que, dice, transitaran del modelo de "*Estado Legislativo*" a "*Estado Constitucional*", entendiéndose por éste, aquel en que la Constitución (en sentido formal o material) contiene: a) la distribución o división formal del poder entre los diversos órganos; b) el reconocimiento de derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, interpretación y aplicación del derecho; c) mecanismos de control de constitucionalidad, tanto de las leyes (del poder legislador), como de cualquier órgano estatal, de manera que su ejercicio tiene que justificarse. El Estado Constitucional, refiere Atienza "*supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y por tanto, una mayor de-*

*manda de argumentación jurídica*" (MANUEL ATIENZA-LUIGI FERRAJOLI, 2005, p.11). En relación con este factor, se señala también al pluralismo jurídico como rasgo de los sistemas jurídicos contemporáneos.

4) El factor invocado en cuarto término es "*pedagógico*", porque implica la necesidad de una enseñanza del derecho "*más metodológica y argumentativa*".<sup>7</sup>

5) El quinto de los factores, resulta de carácter político, basado en el interés ligado "*al ascenso de la democracia*",<sup>8</sup> particularmente la llamada "*democracia deliberativa*" que presupone la capacidad de argumentación racional.

Todo lo anterior conduce efectivamente a la comprensión del porqué del auge de la argumentación jurídica, y por vía de consecuencia, se traduce en la explicación de las funciones de la propia teoría de la argumentación, que en opinión de Atienza, son las siguientes: una de carácter "*teórica o cognoscitiva*", otra de naturaleza "*práctica o técnica*", y la tercera, susceptible de considerarse "*política o moral*" (MANUEL ATIENZA, 2003, pp. 216-219).

En conclusión de este apartado, podemos señalar que la debida motivación por parte de los órganos encargados de las decisiones

---

<sup>7</sup> En este sentido Manuel Atienza distingue y aclara que la enseñanza meramente "práctica", entendida como visión puramente instrumental del derecho, como se critica de las escuelas Norteamericanas, no puede considerarse un modelo ideal, pues implica el detrimento del aspecto más estrictamente lógico de las decisiones y su justificación, los factores formales y materiales no únicamente de tipo retórico, Ibidem. página 14.

<sup>8</sup> Al respecto, resulta interesante también el planteamiento de Mauro Capelletti, al referirse a los argumentos de la legitimidad de la justicia constitucional, en los sistemas democráticos, destacando el sometimiento ante la opinión pública de las resoluciones de los tribunales superiores y las tendencias hacia un derecho constitucional supranacional materia de derechos humanos. Cfr. Capelletti, Mauro, "La Justicia Constitucional (estudios de Derecho Comparado)", UNAM, México 1987, pp. 324-344. En el mismo sentido, conviene citar las palabras del Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, Mariano Azuela Güitrón, al afirmar que "el hilo conductor de la historia, nos conduce a replantearnos la necesidad de continuar en el perfeccionamiento del Estado de Derecho (...). La Justicia Constitucional como presupuesto de la democracia auténtica y no simplemente entendida como mayoría cuantitativa (...)". Cfr. "Discurso inaugural del Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 6 de febrero de 2006. En cuanto al tema de distinción entre "legitimación", "legitimidad" y estabilidad de los sistemas políticos. Cfr. el interesante trabajo de Ernesto Garzón Valdés "El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos", BEFDP, núm. 21, Fontamara, 3a. edición, México 1999, páginas 16-17.

judiciales, equivale a justificar la decisión misma y no "*racionalizar a posteriori una decisión previamente tomada*".<sup>9</sup> Es éste uno de los temas centrales de la argumentación jurídica, su consistencia, como base legitimadora de las resoluciones judiciales en los estados de derecho democráticos o de transición democrática podríamos agregar en el caso de México, y, por ende, esa exigencia por sí misma justifica el auge y expansión de las teorías sobre la argumentación jurídica en la actualidad.

#### 4. LA DEBIDA MOTIVACIÓN (ARGUMENTACIÓN), COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL AMPARO MEXICANO

Con la Constitución de 1917 se asigna una mayor atención a la tarea y función de la judicatura y particularmente respecto de la ampliación del control constitucional a todo tipo de actos de autoridad, precisamente bajo el lógico sentimiento de ver en los tribunales un medio eficaz para tratar de disminuir las condiciones de marcada injusticia caciquil prevalecientes y que incluso fueron algunas de las causas que llevaron a la revolución.

En efecto, para quienes promulgaban auténticamente las ideas revolucionarias, el poder judicial era imprescindible para hacer frente desde el punto de vista legal a los excesos de la dictadura porfiriana, por tanto, para los revolucionarios como Carranza era importante garantizar la independencia particularmente de los jueces federales.

---

<sup>9</sup> Consideramos pertinente destacar lo señalado por Manuel Atienza, en su obra "Sobre la argumentación en Materia de Hechos", del comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez, en "Cuestiones Judiciales", BEFDP, núm. 91, Fontamara, 1a. reimpresión, México 2004, página 25-38. También de interés nos parece la obra de Krawietz Werner, "Derecho y Racionalidad en la Moderna Teoría del Derecho", en "Derecho y Filosofía"; Ernesto Garzón Valdés, compilador BEFDP, núm. 18, Fontamara, 3a. reimpresión, México 2004, páginas 155-158. En relación con las tendencias del derecho moderno y las consideradas problemáticas o conflictos, tales como el desplazamiento riesgoso de una "racionalidad formal" hacia una "racionalidad material", consúltese igualmente el interesante trabajo de Lars D. Eriksson, "Tendencias Conflictivas en el Derecho Moderno", en "La Normatividad del Derecho", Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrky Uusitalo (compiladores), Gedisa editorial, Barcelona 1997, páginas 113-125.

Fue por ello y por el peso de las razones de juristas importantes del siglo XIX, que el amparo mexicano no sólo se consolidó sino que se amplió en su función mayormente garantista hacia lo que se conoce como "*amparo judicial*", dado que el artículo 14 de la Constitución estableció como "*garantía*" (entendida como derecho fundamental), la observancia del principio de legalidad o exacta aplicación de la ley (especialmente en materia penal) y en el artículo 16, la exigencia de que todo acto de autoridad estuviese debidamente fundado y motivado.

Lo anterior significa que en México, la debida motivación de cualquier acto de autoridad, incluyendo obviamente las decisiones judiciales, constituye un derecho o "*garantía*" fundamental reconocido en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, y que ha sido también motivo de amplio desarrollo jurisprudencial, de manera que se ha expresado con toda claridad la forma en que debe entenderse esa obligación de racionalidad y argumentación de las propias decisiones de los jueces en tanto autoridades. De ello se sigue que mientras en otras latitudes del mundo occidental primordialmente, se puede hablar de un renovado auge contemporáneo de la exigencia de la argumentación o motivación de las decisiones judiciales e incluso se destaca como un logro positivo el que los Tribunales o Cortes de carácter constitucional, paulatinamente vayan estableciendo criterios que tienden a reconocer la obligación de una necesaria motivación, en nuestro país ha existido tal exigencia como garantía de carácter Constitucional desde principios del siglo XX, lo cual nos parece un dato significativo en breve referencia de derecho comparado.

En otras palabras, es de resaltarse que la exigencia de debida motivación o argumentación justificadora de las resoluciones jurisdiccionales en sí, en el caso mexicano constituye una obligación por parte de los jueces de cualquier ámbito o grado al igual que de toda autoridad en el país y que esta obligatoriedad proviene de arduas discusiones que desde el siglo XIX surgieron en el seno de la problemática vinculada con la aplicación del Amparo Mexicano,

de manera que para nosotros, no debiera representar ninguna novedad o innovación la aludida exigencia al estar incluso reconocida, según se ha dicho como derecho fundamental establecido en la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## 5. CONDICIÓN PARADÓJICA ENTRE EL AUGE INTERNACIONAL ACTUAL Y ALGUNAS TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS RESURGIDAS EN MÉXICO

El auge actual a nivel internacional de la exigencia de argumentación como factor legitimador de la actuación judicial, particularmente conforme a los parámetros de un estado democrático de derecho, debiera venir a fortalecer el criterio de considerar indispensable la protección de un derecho fundamental de tal naturaleza, a través del medio de control constitucional ampliamente reconocido como es el juicio de amparo, sin embargo, de manera paradójica, en la actualidad, en México resurgen voces tendientes a desconocer la utilidad del llamado amparo legalidad que permite precisamente velar por el cumplimiento de esa exigencia argumentativa o de debida motivación y fundamentación por parte de cualquier autoridad y en la emisión de cualquier clase de acto, aspecto que consideramos incongruente con ese auge que doctrinalmente se reconoce hoy en día, particularmente en aquellos países en los que tradicionalmente las autoridades parecieran no tener esa obligación.

Es por lo anterior que llama la atención que en fechas recientes,<sup>10</sup> vuelvan a resurgir los argumentos del pasado, después de más de cien años de los planteamientos iniciales, basados en la oposición al amparo en materia de "legalidad" (que en realidad constitu-

---

<sup>10</sup> En este sentido resulta preocupante el que paradójicamente el auge o expansión que en el mundo ha tenido la cada vez mayor exigencia de argumentación o motivación de las resoluciones judiciales como parte del desarrollo del garantismo constitucional de las sociedades contemporáneas, en México, por el contrario, después de contar con ese logro reconocido como exigencia constitucional y tutelado a través del amparo desde 1917, resurjan criterios o puestos que pretendan eliminar o reducir la exigibilidad mediante el amparo, de esa debida

ye un medio de control de constitucionalidad de la "garantía" de exacta aplicación de la ley), e inspirándose esencialmente en criterios exorbitados que dicen ver en el amparo un obstáculo al ejercicio de autoridad "soberana" estatal en materia de justicia, por lo que pugnan por la extinción o restricción (bajo criterios discriminadores) del amparo y especialmente del llamado amparo directo (amparo casación para algunos),<sup>11</sup> sin embargo, debe recordarse que el amparo, en cualquiera de sus vertientes es un logro del pueblo de México y forma parte del patrimonio cultural y jurídico, en principio, de los habitantes del país y, por ende, no está sujeto y mucho menos puede depender de los criterios particulares de funcionarios o autoridades estatales o federales, tampoco de doctrinarios o académicos ajenos a la sensibilidad necesaria para la comprensión de la trascendencia sociológica y jurídica de tal institución en un contexto realmente democrático; de ahí, que como dijera el maestro Octavio Hernández

---

argumentación, es decir, el que desaparezca el llamado amparo para efectos de fundamentación y motivación debidas que hoy en día prevalece como medio de control constitucional respecto de las resoluciones de los tribunales ordinarios. Igualmente de interés y actualidad resultan las tendencias a reducir la procedencia del amparo mediante selección de asuntos bajo criterios de "importancia y trascendencia" y no de acuerdo, en todo caso, con disposiciones legales específicas que de manera concreta establecieran factores de justificación, lo que resulta sustancialmente distinto. Luego, no sería lo mismo utilizar criterios de importancia y trascendencia para determinar la competencia de un órgano, como autoriza hoy en día el artículo 107 Constitucional respecto de las facultades de atracción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que pretender usar ese mismo criterio (caracterizado por la subjetividad), para permitirle o no a los gobernados del país, el acceso al amparo como único procedimiento (garantía en su moderna connotación), de control de Constitucionalidad, capaz de resarcir en su caso, las violaciones de autoridad, el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley y tutela efectiva del derecho de justicia, debidamente motivada.

<sup>11</sup> Este término lo estimamos incorrecto, pues la casación como recurso desapareció en nuestro país en la segunda década del siglo XX y no puede confundirse esta clase de medio de impugnación con la naturaleza diversa del Amparo, aún el directo, de carácter autónomo en el que, en sentido estricto, no se reasume jurisdicción sobre el directo examen del hecho juzgado por la autoridad, sino que a quien se juzga es a la propia autoridad, a fin de determinar si el ejercicio de su función pública es o no contraria a las disposiciones constitucionales, incluyendo claro el derecho fundamental que consagra la Constitución Mexicana respecto de la exacta aplicación de la ley que se traduce en el derecho a la legalidad y seguridad jurídica de los gobernados, por tanto, no creemos correcto confundir la institución del amparo mexicano con la casación (medio de impugnación antiguo de origen europeo), cuya esencia fue la finalidad de anulación por parte de un órgano jerárquicamente superior con jurisdicción "originaria", y plena para juzgar con total competencia el hecho materia del conflicto natural.

(O. HERNÁNDEZ, 1983, p. 42), ha sido la dolorosa realidad mexicana la que ha exigido y logrado en definitiva el fortalecimiento del amparo por exacta aplicación de la ley, pues en infinidad de casos, solo este medio de impugnación autónomo ha logrado restituir a los muchos quejosos en el goce de sus "*garantías*" o derechos constitucionales transgredidos por las autoridades del país, sin diferencia de fuero o competencia, restableciendo el auténtico estado de derecho basado en la supremacía de la Constitución Federal.

Coincidimos con quienes ven en la racionalidad y argumentación de las decisiones judiciales una fuente de legitimación de la aplicación del derecho y de justificación de los propios órganos judiciales, por tanto, el caso de México, en cuanto a elevar a rango de exigencia Constitucional, la debida motivación o argumentación necesaria de todo acto de autoridad, abarcando las decisiones judiciales, a nuestro entender debe considerarse un aspecto significativo y ejemplar en el contexto del auge contemporáneo de la exigibilidad de argumentación a que se refiere el maestro Atienza, por ende, se trata de una situación relevante cuyo posible estudio para efecto de adoptar modificaciones o medidas de perfeccionamiento posibles, amerita un mayor análisis y reflexión, sobre todo ante el resurgimiento paradójico de tendencias a desconocer la justificación del juicio de Amparo como medio de exigir esa necesaria motivación de decisiones de autoridad.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta indiscutible que hoy en día la doctrina especializada reconoce la evolución crítica de la argumentación jurídica bajo criterios o tendencias hacia una mayor racionalidad, esto, sobre todo, en el contexto de un estado democrático de derecho en el que la exigencia de argumentación como presupuesto legitimador de la función judicial es cada vez objeto de mayor demanda.

En el caso mexicano, destaca por su trascendencia el reconocimiento a nivel constitucional y con el carácter de derecho fundamental, de la exigencia de que toda autoridad debe fundar y motivar



(argumentar jurídicamente) las razones que sustenten la adecuación posible de las hipótesis legalmente previstas al caso concreto y, por ende, la justificación misma del acto de autoridad y, en particular tratándose de los jueces, de las razones de sus sentencias.

No obstante dicho reconocimiento constitucional en México y el auge que a nivel internacional actualmente existe respecto de esa exigibilidad argumentativa como presupuesto de legitimación de la actividad jurisdiccional, se aprecia un contraste respecto de aquellos criterios tendentes a desconocer la utilidad del que en México se conoce como amparo directo o amparo por exacta aplicación de la ley (legalidad), criterios estos que resurgen ante la posibilidad de revisión y reforma integral del estado mexicano y del sistema de impartición de justicia.

Esperamos que la razón y la cordura prevalezcan una vez más y que sea la ley en todo caso la que dé pauta al acotamiento o perfeccionamiento de las instituciones correspondientes, como la del juicio de amparo, velando siempre por la adecuación a las exigencias de las sociedades contemporáneas que aspiran a un mejor desenvolvimiento en un auténtico estado de derecho.

Sirva pues este breve trabajo como reflexión sobre el interés del caso mexicano en el contexto del derecho comparado y particularmente en el ámbito de auge a nivel internacional de las exigencias de argumentación y racionalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

Anscombe, J.C. y Ducrot, D., *"La Argumentación en la Lengua"*, Francia 1983, versión traducida al español, Gredos, 1994.

Atienza, Manuel, *"Bioética, Derecho y Argumentación"*, editorial Palestra-Temis, Lima Bogotá, Colombia 2004.

\_\_\_\_\_, *"Argumentación Jurídica"* en *"El Derecho y la Justicia"*, edición de Ernesto Garzón Valdez y Francisco J. Laporta, editorial Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2a. edición, Madrid 2000.

\_\_\_\_\_, *"Argumentación Jurídica"*, en *"Master Internacional en Derecho Penal, Constitución y Derechos"*, organizado

por el IJE, y el Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia A.C. (FLASUD), México, 13, 14, 20 y 21 de enero de 2006.

\_\_\_\_\_, "Sobre la argumentación en materia de hechos", en "Cuestiones Judiciales", BEFDP, número 91, Fontamara 1ª reimpresión, México, 2004.

Atienza, Manuel-Ferrajoli Luigi, "Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho", UNAM, México 2005.

Aristóteles, "Retórica", versión traducida al español, Gredos, 1990.

\_\_\_\_\_, "Tratado de Lógica (Organum). I: Categorías-Tópicos Sobre las Refutaciones Sofísticas", versión traducida al español, Gredos, 1982.

\_\_\_\_\_, "Retórica a Herenio", versión traducida al español, Bosch, 1991.

Blair, J.A. y Jonson, R.H. "Informal Logic", edgepress, 1980.

Cabrero Acevedo, Lucio, "Los Tribunales Colegiados de Circuito", SCJN, México, 2001.

Capelletti, Mauro, "La Justicia Constitucional (estudios de derecho comparado)", UNAM, México, 1987.

Curtius, E.R., "Literatura Europea y Edad Media Latina", 1948, versión traducida al español, editado por Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

Eriksson, Lars D., "Tendencias conflictivas en el derecho moderno" en "La normatividad del Derecho", Aulis Aarnio-Ernesto Garzón Valdez-Jyrky Uusitalo (compiladores), Gedisa editorial, Barcelona, 1997. Garzón Valdez, Ernesto, "Argumentación Jurídica", módulo 10, "Master Internacional en Derecho Penal, Constitución y Derechos", organizado por el IJE, y el Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia A.C. (FLASUD), México 3, 4, 10, 11 de febrero de 2006.

\_\_\_\_\_, "El coto vedado", en "Cátedra Ernesto Garzón Valdez 2003", Jorge Gaxiola Moralia-Rodolfo Vázquez-Ruth Zimmerling, (coordinadores), Distribuciones Fontamara, 1ª reimpresión, México, 2005.

- \_\_\_\_\_, "El concepto de estabilidad de los sistemas políticos", BEFDP, número 21, Fontamara, 3a. edición, México, 1999.
- Gómez Robledo, Verduzco, Alonso, "Derechos Humanos en el Sistema Interamericano", editorial Porrúa- UNAM, México 2000.
- Góngora Pimentel, Genaro David, "Cuarto Informe de Labores", SCJN, México 2002.
- Habermas, J., "Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos", 1981, versión traducida al español, Cátedra, 1989.
- Hamblin, C.L., "Fallacies", Methuen, 1970.
- Hernández, Octavio A., "Curso de Amparo", 2a. edición, editorial Porrúa, México, 1983.
- Kenny, G.A., "History of Rhetoric", Princeton University Press, Vol. I, 1963, Vol. II, 1972, Vol. III, 1983.
- Krawietz, Werner, "Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho", en "Derecho y Filosofía", Ernesto Garzón Valdez, (compilador), BEFDP, número 18, Fontamara, 3a. reimpresión, México, 2004.
- Lausberg, H., "Manual de Retórica Literaria". "Fundamentos de una ciencia de la literatura", 1960, versión traducida al español, Gredos, 1966-1969.
- Márquez Piñero, Rafael, "Derecho Penal y Globalización", editorial Porrúa, México 2001.
- \_\_\_\_\_, "Filosofía del Derecho", editorial Trillas, México 1990.
- Moeschler, J. "Argumentation et Conversation", Hatier-Credif, 1985.
- Morello M, Augusto, "La Corte Suprema en el Sistema Político", librería Editora Platense S.R.L, la plata, Abelardo Perrot, Lexisnexus, Buenos Aires, Argentina 2005.
- Patillon, M., "Elementos de Rhetorique Classique", Natham 1989.
- Plantin, Christian, "La Argumentación", editorial Ariel, 3a. edición, Barcelona 2002.
- Perelman, C., "L'Empire rhétorique", 1977.

Perelman, C. y Albrechts-Tyteca, L., "*Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*", 1958, versión traducida al español, Gredos, 1989.

Recaséns Siches, L., "*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*", Dianota, México, 1956.

Toulmin, S.E., "*The uses of Argument*", Cambridge University Press, 1958.

Van Eemeren, H.H.-Grootendorts, R., "*Argumentation, Communication and Fallacies*", Lawrence Erlbaum 1988.

Viehweg, T. "*Tópica y Jurisprudencia*", versión traducida al español de L. Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1968.

Vignaux, G. "*Les Discours, acteur du Monde*", Oprys, Francia, 1988.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*Política Criminal*", cátedra correspondiente al módulo 11, "Master Internacional en Derecho Penal, Constitución y Derechos", organizado por el IJF, y el Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia A.C. (FLASUD), México 17-18 febrero 2006.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Cap.	Capítulo.
Cfr.	Confrontar (Idea de un autor y obra, sin transcribirla textualmente).
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles.
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales.
CJF	Consejo de la Judicatura Federal.
Dip.	Diputado.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
Ed.	editorial.
ed.	edición.
esp.	español.
FLASUD	Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia A.C.
Ibidem	Se refiere al mismo autor, mismo título y diferente página que la cita inmediata anterior.

Idem.	Se refiere al mismo autor, mismo título y misma página que la cita inmediata anterior.
IJF	Instituto de la Judicatura Federal.
Inst.	Instituto.
L.A.	Ley de Amparo.
Op. cit.	Se refiere a un autor y título ya citados, habiéndose intercalado otras citas.
p.	Página.
PGR	Procuraduría General de la República.
pp.	Páginas.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
ss.	siguientes.
trad.	traducción.
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México.
Vid.	Referencia al contenido a páginas del propio trabajo de investigación.
Vid infra	Referencia al contenido a páginas posteriores del propio trabajo de investigación.
Vid supra	Referencia al contenido a páginas anteriores del propio trabajo de investigación.
Vol.	Volumen.
Vols.	Volúmenes.

## Sección Segunda

### PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA





# Hacia la autonomía del MP

*Julio Antonio Hernández Pliego*

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

## PLANTEAMIENTO

Asistimos en los últimos tiempos a la formulación de algunos proyectos que militan con la idea de un Ministerio Público independiente, que rompa con el tradicional prototipo creado a raíz de la legislación napoleónica que acogimos en nuestro medio –con sus ventajas e imperfecciones–, propuestas que entonan un réquiem a la vieja institución que como cuerpo único de servidores públicos estructurados en una organización jerárquica interna dependiente del Poder Ejecutivo, afirman que no cumple ya con las altas finalidades que le asigna la Constitución política del país, de modo que estas voces propugnan por un Ministerio Público dotado de independencia presupuestaria y funcional, ajeno a las influencias y presiones de los poderes del Estado.

Nuestro Ministerio Público mexicano, quíerase que no, es en el fondo –más todavía que en lo formal– un representante fiel del Ejecutivo, generalmente sin criterio propio en las determinaciones que nuestra Carta fundamental le obliga a tomar, circunstancia que se explica porque si bien la designación del Procurador General de la República, por ejemplo, surge a propuesta del Presidente de la República, con ratificación de la Cámara de Senadores o, en sus rece-



sos, por la Comisión Permanente, lo cierto –y de ahí su vulnerabilidad– es que el titular del ejecutivo sigue conservando la facultad de removerlo libremente, lo que le imprime su carencia de inamovilidad.

Acordes con el principio de legalidad, satisfechos los requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional, el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal pero, refiriéndose a lo que sucedía en su país, advierte Manzini: "cualesquiera que sean las disposiciones abstractas, en la práctica las cosas ocurren de otra manera, siempre que un interés político, o que se supone tal, así lo aconseja. Y se ha visto en pleno régimen republicano, y aun después de promulgada la Constitución, por ejemplo, respecto de las huelgas de los funcionarios públicos y de los encargados de servicio público, respecto de los cuales no se promovió nunca la acción penal...sería excesivo exigir del Ministerio Público una independencia que lo pusiera en conflicto con la política del gobierno y a veces hasta con la opinión del Parlamento."<sup>1</sup>

La independencia del Ministerio Público hoy en día no pasa de ser una mera aspiración no satisfecha, por más que sobre todo en el plano doctrinario se propenda a alcanzarla, tomando para ello como inspiración a algún tipo de organismo como el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos o el Instituto Federal Electoral, instituciones con funcionamiento autónomo e independiente de los poderes de la Unión, esencialmente del Ejecutivo, estando dotados sus integrantes de inamovilidad e independencia presupuestal en lo económico, aun cuando no prescinden totalmente del seguimiento marcado en las directrices en materia de políticas gubernamentales, generalmente contenidas en los Planes de Desarrollo al efecto elaborados.

Juristas muy serios y autorizados sostienen que la mutación del Ministerio Público para convertirse en un órgano independiente, parece natural en la evolución jurídica de nuestro país, al grado que en la voz del mismo Procurador General de la República Mexicana, con desbordado entusiasmo postulan que:

<sup>1</sup> Manzini Vincenzo, T. II, pág. 365.

"Para México, la importancia de realizar este cambio sintetiza la lucha histórica para garantizar el acceso a la justicia de todos los mexicanos. La autonomía del Ministerio Público representa la oportunidad para hacer de esta institución un órgano imparcial, que persiga los delitos sin consideraciones políticas o de otra índole distinta al derecho y a la búsqueda de la verdad. Más aún, la transformación del Ministerio Público de la Federación en un órgano constitucional autónomo es un cambio necesario de cara a la consolidación del régimen democrático que ha sido instaurado en nuestro país. La democracia, para ser estable y auténtica, requiere de una Procuraduría General de la República que actúe con absoluto apego a derecho y ello, necesariamente, pasa por la autonomía en el funcionamiento de esta institución. En una democracia consolidada, la procuración de justicia no puede estar sujeta a períodos sexenales ni puede ser presa de la desconfianza o de suspicacias en torno al principio de imparcialidad."<sup>2</sup>

## **LAS FUNCIONES DEL MP**

Pensamos por nuestra parte que resulta conveniente hacer un repaso previo de las funciones que ejerce el Ministerio Público, para centrar adecuadamente la problemática de su independencia, supuesto que despliega atribuciones que tienen poca relación o de plano son ajenas totalmente a la investigación y persecución de los delitos que es su prístina función y en ejercicio de la cual procede a la instrucción de la averiguación previa, en la que llegado el caso, resolverá si ejerce o no la acción penal, siendo ésta, como se verá, la atribución que concita medularmente las expectativas de la autonomía de la actividad ministerial.

Para deslindar las funciones ajenas a la investigación y persecución de los delitos, atribuidas no obstante al Ministerio Público de

---

<sup>2</sup> Cabeza de Vaca, Daniel F. *Los retos en la procuración de justicia*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, pág. 1

la Federación, señalaremos entre otras, las siguientes:

Como jefe del Ministerio Público de la Federación, el Procurador General de la República tiene asignadas importantísimas tareas que cumple por sí o a través de Agentes del Ministerio Público también de la Federación.

Personalmente, por ejemplo, debe comparecer ante el Congreso de la Unión para informar cuando se discutan leyes que tengan que ver con actividades del Ministerio Público de la Federación, pero podrá reservar información si se pone en riesgo alguna investigación.

Interviene en los asuntos que traten acerca de controversias sobre la constitucionalidad de actos que se susciten entre la Federación y un Estado o municipio; entre dos Estados o uno de éstos y el Distrito Federal o algún municipio; entre dos municipios de diversos Estados o entre poderes de un mismo Estado.

No puede soslayarse la alarma que produce en los estudiosos del tema, la múltiple y variada gama de funciones extrapenales que de manera increíble ahora están encomendadas al Ministerio Público y que en ocasión posterior nos detendremos a examinar.

Por ahora basta traer a colación el Mensaje del Presidente Carranza, dirigido al Constituyente de Querétaro de 1917, con motivo de la aprobación del artículo 21, del Pacto Federal, en el que sin ambages reconoció que las leyes federales y comunes, expedidas con anterioridad en nuestro país, habían aceptado al Ministerio Público pero sólo nominalmente, porque en la realidad, era una figura decorativa en el proceso penal y en cambio, los jueces mexicanos, desde la Independencia, habían sido investigadores de los delitos, recolectores de pruebas por procedimientos atentatorios y reprobados, e inquisidores en la obtención de confesiones.

La aprobación del artículo 21, de la Constitución del país, trajo como resultado la limitación más o menos aceptable, de las funciones encomendadas al juez, que no son otras que las de realizar actos de jurisdicción, con lo cual se procuró restituirle, para decirlo en palabras del Mensaje de Carranza, toda su respetabilidad.

En cambio, de manera inexplicable se produjo un fenómeno inverso en lo que mira al Ministerio Público, pues se le han conferido tantas funciones, que se llegó al punto de propiciar la desnaturalización del órgano de la acusación por excelencia.

Ciertamente, salta a la vista la desmesura que se aprecia sobre el punto, pues además de las atribuciones señaladas, el Procurador General de la República puede solicitar a la Suprema Corte que conozca de juicios de amparo que lo ameriten por su importancia, así como denunciar ante ese máximo tribunal, las tesis contradictorias que sostengan las Salas que la integran, o los Tribunales Colegiados de Circuito. Puede proponer al Ejecutivo Federal, proyectos de iniciativas o reformas de leyes, reglamentos o tratados internacionales relacionados con la competencia de la Procuraduría General de la República y, en general, medidas tendientes a mejorar la procuración e impartición de justicia.

El Ministerio Público de la Federación también vigila el cumplimiento de la Constitución y la ley; promueve la rápida y eficaz procuración e impartición de justicia; vela por el respeto de los derechos humanos e interviene ante los jueces en los casos en que la Federación sea parte, se afecten sus intereses económicos o tenga interés legal, así como en los casos de los diplomáticos y cónsules generales.

Según parece, a la fecha hace falta una nueva revolución procesal como la propuesta a los Constituyentes de 1917, pero ahora no para llevar a su correcto sitio al juez, sino para cortar muchos de los tentáculos que representan las inmoderadas atribuciones del Ministerio Público, y restituirlo en el justo lugar que le asigna la Constitución.

García Ramírez<sup>3</sup> enlista de esta forma algunas otras de las funciones que son claramente extrañas a las originales de investigar y perseguir los delitos:

El Procurador General de la República participa en el llamado

---

<sup>3</sup> García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho procesal penal*, 3ª edición, México, Porrúa, 1980, página 243 y siguientes.

Consejo de Ministros, para la hipótesis de suspensión de garantías, en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (Artículo 29, constitucional); el Ministerio Público Federal es representante jurídico de la Federación en todos los casos en que ésta sea parte; interviene en los casos de diplomáticos y cónsules generales (Artículo 102, constitucional); es custodio de la legalidad, en cuanto debe promover lo necesario para la buena marcha de la administración de justicia, incluyendo la denuncia de las irregularidades de los juzgadores (Artículo 102, constitucional, párrafo segundo); el Procurador General de la República, intervendrá personalmente en todas las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 constitucional. (Artículo 102, de la Constitución Política del país, párrafo tercero).

También actuará denunciando las leyes contrarias a la Constitución general del país, promoviendo su reforma; participa en los juicios de amparo para preservar la legalidad; se ocupa en el orden común, de la investigación, de hacer cesar y de promover el castigo a quien realice detenciones arbitrarias; interviene en el control de la manifestación de bienes de los servidores públicos; investiga los casos de enriquecimiento ilícito; actúa en asuntos civiles y familiares (divorcios, sucesiones, nombramiento de tutores o curadores, enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacciones acerca de sus derechos, informaciones *ad perpetuam*, representa a los ausentes, etc.); en materia de nacionalización de bienes; en la represión internacional contra la delincuencia; en casos de extradición; en ejecución de tratados sobre repatriación de sentenciados; en actividades de orientación social, legal y juvenil, en favor de los habitantes del Distrito Federal y particularmente de las víctimas del delito; en prestar asesoría al ofendido y víctimas del delito; etcétera.

## EL CENTRO DE LA POLÉMICA

Como quiera que ello sea y más allá de que buena parte de los

ordenamientos legales de otros países, esencialmente los europeos, de una u otra manera también contemplan la carga de funciones que rebasan con mucho los alcances teleológicos originales de la institución, lo cierto es que dichas funciones, a pesar de reconocer que son verdaderamente relevantes, no constituyen ni con mucho, el centro de la polémica, habida consideración de que la ingerencia que en el desempeño de ellas pudieran tener los representantes de los poderes ejecutivo, legislativo o judicial, no alteraría sustancialmente la marcha de la institución ni pondría en entredicho su ecuanimidad debilitando los altos designios de la procuración de la justicia, además de que en términos generales, no requieren ni imponen para su desempeño, por su propia naturaleza, la exigencia de una sumisión jerárquica del Ministerio Público a alguno de los poderes del Estado.

Nosotros no afirmamos, sin embargo, que en el desahogo de las tareas a que nos referimos, el Ministerio Público constituya o deba constituir necesariamente una dependencia gubernamental al servicio de los poderes de la Unión, lo que habría que examinarse por separado, más bien lo que queremos decir es que en la realización de tales atribuciones ciertamente no se produce el sobresalto que bote la imperiosa necesidad de alcanzar la independencia del órgano, pues entendiendo la gravedad que ellas implican, difícilmente podría alguna por sí, o varias de ellas juntas, poner en peligro la objetividad ministerial.

La innegable pérdida de credibilidad del Ministerio Público en el desarrollo de sus funciones sustantivas, investigatorias y de persecución de los delitos, es fruto del abuso al que ha sido sometido principalmente por el poder Ejecutivo en ambos órdenes, federal y estatal, impidiéndole cumplir cabalmente con el principio de legalidad.

También ha conducido sin lugar a dudas a que la sociedad en general, primero haya entrado en sospechas, pero luego las haya visto de sobra confirmadas, descubriendo la vinculación que la institución ministerial tiene con el gobierno, que permite a éste realizar una manipulación discrecional de las facultades que

constitucionalmente se asignan al órgano, para favorecer posiciones políticas partidistas, venganzas intolerantes contra opositores al régimen de gobierno en el poder, o para obtener beneficios con frecuencia –aunque no únicamente– de carácter económico, utilizando para ello a un Ministerio Público dócil y desnaturalizado, convertido en herramienta de presión, cuando no en arma de intimidación o simplemente en agencia de cobranzas.

### **PERFIL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Históricamente, desde los inicios de la institución, el Ministerio Público como tal presentó serias desavenencias jurídicas en cuanto a su ubicación institucional porque de manera equívoca se confirió al propio juez la persecución del delito, dando paso a la más inhumana inquisición puesto que quedaron fundidas en un solo órgano dos de las trascendentes funciones del llamado triángulo procesal, la de acusación y la de juzgamiento, que en parte se deslindaron cuando la revolución francesa en 1789, entronizó algunas ideas del procesamiento inglés, de corte claramente acusatorio, aparejando el derrumbe de aquéllas prácticas.

Se concluyó entonces en el establecimiento de un jurado de acusación de elección popular, con la encomienda de formular la acusación de manera oficiosa o mediando denuncia del afectado, que representaría no ya al Estado, sino propiamente a la sociedad que lo había elegido y junto a él, quedó instituido el jurado de juicio, encargado de instruir el proceso penal, con lo cual, de hecho, se vio realizada la separación de las funciones acusatoria y de juzgamiento.

En México, muy a pesar de que la Constitución de 1824, hablaba ya de un Ministerio Fiscal, lo cierto es que en su artículo 124, le fijó adscripción a la Corte Suprema de Justicia, la que se componía de once ministros, distribuidos en tres Salas "y un fiscal" y de igual modo, dispuso que los tribunales de circuito quedaran compuestos "por un juez letrado, un promotor fiscal, ambos nombrados por el supremo poder ejecutivo, a propuesta en terna de la Corte".

El artículo 91, de la Constitución de 1857, aludía al Procurador también formando parte de la Suprema Corte de Justicia que se componía de "once ministros propietarios, cuatro supernumerarios y un procurador general", este último designado, igual que los funcionarios del Ministerio Público, por el Ejecutivo.

Es hasta la Ley de Jurados del Presidente Juárez, en 1869, cuando se habla específicamente del Ministerio Público, pero sin adscribirle, a pesar de ello, funciones específicas.

Dichas funciones fueron destacadas y delineadas en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903, durante el gobierno del Presidente Porfirio Díaz, que con toda atingencia separó a la institución del órgano encargado de administrar justicia, otorgándole la titularidad de la acción penal y poniendo al frente de ella al Procurador de Justicia.

Este ordenamiento legal consolidó el principio *ne procedat iudex ex officio* que reclama la existencia de un acusador que no tenga dependencia del juzgador y que excluya así la posibilidad de que se fundan en una sola persona las dos funciones, como ocurre en el sistema de procesamiento inquisitivo. Además, hizo prevalecer el carácter público de la acción penal dejando claro que el delito atropella al orden jurídico social, lo que posibilita la intervención directa del Ministerio Público, con la proscripción de la acción privada.

A pesar de la errática ubicación del Ministerio Público de la Federación, dentro del organigrama del poder judicial, (a la fecha, el artículo 102 constitucional está colocado en el Título Tercero, Capítulo IV, "Del Poder Judicial") desde la Constitución de 1857 se otorgó al titular del poder Ejecutivo la potestad de nombrar y remover a los funcionarios de la institución y en nuestra actual Constitución política, si bien la designación del Procurador General de la República corresponde hacerla al Presidente de la República, (Artículo 89, fracción IX) lo cierto es que sigue conservando la potestad de removerlo libremente, con lo cual regresamos al problema de la dependencia jerárquica y orgánica de la institución ministerial al poder Ejecutivo.



Alguna corriente doctrinaria pretende matizar la dependencia jerárquica del Ministerio Público, bordando acerca de la legitimidad democrática del Ejecutivo y la confianza que debe presumírsele al haber sido electo por el pueblo, lo que "implica que en el ámbito de la justicia penal, el gobierno —con sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, pero sin olvidar que él no es el último controlador y garante de la legalidad— debe valorar e interpretar cuál es el interés público en la persecución de los delitos, esto es, en la promoción del ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden penal y para ello necesita de un instrumento: El Ministerio Público..."<sup>4</sup>

En estas condiciones, se estima al Ministerio Público como la herramienta con la que el gobierno cumple con la conducción de la política criminal, concebida como aquella parte de la política interior del país que asigna prioridades, medios y esfuerzos a la investigación, persecución, represión y prevención de los delitos y que justifica, de alguna manera, el poder hacer indicaciones e inclusive conocer de primera mano e intervenir en los procesos penales ejerciendo la acción política, ello sin dejar de reconocer el sometimiento del Ministerio Público al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, pero sin apartarse también de las pautas que marca la realidad, conforme a las cuales hay que destacar y poner más énfasis en la investigación y persecución de los delitos en que resulte mayormente implicado el interés público, cuya concreción corresponde al poder Ejecutivo.

En resumen, sostienen que al fijar el gobierno la política interior y por ello la política criminal, requiere del concurso del Ministerio Público para ejercerla, y a la vez, el Ministerio Público precisa de la dirección del gobierno al serle ajena la elección de los fines de política criminal, pues sin aquella dirección no pasaría de ser un simple órgano procesal postulante, ayuno de coherencia y uniformidad en la labor investigadora, siendo aconsejable que esas relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Público que hoy por

<sup>4</sup> Martín Pastor, José. *El Ministerio Público Fiscal como Director de la Investigación Oficial en el Proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2005, pág. 341.

hoy se manejan de manera turbia y ambigua, se transparenten y amplíen de forma tal que la independencia del Fiscal no sirva como escudo o parapeto del gobierno para utilizar cauces no estatutarios y actuar en lo *oscuro*.

En una aproximación hacia el verdadero problema que presenta un Ministerio Público que actúa dentro de la parcialidad, que propicia la desconfianza de la sociedad y asume su propio descrédito y con ello el de las instituciones del gobierno, podemos asegurar que la resultante es el aumento de la delincuencia y la impunidad que a todos agravia.

Y conste que no sólo nos referimos a la llamada criminalidad gubernativa que queda a cubierto de cualquier imputación delictiva, teniendo así garantizada la impunidad de los adictos al régimen de gobierno en el poder, con desprecio de los valores que preserva y trasmite una sana procuración de la justicia, sino a todos aquellos que resultan protegidos y sustraídos a la aplicación de la ley penal, gracias a su afinidad con el grupo político gobernante, que los resguarda a través de prácticas corruptas, como constatamos con mucha frecuencia, combinando deslealmente el ejercicio del poder que les dan ciertos cargos, con la gestión profesional o hecha a través de testaferros, cubriendo con artimañas legaloides lo que en buen español se denomina tráfico de influencia.

### **INDEPENDENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La autonomía entonces del Ministerio Público, tendremos que enfrentarla a la corrupción y abuso del poder que por conducir a la institución por senderos alejados de la legalidad, entronizan una peligrosa discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, sin más control que el capricho o la conveniencia que por supuesto, distan de tomar en consideración el interés de la sociedad, señaladamente en casos graves o bien en los más escandalosos que están en el escaparate social en que con frecuencia son colocados por los medios masivos de comunicación.

El actuar independiente del Ministerio Público, supone la au-

sencia de relaciones de subordinación frente a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, pues un Ministerio Público obediente a los mandatos de alguno de dichos poderes, no podría aspirar legítimamente a su independencia.

El órgano de la acusación en México, puede decirse que en lo general no ofrece sumisión a los poderes legislativo y judicial, respecto de los cuales conserva una autonomía orgánica y procesal, pero no puede afirmarse lo mismo en relación con el ejecutivo, cuya esfera de influencia resulta innegable.

Reconociendo que las ocupaciones propias de su cargo, excluyen la posibilidad de que el titular del poder Ejecutivo constantemente esté guiando la forma de proceder o fijando pautas de acción al Ministerio Público, que de modo normal actúa por los propios patrones que fija su normatividad, lo cierto es que en casos que revisten alguna relevancia, sobre todo los de connotación política o bien aquellos vinculados con algunos servidores públicos, con frecuencia están presentes las líneas o políticas de acción que dirigen el rumbo de la justicia.

Así ocurrió hace poco tiempo en el fuero federal, a manera de claro ejemplo, con la remoción de la inmunidad del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, solicitada a la Cámara de Diputados por el Procurador General de la República, ostensiblemente a instancias del Presidente de la República. Logrado el desafuero, por razones de índole claramente políticas más que jurídicas, por tratarse de un funcionario no adicto al régimen de gobierno presidencial, al final de cuentas, aun obtenido el desafuero, no se le consignó ante los tribunales, quedando evidenciado el vil sometimiento que presidió la actuación del Procurador que al final de cuentas fue removido de su cargo para librarlo de sufrir el escarnio social.

Cosa semejante pasó en distinto fuero, también hace muy poco tiempo, en que una persona de nacionalidad argentina, cuyas videofilmaciones de los inodados en el cohecho se hicieron públicas, mostrando los vergonzantes momentos en que distintos servidores públicos del Distrito Federal recibían ilícitamente las pacas de

dinero. Tras de denunciar los hechos delictivos ante el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, como los altos funcionarios incriminados estaban afiliados al partido político pretendidamente de la izquierda gobernante, se dio el paradójico resultado de que con todo y su calidad de denunciante y a pesar de haberse encontrado culpables a los servidores públicos videofilmados, el referido acusador es el único que se encuentra preso y a la fecha continúa acusado de una serie de delitos graves, que no le permiten el disfrute de la libertad caucional, ello –esa es la percepción general– para escarmiento de quien intente ponerse contra la autoridad o inculpe a funcionarios que pertenezcan o sean afines al régimen que en ese momento gobierna.

Muchas veces ni siquiera es necesario que de manera expresa el Ministerio Público acoja órdenes acerca de la forma en que ha de manejar la investigación de un delito, o el trato que ha de brindar a un inculpado, pues en nuestro medio son tan sutiles los signos que contiene la llamada *línea* sobre el caso, que basta una expresión corporal o un gesto del funcionario de más jerarquía, para que todo esté entendido.

Dice Alcalá-Zamora a propósito del tema: "Si tratándose de delitos comunes no es de temer, en general, que el Ejecutivo se enrolde, desviando en lo que pueda, la acción de la justicia mediante los resortes de que disponga el Ministerio Público (sobre todo, en países donde a un tiempo exista monopolio acusador puesto en sus manos y rija el principio acusatorio, ya que entonces, de que acuse o no el fiscal, dependerá que se pueda o no condenar) sí existe ese peligro tratándose de delitos políticos o sociales, de los cometidos por funcionarios públicos y, especialmente, de los que puedan realizar los propios miembros del gobierno o personas a ellos vinculadas en el orden político o privado...".<sup>5</sup>

El objetivo de procurar justicia debe tender al logro armónico de la legalidad y la política criminal, entendida ésta, según hemos

---

<sup>5</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Derecho Procesal Mexicano*, México, Porrúa, 1985, pág. 514.

dicho en otra ocasión, como la parte de la política social que regula la táctica global para investigar, perseguir, reprimir y prevenir los delitos.

La verdad es que no somos tan ingenuos para pensar en una institución ministerial que se desenvuelva en su actuación libre de cualquier influencia de los órganos del Estado, ello por varias razones, entre ellas que no aspiramos a una institución que defina sus funciones como si habitara en una isla apartada del sentir social, y además, porque si el Estado mexicano está regido por una política criminal de amplio espectro, que abarca desde la prevención hasta la represión del delito, en ella debe insertarse el Ministerio Público, conservando no obstante, su independencia formal y funcional, así como su autarquía económica.

En este sentido, una parte de la doctrina a la que nos sumamos, postula la idea de que el Ministerio Público para conservar ese equilibrio entre legalidad y política criminal, siendo independiente, debe actuar sin embargo, de manera que no desconozca la política global gubernamental, es decir, la orientación que el Estado imprima a la política criminal coherente y unificadamente, actividad ésta que no es del resorte del Ministerio Público, pero a la que habrá de estar necesariamente vinculado, si bien reservándose una autonomía operativa, o sea, no admitiendo ser sólo una agencia gubernamental en la que poco o nada cuente su objetividad en la decisión acerca del ejercicio de la acción penal.

Porque en la delicada labor que la Constitución le adscribe, la actuación ministerial requiere como condición indispensable ser ajena tanto a criterios de oportunidad desmesurada que la aparten de la legalidad, como a una subordinación o sometimiento gubernamental que signifique la enajenación de su función investigatoria o persecutoria del delito en la toma de decisiones concernientes al ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

Esta deseada característica del Ministerio Público que supone su actuar independiente, autónomo, que sostiene sus criterios sin dejarse ablandar por temor, respeto o halagos, es menester que pro-

picie la ausencia de relaciones de subordinación frente a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, pues un Ministerio Público obediente a los mandatos de alguno de dichos poderes, no podría aspirar legítimamente a su emancipación.

Para el logro de la autonomía de la institución, cobra lugar importantísimo señalar los recursos económicos necesarios destinados a instrumentar y redefinir de manera transparente la política criminal a seguir, articulando las funciones del Ministerio Público con los otros niveles de justicia penal que miran hacia la organización y funcionamiento de las autoridades policíacas encargadas de la investigación, la ponderación de los derechos humanos de víctimas e inculpados y a la ejecución de las sanciones<sup>6</sup>, al margen de las fluctuantes contingencias económicas que pueden conducir a su fracaso.

Además, la independencia para adquirir su verdadero sentido, debe estar seguida de una capacitación a fondo del material humano que integra la institución, en la búsqueda del máximo de eficiencia en las labores propias del Ministerio Público y de la policía ministerial que le den identidad dentro de nuestro estado de Derecho. "La complejidad de la actividad financiera, las facilidades en las comunicaciones que acrecientan la posibilidad de evasiones tributarias y aduaneras, la aparición de organizaciones tecnificadas, dedicadas a actividades ilícitas altamente lucrativas, la necesidad de proteger más eficientemente el correcto gasto público, la intervención cada vez más difundida de personas jurídicas que dificultan la aparición de un autor personalmente responsable de la totalidad

---

<sup>6</sup> Son ilustrativas sobre el punto, las observaciones de Díez-Picazo: "Conviene señalar que el argumento económico no puede ser neutralizado, como a veces se pretende, mediante la simple invocación de que deben destinarse más medios a la administración de justicia. Incluso si fuera factible, en términos financieros, mantener un crecimiento de los medios personales y materiales al mismo ritmo que el incremento de la criminalidad y aún suponiendo que el electorado estuviera dispuesto a apoyar semejante 'indexación', el argumento económico seguiría siendo válido en su versión cualitativa. Dicho de otro modo, no es posible aumentar el número de buenos profesionales de la justicia penal (policías, fiscales, jueces, etc.) de manera indefinida. (ello)...conduciría a una disminución de su calidad profesional y, por esta vía, a un deterioro de la calidad de la propia justicia penal y de las garantías de los ciudadanos". Díez-Picazo, Luis María. *El poder de acusar, Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 2000, pág. 19.

de la conducta ilícita, etc., ya no permiten que la investigación de los hechos ilícitos sea encarada como una actividad personal, aislada, muchas veces burocratizada y carente de medios tecnológicos".<sup>7</sup>

Alcanzar el propósito de independizar al Ministerio Público implica también la exigencia de que los demás poderes públicos abdicuen de la perniciosa práctica de utilizarlo como instrumento de finalidades que pugnan con su teleología y su condición de órgano procurador y operador de la justicia, pues es el respeto a su independencia funcional la única forma de que se eviten interferencias que la deformen y hagan torcer sus elevados propósitos comprometidos con los valores de la sociedad.

---

<sup>7</sup> Becerra, Nicolás. *El ministerio público y los nuevos desafíos de la justicia democrática*. Buenos Aires, Ad-Hoc SRL, 1998, pág. 38.

# Las acciones colectivas en el derecho mexicano

*José Ovalle Favela*

Miembro de la Junta Directiva del Instituto Federal de la Defensoría Pública; investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Legislación vigente sobre la tutela de los derechos o intereses colectivos.* 2.1 *Las acciones colectivas en la Ley Federal del Trabajo.* 2.2 *Las acciones de amparo de los núcleos de población ejidal y comunal.* 3. *Las acciones de grupo en la Ley Federal de Protección al Consumidor.* 4. *Otras cuestiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo fue preparado como informe nacional para la ponencia general que la profesora Ada Pellegrini Grinover presentará con el título *Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en las acciones colectivas*, dentro del Congreso Mundial de Derecho Procesal que se celebrará en Salvador, Bahia (Brasil), del 16 al 21 de septiembre de 2007.

En términos generales, se considera que las acciones *colectivas* son aquellas que se ejercen para proteger los intereses de toda una comunidad de personas.<sup>1</sup> Se estima que los intereses colectivos tienen dos características esenciales: son *transindividuales*, en virtud

---

<sup>1</sup> Cfr. José Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, 6ª edición, México, Oxford University Press, 2005, página 171.



de que pertenecen a una colectividad, y no a individuos particulares, y son *indivisibles*, ya que sólo pueden ser ejercidos a nombre de la colectividad y la solución que se dé en el proceso debe ser la misma para toda la colectividad.<sup>2</sup> En el derecho comparado las acciones colectivas se utilizan para tutelar los derechos a la protección del medio ambiente y la salud; a la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural; los derechos de los consumidores frente a los productos peligrosos o nocivos, la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas en las relaciones de consumo.

En cambio, las acciones de *grupo* son aquellas que procuran la protección de aquellos intereses que, aun teniendo carácter de individuales o particulares, poseen, sin embargo, un origen o una causa común. Estos intereses individuales son tratados colectivamente en virtud de su origen común, y pueden ser reclamados judicialmente por medio de una acción de grupo, para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por los afectados, que regularmente son consumidores de bienes o servicios producidos en serie. En este caso, cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal. A diferencia de los intereses colectivos, que son transindividuales e indivisibles, los intereses de grupo son individuales y divisibles, y sólo se reclaman en grupo por tener un origen o causa común (el mismo defecto en determinado tipo de bienes o servicios, adquiridos o contratados por los consumidores). En Brasil se les denomina *intereses individuales homogéneos*; en Colombia y en México, *intereses de grupo*.

## 2. LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LA TUTELA DE LOS DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS

En el derecho mexicano se prevén dos tipos de acciones para la tutela de intereses colectivos: las acciones que pueden promover

---

<sup>2</sup> Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses colectivos y difusos (un aspecto de la experiencia brasileña)", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, número 2 de 1992, página 235.

los sindicatos y patrones para plantear *conflictos colectivos económicos*, los cuales se regulan en la *Ley Federal del Trabajo* de 1970 (artículos 900-919); y las acciones de *amparo* que pueden ejercer las personas morales de derecho agrario denominadas *núcleos de población ejidal y comunal* en defensa de sus derechos colectivos, las cuales fueron introducidas en la reforma de 1963 a la *Ley de Amparo* de 1935 (artículos 212-234).

## 2.1 LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Los *conflictos colectivos económicos* son aquellos que surgen entre un sindicato o la mayoría de los trabajadores de una empresa y los patrones sobre la creación o la modificación de las normas laborales que rigen o deben regir sus relaciones colectivas de trabajo (contrato colectivo de trabajo o contrato-ley), o bien sobre la interrupción o terminación de tales relaciones (artículo 900 de la *Ley Federal del Trabajo*).<sup>3</sup>

Están *legitimados* para ejercer este tipo de acciones colectivas:

- a) Los sindicatos de los trabajadores titulares de contratos colectivos de trabajo;
- b) La mayoría de los trabajadores de una empresa o establecimiento, siempre que se afecte su interés colectivo, y
- c) El patrón o patronos (artículo 903)

El órgano jurisdiccional que conoce de este tipo de conflictos son las *juntas de conciliación y arbitraje*, las cuales son tribunales del trabajo que no forman parte del poder judicial y se integran en forma tripartita, por miembros designados por el gobierno, los trabajadores y los patrones (artículos 591 a 647).

El *procedimiento especial* que se sigue para solucionar los conflictos colectivos económicos tiene un carácter fundamentalmente técnico. Como en el laudo (así se le denomina por mera tradición, aunque en sentido estricto sea una sentencia) se debe decidir sobre la creación o la modificación de las relaciones colectivas de trabajo,

<sup>3</sup> Los artículos que en lo subsecuente se mencionen dentro de este apartado 1.1, sin indicar el ordenamiento del que formen parte, pertenecen a la *Ley Federal del Trabajo*.

la parte principal del procedimiento la constituye el *dictamen* que deben rendir tres peritos designados por la junta de conciliación y arbitraje, en el cual tales peritos, con base en los estudios económicos, contables y sociales que realicen, deben proponer la solución del conflicto.

Presentada la demanda por escrito, el procedimiento se desarrolla básicamente en tres audiencias. En la primera, la junta debe intentar la conciliación de las partes; en caso de no lograrla, escuchará las peticiones y los hechos en que éstas se funden, y designará los tres peritos que deberán formular su dictamen. Una vez presentado éste, concederá un plazo de 72 horas para que las partes expresen sus observaciones; en caso de que lo hagan, citará a una segunda audiencia en la que los peritos deberán contestar las preguntas que les formulen las partes y éstas podrán ofrecer pruebas. En la tercera audiencia la junta debe discutir y votar el proyecto de laudo preparado por el auxiliar de la junta, con base en el dictamen rendido por los peritos (artículos 903 a 918).

El laudo que dicte la junta "podrá aumentar o disminuir el personal, la jornada, la semana de trabajo, los salarios y, en general, modificar las condiciones de trabajo de la empresa, sin que en ningún caso pueda reducir los derechos mínimos consignados en las leyes" (artículo 919).

Es claro que la resolución que ordene aumentar o disminuir la jornada o la semana de trabajo, los salarios y, en general, determine modificar las condiciones de trabajo de la empresa surtirá sus efectos en relación con todos los trabajadores de la empresa y con el o los patrones.

La *Ley Federal del Trabajo* no contiene disposiciones que regulen la autoridad y eficacia de la cosa juzgada. Además, esta Ley es un ordenamiento muy cerrado, que no parece permitir la aplicación supletoria del *Código Federal de Procedimientos Civiles*, a diferencia de lo que acontecía con la *Ley Federal del Trabajo* de 1931, cuyo art. 16 autorizaba la aplicación supletoria del derecho común.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Mario de la Cueva, quien fue el autor principal del proyecto de la *Ley Federal del Trabajo*

La *Ley Federal del Trabajo* vigente establece que las resoluciones (en las que se incluyen los laudos) de las juntas no admitirán ningún recurso y que aquéllas no las podrán revocar (artículo 848). Sin embargo, los laudos de las juntas sí son impugnables a través del juicio de amparo, por lo que no adquieren la autoridad de la cosa juzgada hasta que suceda algunas de las dos siguientes situaciones:

a) Que transcurra el plazo previsto (que normalmente es de 15 días) para que la parte afectada por el laudo interponga la demanda de amparo, sin que dicha parte lo haga, o

b) Que una vez interpuesta la demanda de amparo dentro de dicho plazo, el tribunal que conozca del amparo dicte su sentencia en la que otorgue el amparo en cuanto al fondo y, en su caso, dicha sentencia sea cumplida por la Junta de Conciliación y Arbitraje. La sentencia que niega el amparo o que ordena el sobreseimiento no requiere ser cumplida, por lo que el laudo impugnado quedará firme. Sólo requiere cumplimiento la sentencia que concede el amparo.

Las acciones colectivas de orden económico fueron utilizadas por los sindicatos sobre todo en los decenios de 1930 y 1940. Aunque actualmente están previstas en la *Ley Federal del Trabajo* vigente, casi no recurren a ellas los sindicatos ni los patrones, quienes prefieren acudir a las negociaciones en los contratos colectivos de trabajo o en los contratos-ley, por lo que no existen tesis de jurisprudencia recientes. A continuación me permito transcribir los criterios de interpretación más relevantes de los decenios mencionados:

CONFLICTOS DE ORDEN ECONOMICO, NATURALEZA ESPECIAL DE LOS LAUDOS QUE LOS RESUELVEN Y DE LA FUNCION QUE AL EFECTO DESARROLLAN LOS TRIBUNALES DE TRABAJO. *Entre el laudo pronunciado en los conflictos ordinarios de trabajo y el dictado en el orden económico, existe una diferencia absoluta, pues en tanto que el primero debe fundarse en la ley y a falta de*

---

vigente, señalaba que en esta última se buscó "el apartamiento del derecho del trabajo, del civil, lo que condujo a la Comisión a modificar el art. 16 de la Ley vieja y a excluir la idea del *derecho común* como fuente formal supletoria". *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, página 133.

la misma, en las costumbres o en el uso, y en su defecto, en los principios derivados de la ley del trabajo o del derecho común, en cuanto no la contraríen, y en la equidad, el segundo se basa exclusivamente en principios económicos, con el fin de regular la producción. La función de los tribunales del trabajo, es distinta, en lo que respecta al fundamento del laudo y en cuanto a la actividad jurisdiccional que desarrollan: en los procesos ordinarios, actúan dentro de los marcos del derecho y con sujeción a las reglas del procedimiento; el proceso económico, en cambio, no se gobierna por normas jurídicas, sino por principios económicos, lo que permite que el juzgador disponga de más amplia libertad. Es cierto que el art. 576 de la Ley Federal del Trabajo, dispone que la resolución que dé fin al conflicto de orden económico, deberá fundarse en el informe y dictamen rendido por los peritos y en las objeciones y pruebas presentadas por las partes; pero esta norma procesal no restringe la facultad soberana de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, para apreciar esos elementos, ni menos para aplicar la equidad, como fuente de derecho. Cuando el tribunal arbitral es llamado, no a determinar el alcance de una obligación impuesta por el contrato o la ley, sino a fijar las nuevas condiciones, según las que ha de presentarse el trabajo, ni la ley ni la costumbre pueden darle orientación; es la equidad la que, aplicando el sentimiento de la justicia, o bien tomando en consideración todos los elementos de carácter económico y social que en el caso concurren, puede proporcionar los datos necesarios para determinar la participación que en los beneficios de la producción debe corresponder al provecho y la que debe corresponder al salario. Los conflictos colectivos de orden económico, no pueden resolverse mediante la aplicación de una norma de derecho; el árbitro o tribunal arbitral tiene que decidirlos mediante consideraciones de carácter puramente social y económico. El Estado ya no se limita a cumplir con su función de administrar la justicia en forma conmutativa, sino que interviene para distribuir por vías de autoridad, lo que a cada uno de los

*partícipes en la producción le corresponde, lo que antes quedaba encomendado a la voluntad de las partes y al juego de las leyes económicas (Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, XXXIV Legislatura, Tomo II, página 7).*

*Amparo directo en materia de trabajo 10355/42. Mexican Silk Mill Inc., S.A. 5 de octubre de 1944. Mayoría de tres votos. Ausente: Roque Estrada. Disidente: Antonio Islas Bravo. Relator: Hermilo López Sánchez.*

*(Semana Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo LXXXII, página 460).*

CONFLICTOS DE ORDEN ECONOMICO, AMPARO CONTRA LOS LAUDOS DICTADOS EN LOS. El juicio de amparo contra el laudo colectivo económico, en relación con el régimen de garantías individuales, no tiene otro objeto que examinar si se cumplieron las reglas de procedimiento especiales para la tramitación de los procesos colectivos de orden económico, porque el contenido de dicho laudo sobre la situación económica de las empresas no puede ser revisado por la Suprema Corte de Justicia (Alberto Trueba Urbina, Derecho Procesal del Trabajo, Tomo III). Así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia en algunas ejecutorias, entre las que puede citarse la recaída en el amparo promovido por la Compañía Mexicana de Petróleo "El Aguila". En dicha ejecutoria se expresó que el amparo tiene por objeto reparar las violaciones que se hubieran cometido al derecho existente, pero en manera alguna es posible en el juicio de garantías estudiar la situación económica de las empresas, ni menos decidir cuál haya de ser el criterio para la justa distribución de las riquezas; la Corte tiene como función vigilar que se cumplan las garantías individuales, y en relación con el art. 14 de la Constitución; que en las controversias entre las partes se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y se dicten los laudos conforme a las leyes existentes; pero nunca puede ser su función analizar la situación económica del país, de una industria o de una empresa, ni decidir la parte que en los benefi-

cios de la negociación haya de corresponder a trabajadores y patronos; por tanto, el juicio de las Juntas sobre la situación económica de las empresas, no puede ser revisado por la Suprema Corte, que únicamente puede estudiar si se cumplió el procedimiento marcado en la ley, de manera que si la Junta, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 576 de la ley de la materia, apoyó su laudo en el dictamen de los peritos y tomó en cuenta las objeciones y pruebas de las partes, esto es, se cumplió la formalidad esencial en materia de pruebas, la Corte no puede modificar las conclusiones obtenidas por la autoridad del trabajo, porque no compete a dicho tribunal juzgar los problemas económicos. Se pone esto de manifiesto si se considera que nunca ha sido atribución del Poder Judicial juzgar los motivos o razones económicos en que se apoye una ley, y aun cuando se demostrara en un juicio de amparo, que la ley es antieconómica o que el legislador no tomó en cuenta los datos que demostraban que las condiciones reales del país o de una industria o de una empresa, no permitían la aplicación de la ley, la Corte no obstante, no podría estudiar el problema, puesto que no existe disposición alguna que autorice al Poder Judicial para juzgar de las razones de carácter económico en que se apoyó el legislador; y lo mismo ocurre con las Juntas de Conciliación y Arbitraje, puesto que cuando dictan una sentencia colectiva, fijan una norma apoyándose en razones económicas; que respecto de las partes que intervienen en el conflicto, viene a constituir una especie de ley. La actual Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia, sustenta la tesis consignada en la ejecución de referencia, con la necesaria limitación establecida por la jurisprudencia, respecto a que no es lícito a los tribunales de trabajo apreciar arbitrariamente las pruebas, sino que deben hacer uso prudente de la facultad que al respecto les otorga la ley, debiendo estar regida su actividad por los elementos de la lógica, además de que dichos tribunales no pueden omitir el estudio de las pruebas, suponerlas o alterar sus resultados reales. En consecuencia, la propia Sala estima que dada la naturaleza y

*fin*es de los conflictos colectivos económicos y del laudo que les pone fin, no le es dable, en la vía de amparo, decidir de la justificación o injustificación, de las consideraciones de fondo que contenga dicho laudo.

Amparo directo en materia de trabajo 10355/42. Mexican Silk Mill Inc., S.A. 5 de octubre de 1944. Mayoría de tres votos. Ausente: Roque Estrada. Disidente: Antonio Islas Bravo. Relator: Hermilo López Sánchez.

(Semnario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XLV, página 2656)

CONFLICTOS ECONOMICOS, PROCEDIMIENTOS EN CASO DE. El art. 570 de la Ley Federal del Trabajo previene: "Que cuando se trate de conflictos colectivos que obedezcan a causa de orden económico, relacionados con el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo, suspensión o paros, y que por su naturaleza especial no puedan resolverse en los términos establecidos en el capítulo 4o. de este título, se tramitarán de acuerdo con las disposiciones de este capítulo (capítulo VII), por lo que si se trata de un conflicto que obedezca a causa de orden económico, relacionadas con el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo, en el que propiamente no se exige ninguna prestación de parte alguna que estuviera obligada a ello, sino que se ha requerido de la intervención de la autoridad del trabajo, para llegar a la solución de ese conflicto de orden económico, que afecta a una rama de la industria, resulta que no se trata en realidad, de un juicio reclamatorio, sino que, encontrándose un grupo de fabricantes de determinada industria en condiciones económicas difíciles, por la competencia que le hace otro grupo de fabricantes similares, que paga menores salarios que aquél, ocurre ante la autoridad del trabajo, planteándole un problema que necesariamente afecta la economía de dicha industria y entonces es cuando la autoridad del trabajo, obligada a intervenir, se ve en el caso de seguir el procedimiento que le marca el capítulo VII, puesto que precisamente lo que se trata de obtener por



*medio de la sentencia de dicha autoridad, es la resolución de ese conflicto que se le plantea y que obedece a causas de orden económico, relacionadas con el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo, o sea, con la fijación de salarios tales para esta rama de la industria, que ponga punto final a la situación desventajosa en que se encuentra colocado el grupo reclamante.*

*Tomo XLV, página 6323. Amparo 4785/34. "San José Río Hondo". S. A., y coagraviados. 9 de septiembre de 1935. Unanimitad de cuatro votos. Ponente: Octavio M. Trigo.*

*Tomo XLV, página 2656. Amparo en revisión en materia de trabajo 5922/34. Atoyac Textil, S. A. 10 de agosto de 1935. Unanimitad de cinco votos. Relator: Octavio M. Trigo.*

*(Semana Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XLV, página 2656)*

## 2.2 LAS ACCIONES DE AMPARO DE LOS NÚCLEOS DE POBLACIÓN EJIDAL Y COMUNAL

Como consecuencia de la Revolución Mexicana iniciada en 1910, la Ley del 6 de enero de 1915 y posteriormente el artículo 27 de la Constitución Política de 1917, otorgaron a los *núcleos de población comunal* el derecho a que se les *reconociera* la propiedad comunal sobre las tierras, bosques y aguas que de hecho o por derecho les pertenecieran (los títulos de propiedad comunal normalmente fueron expedidos desde la época del virreinato), así como a que se les *restituyeran* dichos bienes cuando hubieran sido privados de ellos. A los núcleos de población que no hubiesen tenido propiedad comunal, que careciesen de tierras, bosques y aguas y cumpliesen determinados requisitos legales, se les otorgó el derecho a que les *dotaran de ejidos* y a que les *ampliaran* estos ejidos.<sup>5</sup>

El reconocimiento y la restitución de bienes comunales y la dotación y ampliación de ejidos, que constituyeron las acciones centrales de la reforma agraria mexicana, se desarrollaron a través de *procedimientos administrativos agrarios*, los cuales se iniciaban ante los gobiernos de las entidades federativas y culminaban con resolu-

ciones emitidas por el presidente de la República.

La reforma de 1992 al artículo 27 constitucional, por un lado, *suprimió* el derecho a la dotación y ampliación de ejidos y por el otro, transformó estos procedimientos administrativos, en *procesos jurisdiccionales* de los que ahora conocen los *tribunales agrarios*, los cuales fueron creados por la misma reforma constitucional.<sup>6</sup>

Entre los conflictos que se resuelven a través del proceso agrario podemos destacar los siguientes:

1. *Dotación y ampliación de ejidos* (que se encontraban en trámite al entrar en vigor la reforma de 1992).

2. *Reconocimiento de bienes comunales*.

3. *Restitución de tierras, bosques y aguas a los núcleos de población ejidal y comunal o a sus integrantes*.

4. *Límites de terrenos entre dos o más núcleos de población ejidal o comunal, y entre éstos con propietarios particulares*.

5. *Nulidad* contra resoluciones dictadas por las autoridades agrarias, etcétera.

Los conflictos que se señalan en los numerales anteriores, con excepción del 5, normalmente afectan los intereses colectivos de los núcleos de población ejidal o comunal.

En 1963 se reformó la *Ley de Amparo* de 1935 para establecer reglas específicas sobre los amparos que promuevan esos núcleos de población. En 1976 se sistematizaron esas reglas en un nuevo libro de la *Ley de Amparo*, que pasó a ser el segundo.

Los juicios de amparo que promuevan los núcleos de población ejidal y comunal tiene las siguientes características:

- a) La demanda de amparo puede interponerse en cualquier tiempo, cuando el amparo se promueva contra actos que tengan o puedan tener por efecto privar total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, de la propiedad, posesión o disfrute de sus derechos agrarios, a un núcleo de población sujeto al régimen ejidal o comu-

<sup>5</sup> Cfr. Sergio García Ramírez, *Elementos de derecho procesal agrario*, México, Porrúa, 1993, páginas 15-31.

<sup>6</sup> *Ibidem*, páginas 31-37.

nal (artículo 217 de la *Ley de Amparo*).<sup>7</sup>

b) La suspensión del acto reclamado se debe conceder de oficio, de plano y sin que el núcleo de población tenga que otorgar garantía para que surta efectos la medida cautelar (artículos 233 y 234).

c) El tribunal de amparo está facultado para recabar pruebas de oficio (artículo 225).

d) No procede el desistimiento, salvo que sea acordado por la asamblea general del núcleo de población (artículo 231, fracción I).

e) Tampoco procede el sobreseimiento del amparo por inactividad procesal de los núcleos de población, ni la caducidad de la instancia (artículo 231, fracciones II y III).

La *Ley de Amparo* otorga legitimación procesal activa para ejercer este tipo acciones colectivas, a los siguientes órganos de representación de los núcleos de población:

a) Los comisariados ejidales o de bienes comunales, que son los órganos internos integrados por los propios ejidatarios o comuneros, encargados de la ejecución de los acuerdos de la asamblea, los cuales tienen la representación y gestión de sus respectivos núcleos de población;<sup>8</sup>

b) Los miembros del comisariado o del Consejo de Vigilancia o cualquier ejidatario o comunero perteneciente al núcleo de población perjudicado, si después de transcurridos quince días de la notificación del acto reclamado, el comisariado no ha interpuesto la demanda de amparo;

c) Quienes tengan la representación legal de los núcleos, en los términos de la *Ley Federal de Reforma Agraria*, en los casos en que se encuentren en trámite procedimientos de restitución, dotación y ampliación de ejidos, de creación de nuevos centros de población, y de reconocimiento y titulación de bienes comunales (artículo 213).

La sentencia que conceda el amparo en cuanto al fondo restituirá al núcleo de población en el pleno goce de las garantías cons-

<sup>7</sup> Los artículos que en lo sucesivo se mencionen dentro de este apartado 1.2, sin indicar el ordenamiento del que formen parte, pertenecen a la *Ley de Amparo*.

<sup>8</sup> Artículos 32 y 99 de la *Ley Agraria* de 1992.

titucionales violadas, por lo que deberá ordenar a la autoridad responsable que restablezca las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando la resolución reclamada sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto de la sentencia será el de obligar a la autoridad responsable para que actúe en el sentido de respetar y cumplir con la garantía de que se trate (artículo 80). En otros términos, la sentencia que otorgue el amparo tendrá como consecuencia que la autoridad responsable del acto reclamado, restituya al núcleo de población en el goce de sus derechos colectivos.

En virtud de que la reforma de 1992 al artículo 27 constitucional transformó los procedimientos agrarios que se seguían ante autoridades administrativas, en *procesos jurisdiccionales* de los que ahora conocen los *tribunales agrarios*, los actos de autoridad que los núcleos de población reclaman en los juicios de amparo normalmente son las sentencias definitivas dictadas por los tribunales agrarios. De estos amparos conocen los tribunales colegiados de circuito en procedimientos de una sola instancia, por lo que la sentencia que dictan los tribunales normalmente tienen la autoridad de la cosa juzgada. Sin embargo, si la sentencia dictada por el tribunal colegiado de circuito decide sobre la constitucionalidad de una ley, un tratado o un reglamento, o establece la interpretación directa de un precepto de la *Constitución*, la parte afectada puede interponer el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, e iniciar con dicho recurso una segunda instancia, cuya sentencia tendrá la autoridad de la cosa juzgada (artículos 83, fracción V, y 84, fracción II).

A continuación me permito transcribir algunas de las tesis de jurisprudencia más relevantes sostenidas por la Suprema Corte de Justicia en relación con este tipo de juicios de amparo:

NÚCLEOS DE POBLACIÓN EJIDAL O COMUNAL. LOS ASPIRANTES COLECTIVOS PARA DOTACIÓN, AMPLIACIÓN O CONSTITUCIÓN DE AQUÉLLOS PUEDEN PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN CUALQUIER TIEMPO. Conforme al artículo 217 de la Ley

de Amparo, la demanda puede interponerse en cualquier tiempo cuando se promueva contra actos que tengan o puedan tener por efecto privar total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, de la propiedad, posesión o disfrute de sus derechos agrarios a un núcleo de población sujeto al régimen ejidal o comunal. Ahora bien, dicha disposición también resulta aplicable a los aspirantes colectivos para ampliación y dotación de ejidos o constitución de núcleos de población, ya que el artículo 212, fracción III, de la propia ley, los incluye dentro de los titulares de la acción de amparo en materia agraria, motivo por el cual la presentación de su demanda debe regirse por las disposiciones especiales que rigen la materia, con preferencia sobre las normas genéricas del juicio de garantías, pues tales sujetos pretenden defender expectativas de derechos en los que inciden intereses sociales y colectivos.

Contradicción de tesis 69/2004-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo, Primero y Cuarto, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 9 de julio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez.

Tesis de jurisprudencia 121/2004. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintisiete de agosto de dos mil cuatro.

(Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo. XX, septiembre de 2004, tesis: 2a./J. 121/2004, página. 225)

AGRARIO. AMPARO EN MATERIA AGRARIA. SUS NOTAS DISTINTIVAS. En el Diario Oficial de 4 de febrero de 1963 se publicaron diversas adiciones a la Ley de Amparo, consistentes, en concreto, en dos nuevos artículos y en adiciones a veinte más. En ellas, por primera ocasión en un texto legal, se utiliza el enunciado "materia agraria", haciéndose, además, en forma reiterada. Del análisis cuidadoso del contenido de las adi-

ciones a que se alude, se sigue, de manera notoria, que en ellas se estructura el "amparo agrario", cuyos elementos sustanciales habían quedado establecidos en la adición constitucional a la fracción II del artículo 107. En un simple bosquejo, dicha estructura, de carácter eminentemente tutelar y protector, tiene las siguientes notas distintivas: 1. Obligación de suplir la deficiencia de la queja, tanto en la demanda, como en la revisión (artículo 2o., 76 y 91). 2. Improcedencia del desistimiento tratándose de núcleos de población y de la caducidad de la instancia o del sobreseimiento por falta de promoción (artículos 2o. y 74). 3. Simplificación en la forma para acreditar la personalidad (artículo 12). 4. Prohibición de desconocer la personalidad de los miembros de un comisariado cuando se haya vencido el término para el que fueron electos, sin que se haya hecho la nueva elección (artículo 12). 5. Facultad de continuar el trámite de un amparo promovido por un campesino, por aquel que tenga derecho de heredero (artículo 15). 6. Derecho de reclamar, en cualquier tiempo, actos que afecten a núcleos ejidales o comunales, lo que se traduce en la prohibición de sobreseer en el juicio, con base en la causal de improcedencia establecida en la fracción XII del artículo 73, cuando el amparo se haya interpuesto por dichos núcleos (artículos 22 y 73, fracción XII). 7. Derecho de reclamar, en un término de 30 días, actos que causen perjuicios a ejidatarios o comuneros (artículo 22). 8. Facultad de los Jueces de la primera instancia de admitir la demanda de amparo y decretar la suspensión provisional, para los casos en que se reclamen actos que tengan o puedan tener como efecto privar de sus derechos agrarios a un núcleo de población (artículo 39). 9. Obligación de recabar de oficio las pruebas que se consideren convenientes, así como amplias facultades de los Jueces de acordar las diligencias que se estimen pertinentes, y de solicitar de las autoridades elementos probatorios idóneos, lo que implica la prohibición de resolver en contra de los ejidatarios, comuneros o núcleos de población, por deficiencia de pruebas (artículos 78 y

157). 10. Obligación de examinar los actos reclamados tal como aparezcan probados, aunque sean diferentes a los reclamados en la demanda (artículo 78). 11. Término de diez días para interponer la revisión (artículo 86). 12. Prohibición de que se tenga por no interpuesto un recurso por falta de copias y obligación de ordenar su expedición (artículo 88). 13. Derecho de hacer valer el recurso de queja en cualquier tiempo (artículo 97). 14. Obligación especial del Ministerio Público de vigilar que se cumplan las sentencias dictadas en favor de núcleos (artículo 113). 15. Procedencia de la suspensión de oficio cuando los actos reclamados entrañen la afectación de los bienes agrarios de núcleos de población, o su sustracción del régimen jurídico ejidal (artículo 123, fracción III). 16. No exigencia de garantía para que surta efectos la suspensión (artículo 135). 17. Obligación del Juez de recabar las aclaraciones a la demanda, si los quejosos no lo han hecho en el término de 15 días que se les conceda previamente (artículo 146). 18. Obligación de las autoridades responsables de rendir sus informes justificados, no sólo de la manera más precisa que conduzca al conocimiento exacto de los hechos, sino, también, acompañándolos de todos los elementos idóneos para ello (artículo 149). 19. Régimen especial de representación sustituta para evitar que un núcleo pueda quedar sin defensa (artículo 8o. bis). 20. Simplificación de los requisitos de la demanda (artículo 116 bis). Si se observan los principios anteriores, que constituyen la estructura del amparo agrario, se deduce que se trata de una institución que tiene por objeto la tutela de los ejidatarios, comuneros y núcleos de población ejidal o comunal. Por otra parte, también puede observarse en el anterior articulado, que se corrobora lo expresado en la exposición de motivos de la reforma constitucional, pues si bien se usan expresiones diversas, a saber: "derechos y el régimen jurídico del núcleo de población", "propiedad, posesión o disfrute de sus bienes agrarios a un núcleo de población sujeto al régimen ejidal o comunal", "derechos agrarios", "bienes agrarios", "régimen jurídico ejidal", sin

embargo, todas ellas concurren para la integración de un régimen procesal específico del juicio de amparo que, reglamentando el párrafo final de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Federal, se ha establecido para proteger singularmente la garantía social agraria.

Séptima Época, Tercera Parte:

Volumen 28, página 40. Amparo en revisión 10046/68. Poblado Colonia de Fuentes, Municipio de Cortazar, Guanajuato. 15 de abril de 1971. Cinco votos. Ponente: Alberto Jiménez Castro.

Volumen 39, página 13. Amparo en revisión 3811/70. Eduardo Ortiz R. y coagraviados. 23 de marzo de 1972. Cinco votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Volumen 46, página 13. Amparo en revisión 941/72. Comisariado Ejidal del Ejido "La Loma", Municipio de Tacámbaro, Michoacán. 31 de octubre de 1972. Cinco votos. Ponente: Alberto Jiménez Castro.

Volumen 78, página 41. Amparo en revisión 4769/73. Arnulfo Chávez Espino. 27 de marzo de 1974. Cinco votos. Ponente: Pedro Guerrero Martínez.

Volumen 82, página 13. Amparo en revisión 1356/75. Comisariado Ejidal del Ejido de "Providencia", Municipio de León Guanajuato. 9 de octubre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto Jiménez Castro.

(Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, tomo III, tesis 190, página 135)

AGRARIO. REPRESENTACION SUSTITUTA EN AMPARO EN MATERIA AGRARIA. Al establecer el legislador la representación sustituta en la fracción II del artículo 8o. bis de la Ley de Amparo, lo hizo para evitar que los núcleos de población ejidal o comunal, por ignorancia, negligencia o mala fe de los integrantes de sus respectivos comisariados ejidales o de bienes comunales, se vean privados de defensa en la vía de amparo contra actos que vulneren o restrinjan las garantías que la Constitución les otorga. De ello se sigue que la representación



*sustituta opera, en el supuesto previsto en la citada fracción II del artículo 8o. bis, cuando los quejosos manifiestan su intención de actuar como representantes del núcleo de población, supliendo así la omisión en que incurrieron quienes tienen la representación primaria del mismo, al dejar de promover el juicio de garantías.*

*Séptima Época, Tercera Parte:*

*Volumen 78, página 45. Amparo en revisión 4451/72. Margarito Iturbide C. y otros. 8 de mayo de 1973. Cinco votos. Ponente: Jorge Iñárritu.*

*Volumen 66, página 21. Amparo en revisión 5205/73. Hermenegildo Rey Camacho y otros. 10 de junio de 1974. Cinco votos. Ponente: Antonio Rocha Cordero.*

*Volumen 67, página 20. Amparo en revisión 793/74. José González Echazarreta y otros. 22 de julio de 1974. Cinco votos. Ponente: Antonio Rocha Cordero.*

*Volumen 76, página 31. Amparo en revisión 4880/74. Núcleos de Población Ejidal de Atotonilco de Tula, Hidalgo. 9 de abril de 1975. Cinco votos. Ponente: Antonio Rocha Cordero.*

*Volumen 83, página 22. Amparo en revisión 867/75. Nuevo Centro de Población Ejidal "Francisco Márquez", Municipio de Guaymas, Sonora. 17 de noviembre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Antonio Rocha Cordero.*

*(Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, tomo III, tesis 369, página 269)*

**AGRARIO. PRUEBAS. INTERPRETACION CORRECTA DEL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 78 DE LA LEY DE AMPARO EN EL QUE SE SEÑALA LA OBLIGACION DE RECABARLAS DE OFICIO.** El párrafo tercero del artículo 78 de la Ley de Amparo, en cuanto sostiene que la autoridad judicial debe recabar pruebas de oficio, solamente debe aplicarse cuando la deficiencia de ellas afecta los intereses de los núcleos de población ejidal o comunal o de los ejidatarios o comuneros en particular, pero no cuando esa deficiencia afecta

al propietario. Se funda esta interpretación en el análisis de la reforma a la fracción II del artículo 107 constitucional, promulgada el 30 de octubre de 1962 y publicada en el Diario Oficial de 2 de noviembre del propio año, así como de las reformas y adiciones a la Ley de Amparo de 3 de enero de 1963, publicadas en el Diario Oficial de 4 de febrero de 1963, y en los antecedentes legislativos relativos, de los que se sigue que las modificaciones llevadas a cabo se realizaron con el único propósito de beneficiar a los núcleos de población ejidal o comunal y a los ejidatarios o comuneros en particular, debiéndose entender que la expresión reiterada en las adiciones aludidas, "materia agraria", debe referirse exclusivamente a las situaciones que impliquen el beneficio señalado.

Séptima Época, Tercera Parte:

Volumen 6, página 48. Amparo en revisión 10156/68. Máximo Mejía Escobar. 18 de junio de 1969. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Volumen 6, página 48. Amparo en revisión 9644/68. Braulio Vázquez Ahumada. 19 de junio de 1969. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Volumen 43, página 55. Amparo en revisión 5403/71. Colonia Agrícola "General Leovigildo García Garza", Municipio de Sayula de Alemán, Veracruz. 31 de julio de 1972. Cinco votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Volumen 44, página 22. Amparo en revisión 5577/71. Poblado Comunal de "San Juan Bautista Jalisco", Municipio del mismo nombre, Nayarit. 16 de agosto de 1972. Cinco votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Volumen 51, página 20. Amparo en revisión 2218/72. J. Jesús Mendoza Salinas y otros (acumulados). 8 de marzo de 1973. Cinco votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

(Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, tomo II, tesis 1520, página)

SUPLENCIA OFICIOSA DE PRUEBAS EN EL AMPA-

RO AGRARIO. *La suplencia oficiosa de pruebas a que se refieren los artículos 78, párrafo tercero, y 157, último párrafo, de la Ley de Amparo, únicamente debe hacerse para beneficiar a los núcleos de población ejidal o comunal, o a ejidatarios o comuneros en lo individual, y no para suplir deficiencias de las autoridades responsables, que cuentan con los elementos técnicos adecuados y cuyo interés puede ser opuesto al de aquéllos.*

*Amparo en revisión 3631/72. Comisariado de Bienes Comunales del Poblado de San Miguel Atlautla, Municipio de su nombre, México. 28 de junio de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Iñárritu.*

*Amparo en revisión 3968/72. Francisco Hernández Corona y otros. 4 de julio de 1973. Cinco votos. Ponente: Pedro Guerrero Martínez.*

*Amparo en revisión 5928/72. Francisco Hernández Jiménez y otro. 12 de julio de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.*

*Amparo en revisión 1865/72. J. Jesús Pacheco Chabolla y otros. 9 de agosto de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.*

*Amparo en revisión 1210/73. Lorenzo Flores Hernández y otros. 26 de septiembre de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Pedro Guerrero Martínez.*

*(Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, tomo III, tesis 355, página 258)*

### **3. LAS ACCIONES DE GRUPO EN LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

El artículo 26 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor* de 1992 regula las *acciones de grupo*. Este precepto, el cual fue reformado por decreto publicado en el DOF del 4 de febrero de 2004, prevé que a través de las acciones de grupo la Procuraduría Federal del Consumidor puede demandar ante los tribunales competentes que *declaren*, mediante sentencia, que una o varias personas han realizado

una conducta que ha ocasionado daños y perjuicios a los consumidores, y *condene* a los demandados a la reparación de los daños y perjuicios, los cuales se cuantificarán a través de un incidente (fracciones I y II, párrafo segundo).

El supuesto fundamental en el que debe basarse el ejercicio de estas acciones de grupo consiste en que, con motivo de la adquisición de un bien o de la contratación de un servicio, un número considerable de consumidores resiente el mismo daño o perjuicio, que puede provenir de uno o varios proveedores.

Las acciones de grupo previstas en la fracción I tienen un doble carácter: son *declarativas*, porque pretenden que el juez declare que uno o varios proveedores, con motivo de la enajenación de productos o la prestación de servicios, ha ocasionado daños o perjuicios a los consumidores en nombre de quienes se ejerce la acción de grupo; y son acciones *de condena*, porque a través de ellas la Procuraduría pide al juzgador que ordene a los proveedores responsables reparar los daños y perjuicios a los interesados.

En el proceso de conocimiento será suficiente que la Procuraduría demuestre que el proveedor demandado ha causado daños o perjuicios a algunos consumidores, para que el juez pronuncie la sentencia declarativa y de condena. En incidente de liquidación de la sentencia la Procuraduría Federal del Consumidor, en representación de los consumidores afectados, deberá acreditar quiénes fueron éstos y el monto de los daños y perjuicios causados.

Por otro lado, la fracción II prevé una *medida cautelar*, pues faculta a la Procuraduría Federal del Consumidor para demandar de los tribunales competentes un mandamiento para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que ocasionen daños o perjuicios a los consumidores, o previsiblemente puedan ocasionarlos.

La *Ley Federal de Protección al Consumidor* no confiere a los consumidores el derecho a exigir que la Procuraduría ejerza acciones de grupo, sino que se limita a señalar que la Procuraduría ejercerá las acciones de grupo "previo análisis de su procedencia, tomando en cuenta la gravedad, el número de reclamaciones o denuncias que se hubieran

presentado en contra del proveedor o la afectación general que pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio".

Si bien es cierto que el artículo 20 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor* establece que la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y que por lo mismo debería ejercer sus atribuciones con autonomía, también lo es que desde 1977 la Procuraduría quedó ubicada bajo el control de la entonces Secretaría de Comercio, la actual Secretaría de Economía, lo que contrarresta su posible autonomía y la convierte prácticamente en una dependencia de esa Secretaría.

Esta situación explica el hecho de que la Procuraduría Federal del Consumidor no haya ejercido hasta ahora, en cerca de catorce años de vigencia de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, ninguna acción de grupo.

Si desea que se puedan ejercer estas acciones de grupo habría que convertir a la Procuraduría en un órgano verdaderamente autónomo, pero también es indispensable reconocer legitimación tanto a los grupos de consumidores directamente afectados, como las asociaciones constituidas legalmente para su defensa. En todo caso, tendría que regularse con precisión la integración y exclusión de los grupos de consumidores, el procedimiento aplicable, las medidas cautelares, la sentencia y el alcance de la autoridad de la cosa juzgada, entre otras cosas.

#### 4. OTRAS CUESTIONES

En México sólo se puede considerar que existe la legitimación pasiva de los sindicatos cuando los patrones sean quienes ejerzan las acciones en los conflictos colectivos de orden económico para demandar la disminución del personal, la jornada, la semana de trabajo, los salarios y, en general, modificar las condiciones de trabajo de la empresa, conforme a lo que dispone en el artículo 919 de la *Ley Federal del Trabajo*. Pero no existen disposiciones legales específicas que regulen este tipo de legitimación pasiva, fuera de las que se mencionan en el apartado 1.1.

No existen proyectos de ley sobre acciones colectivas.

Algunos autores se han ocupado de nuevos esquemas para la legitimación y la cosa juzgada. Desde luego, destaca la labor pionera que ha venido realizando Lucio Cabrera Acevedo, quien se ha ocupado de estos temas en diversos trabajos.<sup>9</sup> En una de sus obras más recientes, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos*,<sup>10</sup> propone crear "una estructura judicial protectora de los derechos de los consumidores, de las víctimas del ambiente y de nuestro legado histórico y cultural".<sup>11</sup> El autor propugna la creación del amparo colectivo para la protección de los intereses ambientales, fundamentalmente para prevenir los daños al ambiente, y estima que las acciones de indemnización o reparación, deberían de ser objeto de una reforma en el *Código Federal de Procedimientos Civiles*. Entre otras reformas para crear el amparo colectivo, Cabrera Acevedo propone otorgar legitimación para promoverlo, cuando se trate del derecho al medio ambiente, a las organizaciones no gubernamentales y a los institutos de investigación científica y social; y eliminar en esta materia el principio de relatividad de las sentencias, que circunscribe los efectos de la sentencia al quejoso y al caso particular planteado en la demanda, para otorgarle efectos generales.<sup>12</sup>

Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha abordado el tema de los intereses colectivos y de grupo en el juicio de amparo, en su libro *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*,<sup>13</sup> en el que plantea la necesidad de revisar "algunos conceptos y principios fundamentales del juicio de amparo mexicano que han prevalecido desde el siglo XIX, como el relativo al concepto de agravio

<sup>9</sup> Entre otras obras de Lucio Cabrera Acevedo, podemos mencionar *El derecho de protección al medio ambiente en México*, México, UNAM, 1981; "La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, números 127-128-129, enero-junio, 1983; "Los sistemas de protección al interés colectivo de los consumidores y a otros intereses colectivos en México", en la misma revista, números 133-134-135, enero-junio, 1984, y "La tutela de los intereses colectivos o difusos", en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993.

<sup>10</sup> México, Porrúa, 2000.

<sup>11</sup> *Ibidem*, página 9.

<sup>12</sup> *Ibidem*, páginas 81-85.

<sup>13</sup> México, Porrúa, 2003.

personal y directo, el de la relatividad de las sentencias, así como nuevas formas de legitimación y representación".<sup>14</sup> El autor analiza diversos juicios de amparo recientes, en los que se advierte una evolución que ha cuestionado el concepto tradicional que identifica el interés jurídico con el derecho subjetivo, para permitir reconocer legitimación a particulares y asociaciones civiles para interponer demandas de amparo y solicitar la suspensión de los actos reclamados, por actos de autoridad que afectan intereses de una colectividad, sobre la base del concepto del *interés legítimo*.<sup>15</sup> Este último concepto ha sido recogido en el *proyecto de Ley de Amparo* de 2001, el cual no ha sido discutido ni aprobado por el Congreso de la Unión.

Las críticas y las propuestas que en este trabajo manifiesto sobre la regulación de las acciones de grupo en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, ya habían sido expuestas en dos artículos anteriores.<sup>16</sup>

Estimo que el Código Modelo de Procesos Colectivos sí puede inspirar una futura legislación de mi país sobre el tema, en la que se podrían adoptar las soluciones dadas a los temas de la legitimación activa y pasiva y de la cosa juzgada, pero todavía no se ha preparado una iniciativa sobre el particular.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, página 71.

<sup>15</sup> *Ibidem*, páginas 42-53

<sup>16</sup> Cfr. José Ovalle Favela, "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 107, mayo-agosto de 2003; y en la "Introducción" al libro *Acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, UNAM, 2004.

# Derechos humanos y garantías individuales

**Alberto Cardoso Ferreira**

Defensor Público Federal

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes históricos. III. Doctrina. IV. Marco legal. V. Conclusiones. VI. Fuentes.

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es dilucidar si son diferentes los llamados derechos humanos de las conocidas como garantías individuales y establecer las relaciones lógico-jurídicas entre los primeros y las segundas, logrando antes el objetivo de conocer suficientemente para probar o no que son iguales unos y otros.

Para ello, se hará una somera más no superficial reseña de los antecedentes históricos de ambas instituciones jurídicas. A continuación se establecerá un marco conceptual doctrinal, seguido por el marco legal vigente en esas materias, con especial atención en lo relativo al ámbito de lo penal, materia principal de trabajo del que escribe.

Por último, se expondrán las conclusiones a las que ha desembocado el presente trabajo.

Se justifica la realización del presente trabajo dado que todo lo que se haga a favor del estudio del tema, acorde a los cánones establecidos, aporta a una mejor construcción de la defensa de los derechos del hombre. Este intenta ser un grano de arena más.

Por otro lado, dada la calidad de Defensor Público Federal de



quien esto escribe, resulta de particular importancia la comprensión del tema para efecto de mejorar en recursos para un eficaz cumplimiento laboral.

El método utilizado en la investigación fue el documental, teniendo como fuentes la bibliográfica, la legislativa y los recursos de Internet mencionados en el capítulo correspondiente. Debe señalarse la abundancia de material con una gran calidad, tanto técnica como filosófica.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La Declaración de Derechos de Virginia, Estados Unidos de 1776, fue primer documento de la era moderna que estableció ciertos derechos fundamentales para la persona humana. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto de la Revolución Francesa, proclamando no sólo los derechos para el hombre considerado como individuo, sino también para el hombre en su calidad de ciudadano.

En México, desde que el Congreso de Apatzingán, con José María Morelos y Pavón a la cabeza, expidiera el "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana" ha habido la intención de establecer derechos fundamentales del hombre frente al poder autoritario. Los posteriores documentos constitucionales (Constitución de 1814, Constitución de 1824, Siete Leyes de 1836, Actas de Reforma de 1847 y Constitución de 1957) son antecedentes de las garantías individuales, más no adoptaron una técnica específica para, primero, establecer un catálogo claro, determinado y ordenado de esos derechos y, segundo, medios eficaces para la defensa de ellos.

Es menester recordar que Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, es considerado el creador del medio de control constitucional que es el amparo mexicano, siendo Mariano Otero, el que presenta la iniciativa que es aprobada el 31 de marzo de 1841.

La Constitución de 1857, en su artículo 107, contiene todos los principios fundamentales del juicio de garantías. En el 1º mani-

fiesta: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución." Hay en este artículo, en su primera parte, un claro influjo iusnaturalista al reconocer que los derechos del hombre son anteriores al Estado mismo y que éste se limita a reconocerlos constitucionalmente.

La de 1917, al omitir lo citado en la de 1957, y al afirmar solamente que "todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución", adquiere un claro perfil iuspositivista.

Es obvio que los instrumentos para tutelar los derechos del hombre no fueron lo suficientemente eficaces para protegerlos, por lo que se requirió buscar otros medios para su defensa. Es así como Ponciano Arriaga, impulsa la Procuraduría de los Pobres en San Luís Potosí en 1847 y luego se van creando la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en el Estado de Nuevo León en 1979; la Procuraduría de Vecinos en la Ciudad de Colima en 1983; la Defensoría de los Derechos Universitarios en la Universidad Nacional Autónoma de México, y otros organismos más, entre ellos, la Procuraduría Federal del Consumidor en 1976, el Tribunal de lo Contencioso Electoral en 1986, hoy Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para llegar al 6 de junio de 1990, en que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Luego se crearían la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en 1996; la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en 2005 y la Procuraduría de Defensa del Contribuyente en 2004. En materia laboral, en 1929 es creada la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo. En lo relativo al derecho a la información, contenido en el artículo 6º constitucional, reformado en 1977, es creado en el 2003 el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Por lo que corresponde a nuestra institución, nace con la Ley de Defensoría de Oficio Federal de 1922, pasando por las reformas constitucionales de 1993 y 1996, así como

por la reforma judicial de 1994 para llegar a la Ley Federal de Defensoría Pública de 1998.

### III. DOCTRINA. DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES, SUS CONCEPTOS

#### SEGÚN LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

*"Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado."*

*"Todos estamos obligados a respetar los Derechos Humanos de las demás personas. Sin embargo, según el mandato constitucional, quienes tienen mayor responsabilidad en este sentido son las autoridades gubernamentales, es decir, los hombres y mujeres que ejercen la función de servidores públicos."*<sup>1</sup>

*"Las garantías individuales son las que protegen al individuo en sus derechos, ya que éste puede hacer todo excepto lo que la ley prohíbe; en cambio las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite. El fin de las garantías individuales en consecuencia, es proteger al individuo contra cualquier acto de autoridad que viole o vulnere algún derecho consagrado en la ley, y el objetivo del Estado es velar por los derechos del individuo, que es lo que se denomina individualismo."*

*"Resulta importante dejar en claro que las garantías individuales no se consignan únicamente para el hombre o persona física, ni sólo protegen sus derechos sino que se extienden a todo ente jurídico, distinto del ser humano en cuanto tal, que se encuentre en la situación de gobernado."*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> <http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>

<sup>2</sup> <http://cnh.gob.mx/documentos/8/5/art/archivos/jdwj45q4.html>

IGNACIO BURGOA ORIHUELA:

"Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídica-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre gobernados, por un lado y el Estado y autoridades por el otro."<sup>3</sup>

"El concepto 'garantía' en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional."<sup>4</sup>

ALFONSO NORIEGA CANTÚ:

*"Los derechos del hombre, los derechos fundamentales, implican que el hombre, la persona tiene un ámbito, un campo de libertad propio, definido por el derecho respectivo, que el Estado debe reconocer, respetar y procurar su vigencia, así como reprimir su desconocimiento o violación por los poderes públicos."*

"Las raíces históricas de los derechos del hombre se hunden en la antigüedad, pero su nacimiento como garantías jurídi-

<sup>3</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa S.A., México, 1983, página 186.

<sup>4</sup> Burgoa Orihuela. Op. Cit., página 161.

cas individuales está íntimamente vinculado al desarrollo del Estado moderno, el cual, a su vez, está ligado con la formación de la sociedad civil y el descubrimiento de la naturaleza del hombre como persona individual y, por tanto, poseedor de una serie de derechos naturales."<sup>5</sup>

#### LA DISTINCIÓN:

"El distinguido maestro de nuestra Facultad, don Alfonso Noriega C., identifica a las garantías individuales con los llamados 'derechos del hombre', sosteniendo que estas garantías 'son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social'"<sup>6</sup>

"Discrepamos de esta concepción, pues aún aceptando la idea de que existan 'derechos naturales' del ser humano y no meras potestades naturales del hombre que al reconocerse por el orden jurídico positivo se convierten en derechos públicos subjetivos (que es nuestra opinión), esos derechos se asegurarían o preservarían por las garantías establecidas por la Constitución o por la ley. De ahí que no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano)\*." <sup>7</sup>

#### LA PROPUESTA EPISTEMOLÓGICA DE LUIGI FERRAJOLI:<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Noriega Cantú, Alfonso. *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, página 50.

<sup>6</sup> Noriega Cantú. Op. Cit., Edición 1967, página 111, citado por Burgoa Orihuela, Op. Cit., página 163.

<sup>7</sup> Burgoa Orihuela. Op. Cit. páginas 163 y 163.

\*Itálicas negritas nuestras.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2001, citado por Coronado, Fernando. *Sobre Derecho y Razón de Luigi Ferrajoli*, Edición digital a partir de *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 4 (abril 1996), páginas 173-177.

Basado en la tradición jurídica occidental respecto a las garantías en el proceso penal, establece el autor un sistema axiomático expresado de la siguiente manera:

A1 *Nulla pena sine crimine.*

A2 *Nullum crimen sine lege.*

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*

A4 *Nulla necessitas sine iniura.*

A5 *Nulla iniura sine actione.*

A6 *Nulla actio sine culpa.*

A7 *Nulla culpa sine indicio.*

A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*

A9 *Nulla accusatio sine probatione.*

A10 *Nulla probatio sine defensione.*

Coinciden varios autores, entre ellos Fernando Coronado<sup>9</sup> y Héctor F. Castañeda Jiménez,<sup>10</sup> en que en un Estado democrático moderno este sistema sintetiza lo fundamental para una eficaz defensa de los derechos humanos del procesado haciendo a ésta compatible con la búsqueda de la verdad y de lo justo que deben estar implícitos en la procuración y en la administración de justicia.

#### IV. MARCO LEGAL

En razón del espacio y del destino del presente trabajo, así como por la circunstancia profesional del autor, se restringirá el contenido de este capítulo a lo referente a su ámbito de acción, que es el de la Defensoría Pública Federal, con énfasis en lo relativo a la materia penal.

En el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las de los Estados, es en el apartado B. del artículo 102 en el que alcanzan el rango constitucional, siendo regida la primera, además, por su propia ley, reglamento y acuerdos del Consejo Consultivo. Procede la presentación de la queja ante la Comisión, "en contra de

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Castañeda Jiménez, Héctor F. *Las garantías individuales en materia penal y su reglamentación*. Artículo digital de la página: <http://www.cddhcu.gob.mx/cronica57/contenido/cont12/leer9.html>

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" los derechos humanos, según el párrafo primero del artículo mencionado. Es improcedente la queja "tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales", de acuerdo al párrafo tercero del mismo precepto.

En lo referente a las garantías individuales, son consignadas en los primeros 29 artículos constitucionales, quedando disgregadas otras en el texto constitucional, como son: las prerrogativas del ciudadano en el 35; las garantías del contribuyente en la fracción IV del 31 y las de trabajador en el 123, El juicio de amparo va del 103 al 107, regulado además por la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

Artículo 103 constitucional: Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales. (...)

Artículo 1º Ley de Amparo: El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; (...)

De conformidad con nuestra Constitución, las garantías individuales del justiciable, es decir, del gobernado sujeto a proceso penal pueden resumirse de la siguiente manera:

1) Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales (artículo 13);

2) Los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda (artículo 13);

3) A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna (artículo 14);

4) Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho (artículo 14);

5) En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata (artículo 14);

6) No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano (artículo 15);

7) Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (artículo 16);

8) No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a la disposición de las autoridades inmediatas (artículo 16);

9) Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial (artículo 16);

10) En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial po-



drá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar caateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia (artículo 16);

11) Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva (artículo 18);

12) El sitio de la prisión preventiva será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados (artículo 18);

13) Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado (artículo 19);

14) Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente (artículo 19);

15) Todo maltrato en la aprehensión, o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades (artículo 19);

16) En todo juicio del orden criminal, inmediatamente que lo solicite, el acusado será puesto en libertad bajo caución que fijará el juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputa, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor

de cinco años de prisión (artículo 20, fracción I);

17) El acusado no podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto (artículo 20, fracción II);

18) Se hará saber al acusado, en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria (artículo 20, fracción III);

19) El acusado será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuvieren en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa (artículo 20, fracción IV);

20) Se le recibirán al acusado los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso (artículo 20, fracción V);

21) El acusado será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación (artículo 20, fracción VI);

22) Le serán facilitados al acusado todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso (artículo 20, fracción VII);

23) El acusado será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de este tiempo (artículo 20, fracción VIII);

24) Se oirá al acusado en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija al que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite (artículo 20, fracción IX);

25) En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación en dinero, por causa de responsabilidad civil o algún motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención (artículo 20, fracción. X);

26) La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial (artículo 21);

27) La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél (artículo 21);

28) Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias (artículo 23);

29) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene (artículo 23);

30) Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia (artículo 23);

31) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (artículo 135, por ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8.2);

32) El inculpado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal (artículo 135, por ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 89.2.a);

33) Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial (artículo 135, por ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10).

En lo que concierne a la inserción de México en el sistema jurídico internacional se debe recordar que según el artículo 133 constitucional, 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. Por mencionar algunas de las instituciones internacionales con jurisdicción supranacional en las que México es adherente o participante, están la Corte Internacional de Justicia en La Haya, la Corte Penal Internacional, los organismos encargados de velar por los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas, sin olvidar que México ha participado en más de 55 instrumentos jurídicos relativos a los derechos humanos y en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por más de 30 años.

## V. CONCLUSIONES

- PRIMERA: Queda muy claro que, independientemente de que se adopte la postura iusnaturalista que asume que los derechos del hombre son precedentes a la existencia del Estado mismo y que éste los reconoce, o la iuspositivista, que considera que existen en tanto son otorgados por el Estado y que proceden a la creación de éste, coinciden en que debe existir un catálogo mínimo de dichos derechos con sus respectivos mecanismos de defensa para poder vivir en sana convivencia social.

- SEGUNDA: Sí se concede que existen los llamados "derechos naturales", necesitan para poder ejercerse la existencia del Estado. Es éste el que puede y debe garantizarlos. Así que independientemente de si los reconoce o los otorga, sin Estado no hay manera de garantizar los derechos humanos, o dicho de otra manera: no hay garantía sin garante.
- TERCERA: Cuestión de lógica y técnica jurídicas más que de filosofía es el diferenciar claramente que una cosa es el bien a tutelar, proteger y defender (el derecho humano) y otra es el mecanismo que sirve para preservarlo y defenderlo (la garantía jurídica). No es posible confundir el uno con la otra.
- CUARTA: Algo más en lo que es posible coincidir es en que son los derechos humanos el bien tutelado, protegido y defendido por las garantías individuales, aunque, como en nuestro sistema jurídico éstas no alcanzan a tutelar a todos ellos, por lo que esos instrumentos de defensa se encuentran dispersos en diversos ordenamientos, de acuerdo a la materia del derecho humano violentado y dependiendo de la calidad jurídica en que se desenvuelva la persona humana: ya sea como procesado, como elector, como consumidor o en cualquier otra situación jurídica en la que, por ejemplo, el juicio de amparo no le sirva en su defensa.

## VI: FUENTES:

### A. BIBLIOGRAFÍA:

1. Autores varios. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.
2. Barragán Barragán, José. *Los Derechos Humanos en México*. Universidad de Guadalajara, México, 1994.
3. Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa S.A., México, 1983.
4. González Galván, Jorge Alberto. *La Construcción del Derecho. Métodos y Técnicas de Investigación*, Universidad Nacio-

- nal Autónoma de México, México, 1998.
5. Jellinek, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
  6. López Ruiz, Miguel. *La Investigación Jurídica en México. Temas, Técnicas y Redacción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, documento en PDF.
  7. Noriega Cantú, Alfonso. *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

#### B. INTERNET:

<http://biblioteca.univa.mx/>  
<http://www.bibliojuridica.org/>  
<http://www.ijf.cjf.gob.mx/biblio.asp>  
<http://www.cndh.org.mx/index.htm>  
<http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/>  
<http://www.ifai.org.mx/>  
<http://www.ifdp.cjf.gob.mx/inicio.asp>  
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/iso15.pdf>  
<http://info.juridicas.unam.mx/navjus/gob/mx/>



## Necesaria autonomía e independencia del Ministerio Público de la Federación

**Amando Chávez Chávez**

Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública

Escuché que alguien exclamaba: "¿Qué es lo que ha sucedido?" "¿Qué es lo que está pasando con el Ministerio Público?". Yo, respondería: ¡Es que se ha desnaturalizado!

### EL MINISTERIO PÚBLICO, SU CONCEPTO

El ministerio público, es la institución unitaria y jerárquica, dependiente del poder ejecutivo, del Estado, que tiene como funciones esenciales las de persecución, mediante su investigación, de los delitos y el ejercicio de la acción penal; así como la intervención en otros procedimientos judiciales, como el de preinstrucción, instrucción, el de primera instancia, segunda instancia y de ejecución, en la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapaces; y finalmente, como regulador dentro del proceso en los tribunales, para que la administración de justicia sea pronta y expedita; y por tanto, consultor y asesor de los jueces.

Por lo que respecta, al MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN, es una institución dependiente del Ejecutivo Federal, presidida por el Procurador General, que tiene a su cargo la investigación y persecución de los delitos del orden federal y de hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita, en defensa del interés general, e intervenir en todos los negocios que la ley determine.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Franco Villa, José, "El Ministerio Público Federal", Editorial Porrúa, México, 1985, página 3.



Formalmente, se afirma que se caracteriza por ser "una institución dependiente del Estado que actúa en representación del interés social en la investigación de los delitos y en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes".<sup>2</sup>

Estas definiciones, satisfacen, con alguna omisión, los extremos de los artículos 21 y 102 de la Constitución Mexicana; pero, en la práctica, adolecen, de la determinación mencionada en la primera, en cuanto a la representación de los intereses sociales y, de la señalada en el párrafo dos de la segunda, en el sentido de no "hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita".

## ORIGEN DEL TÉRMINO

El Ministerio Público, tiene su origen en la expresión latina: "Ministérie Public"; Ministérie, que significa ministro, gobernante o mediador y, "Public", que se refiere al pueblo, colectividad o pleno de la sociedad. Se dice, también que, del mismo latín, "ministerium", equivalente a cargo que ejerce una persona, empleo, oficio, u ocupación; especialmente noble y elevado.

Es difícil proporcionar un concepto preciso del Ministerio Público, porque los ordenamientos de la actualidad le atribuyen diferentes funciones en diversas materias, según los países; pensamos, que es una acepción estricta, ajustada, cabiendo entenderlo sólo como al representante de la causa pública en la averiguación y el proceso penales.

Fix Zamudio,<sup>3</sup> lo describe desarrollando algunas actividades administrativas en representación del Ejecutivo y funciones de carácter judicial, en el proceso penal; y, que, además, defiende los intereses patrimoniales del Estado. El Ministerio Público es, sólo, tangencialmente, judicial. De acuerdo con la Frac. X del artículo 2º

<sup>2</sup> Colín Sánchez, Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, 3a. edición, México, 1974, página 86.

<sup>3</sup> Fix Zamudio, Héctor y Cossío Díaz. "El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano", Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1995, página 82.

del Código Federal de Procedimientos Penales.

Respondiendo a su remota etimología latina, el "Ministerio Público", es "Manus", mano popular, para promover y auspiciar que se administre justicia al pueblo. Por ello, y por lo que hace a la expresión "público", también latina, publicus, populus: pueblo, indica lo que es notorio, visto o sabido por todos y se aplica a la potestad o derecho de carácter general y que afecta en la relación social, como tal. Perteneciente a todo el pueblo. Por eso mismo, en su acepción gramatical, el Ministerio Público significa cargo que se ejerce en relación al pueblo.

Al Ministerio Público se le considera "fiscal", cuyo término deriva de "Fiscus", que significa: "Canasta de mimbre", de los romanos para recolectar los impuestos cobrados a los conquistados. Se le llama Representante Social, porque representa a la sociedad en el ejercicio de la acción penal; "En su sentido jurídico, la institución es una dependencia del Poder Ejecutivo, que tiene a su cargo la representación de la ley y de la causa del bien público, que está atribuida al fiscal ante los tribunales de justicia."<sup>4</sup>

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Ministerio Público tuvo sus orígenes en la organización jurídica de la antigüedad, Grecia y Roma. En el Derecho Ático, un ciudadano sostenía la acusación, cuya inquisición era llevada ante los Eliastas. Se afirma que, el antecedente remoto, se encuentra en Grecia, en la figura del arconte, como Solón, que dictó leyes para limitar el poder de la aristocracia, y repartir equitativamente su participación en los esfuerzos de la guerra. Como magistrado, el Arconte, intervenía en los juicios en representación del ofendido y sus familiares.

En Roma, los funcionarios denominados "judices questiones" tenían una actividad semejante a la del Ministerio Público, por cuanto estaban facultados para comprobar los hechos delictivos; pero sus atribuciones características eran puramente jurisdiccionales. El Procurador del César, ha sido considerado como un antecedente de

<sup>4</sup> Franco Villa, José. "El Ministerio Público Federal", Editorial Porrúa, México, 1985, página 3.

la institución debido a que, en su representación, tenía facultades para intervenir en las causas fiscales y cuidar el orden en las provincias del Imperio. Para otros, la institución adquiere raigambre hasta la legislación canónica del medioevo, por la eficacia del proceso inquisitorio en los tribunales eclesiásticos de los siglos XIII y XIV.

En efecto, en la edad media, hubo, en Italia, al lado de los funcionarios judiciales, agentes subalternos a quienes se les encomendó el descubrimiento de los delitos o Juristas designados como CONSULES LOCORUM VILLARUM, o MINISTRALES. Aunque no tenían el carácter de Promotores Fiscales, representaban el papel de denunciantes. En Venecia, existieron los procuradores de la comuna que ventilaban las causas en la "Quarantia" Criminale y los Conservatori di legge, en la República de Florencia. A mediados del siglo XIV, el Ministerio Público intervenía en forma abierta en los juicios del orden penal; sus funciones no se precisaron; amén de que, en el Derecho Canónico, imperaba, con el enjuiciamiento inquisitorio, mandado observar por el Papa. El juez era el árbitro del destino del inculcado y tenía amplia libertad para buscar las pruebas y para formar su convicción. Los fiscales tan sólo formaban parte integrante de aquella jurisdicción, inhumana; brutal. El Ministerio Público estaba a la misma.

En razón de que en la Baja Edad Media la acusación, por parte del ofendido o por sus familiares, decayó en forma notable, surgió un procedimiento de oficio o por pesquisa, que dio origen a lo que podría llamarse Ministerio Público; pero, tenía funciones limitadas.

Ya más delante, se avisara y no son pocos los que le otorgan, a la institución, origen en el derecho francés; con marcados antecedentes en la tradición española. Con cierta seguridad, se afirma que, el Ministerio Público nació en Francia, en la época de la monarquía, tomándose como partida de la moderna institución, la celebre Ordenanza de Luis XIV, de 1670.<sup>5</sup> Sin embargo, no fue sino el que se conoció y perfeccionó en la Segunda República, en 1848, con

---

<sup>5</sup> Franco Villa, José. "El Ministerio Público Federal", Edit. Porrúa, México, 1985, p. 13.

los famosos PROCURADORES DEL REY, producto, aún, de la monarquía francesa del siglo XIV, creados para la defensa de los intereses del Príncipe. Teniendo, dos funcionarios reales: el Procurador del Rey, encargado de los actos del procedimiento y su Abogado, que atendía el litigio en los asuntos en que se interesaba el Monarca, o las personas que estaban bajo su protección. Obraban de conformidad con las instrucciones que de él recibían, en quien se resumían todas las funciones del Estado. No se trataba de una magistratura independiente, porque para entonces, no se había elaborado la teoría de la división de poderes.

Son, las leyes liberales, de la Revolución Francesa, las que dieron origen, a la transformación de las instituciones político-sociales en Francia; y, con Napoleón, se reafirmaron en el Código del Tercer Brumario del año IV, como instituciones monárquicas, encomendándose la acción penal y la ejecución de las penas a los acusadores públicos que debían sostener la acusación durante el juicio. Se restablece al Procurador General que se conserva en las leyes Napoleónicas (Código de Procedimiento Criminal, 1808 y 1810). Así, el Ministerio Público queda, definitivamente, organizado dependiendo del Poder Ejecutivo, con funciones de requerimiento y acción. Las facultades instructoras quedaron reservadas a las jurisdicciones. Considerándosele representante del interés social en la persecución de los delitos. Estuvo dividido en dos secciones: una para los negocios civiles y otra para los penales; en éste, el Ministerio Público, tiene a su cargo ejercitar la acción penal, perseguir a los responsables, intervenir en el periodo de ejecución de sentencia, representar a los incapacitados, hijos naturales y ausentes, ante la jurisdicción penal.

De Francia, se extendió a Alemania, y pasó, sucesivamente, a casi todos los países del mundo, como representante de los grandes valores (intereses) morales, sociales y materiales. Por eso, se afirma, la institución nació en Francia, con "Los Procureurs du rui" desde la época de la monarquía francesa del siglo XIV. Sin desatender que, respecto a dicha institución, en España, las leyes de recopilación

expedidas por Felipe II en 1576, ya reglamentaban las funciones de los procuradores fiscales que acusaban cuando no lo hacía uno privado.<sup>6</sup> En efecto, como idea concluyente, podemos decir que: tanto el término como la institución, son de origen francés; pero, con antecedentes en la tradición española.

En España, existió la Promotoría Fiscal en el siglo XV, en cuanto herencia del Derecho Canónico. Los promotores fiscales obraban en representación del Monarca, siguiendo sus instrucciones. Las Leyes de Recopilación de 1576 del Rey Felipe II, señalan algunas atribuciones: "Mandamos que los fiscales hagan diligencias para que se acaben y fenezcan los procesos que se hicieron en la vida privada de los escribanos". Sus funciones consistían en vigilar lo que ocurría ante los tribunales del crimen y en obrar de oficio, a nombre del pueblo, cuyo representante era el soberano. Bajo el reinado de Felipe V, se pretendió suprimirlas, 1713, y 1744; pero la idea se rechazó por los tribunales. Por decreto de 21 de junio de 1926, el Ministerio Fiscal funciona bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Es una Magistratura independiente de la judicial y sus funcionarios son amovibles. Se compone de un Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Madrid. Auxiliado por un abogado General y asistente. Existen, además, los Procuradores Generales en cada Corte de apelación o audiencia provincial, asistidos de un abogado General y otros ayudantes.

Otros doctrinarios consideran que la formación del Ministerio Público tuvo influencias del "Attorney" norteamericano anglosajón, llamado "Attorney General Angloamericano", que aparece, en 1277, en Inglaterra. Este era un funcionario nombrado por el rey entre los juristas más destacados de todo el reino, y tenía a su cargo los asuntos legales de la corona. Otra de sus funciones, era asesorar jurídicamente a su majestad y ejercer la acción penal en los delitos que atentaran contra la seguridad del reino, así como en los de naturaleza fiscal.

---

<sup>6</sup> Castro V., Juventino. *"El Ministerio Público en México"*, Editorial Porrúa, S.A., 4a. edición México, 1982, página 35.

Existen, probables antecedentes en otros países; sin embargo, ante la ambigüedad del término "Ministerio Público", se suelen proponer algunas ideas, que aún no se precisan, en cuanto a sus orígenes; y, que por eso, se torna una institución no bien definida, en cuanto a su cronología. Ni siquiera en México, se da con precisión, ya que, hasta cierto tiempo, los fiscales asumían el carácter de promotores de justicia y como tales, realizaban una función impersonal, desinteresada y pública, obrando a nombre de la sociedad, sin determinar sus caracteres precisos, porque no había unidad de armonía e inspección; como veremos.

José Ángel Ceniceros afirma que, respecto a México, "Tres elementos han ocurrido en la formación del Ministerio Público en México: la Procuraduría Fiscal de España, el Ministerio Público Francés y un conjunto de elementos propios". En relación a ello, haremos una breve reseña de su progresión histórica, atendiendo a la evolución política, social y cultural, amén de la jurídica, en territorio nacional, en forma sucinta.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO

### I.- EL DERECHO AZTECA

De carácter tradicional y consuetudinario, era reajutable al sancionar conductas hostiles a costumbres y usos sociales. El poder del monarca, se delegaba a funcionarios especiales. En la justicia, se facultaba al Chuacoatl, auxiliar del Hueytlatoni, vigilar la recaudación de los tributos y el Tribunal de apelación; era una especie de consejero del monarca, lo representaba en algunas actividades, como la preservación del orden social y militar. Otro relevante, el Tlatoni, cual divinidad, gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio: entre sus facultades se encontraba el acusar y perseguir a los delincuentes, esta última, generalmente, la delegaba a los jueces, auxiliados por alguaciles y otros funcionarios, como el Chuacoatl, que se encargaban de aprehender a los delincuentes.

## II.- ÉPOCA COLONIAL

El choque natural que se produjo con la conquista, o doloroso encuentro, trajo como consecuencia cantidad de abusos de funcionarios y particulares españoles. En la investigación de los delitos imperaba la anarquía: autoridades civiles, militares y religiosas invadían jurisdicciones, fijaban multas y privaban de la libertad sin más limitación que su capricho; escudándose en la doctrina cristiana, abusaban de su investidura. Las instituciones jurídicas, previas a la conquista, sufrieron una honda transformación con ordenamientos traídos de España, como "Las Leyes de Indias", tendientes a remediar las arbitrariedades y a obligar el respeto de las normas de los indios: su gobierno, policía, usos y costumbres; cuando no contravinieran al derecho hispano. El fiscal (acusador), 1527, formó parte de la Real Audiencia, integrado por dos fiscales: uno para lo civil y otro para lo criminal; y por oidores, en cuyas funciones realizaban las investigaciones del inicio hasta la sentencia.

El promotor fiscal, la voz acusatoria en los juicios que realizaba la Inquisición, conducto entre ese tribunal y el Virrey, a quien le comunicaba las resoluciones de éste y fecha de celebración del auto de fe; denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia.

En 1549, por cédula real, se ordenó hacer una selección para que los indios desempeñaran los puestos de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y ministros de justicia; especificando que la justicia se administraría de acuerdo con los usos y costumbres que habían regido. Al designarse alcaldes indios, éstos aprehendían a los delincuentes y los caciques ejercían jurisdicción criminal en sus pueblos, salvo aquellas causas sancionadas con pena de muerte, facultad exclusiva de las audiencias y gobernadores.

## III.- INDEPENDENCIA

Al proclamarse la Independencia Nacional; en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, de Apatzingán, 1814, se reconoció la existencia de los fiscales auxiliares para la administración de justicia; uno para el ramo civil y otro para el crimi-

nal; su designación, estaba a cargo del Poder Legislativo y, a propuesta del Ejecutivo; con duración de cuatro años. Se opina que este Decreto, no tuvo vigencia. Pero, es un indiscutible antecedente en el origen de nuestras mejores instituciones jurídicas.

#### IV.- CONSTITUCIONES

Con la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, se inicia, la legitimación y fuerza de nuestras Cartas Magnas. En ella, se determinó que, el fiscal era un funcionario integrante de la Suprema Corte de Justicia. Se dan otras constituciones, que situaban a los procuradores o promotores fiscales como integrantes de los organismos judiciales, pero sin establecer un verdadero organismo unitario y jerárquico. Hasta 1857 se empieza a perfilar con caracteres propios en la Constitución de esta fecha, determinando que la SCJ estaría integrada por once ministros, un fiscal y un procurador general, electos, en forma directa, por 6 años.<sup>7</sup> Ya en la Constitución de 1847, se da el Procurador General. En la Ley "Lares", régimen de Santa Ana, introduciendo la primera organización sistemática de ministerio "fiscal".

En efecto, México, surgió a la vida independiente; sin embargo, siguió rigiendo, respecto al Ministerio Público, lo establecido en el decreto de 1812 (Que en la Audiencia de México hubieran 2 fiscales); no obstante que en la Constitución de 1824, se estableció el Ministerio Público en la Suprema Corte (artículo 124), equiparando su dignidad a la de los Ministros.

En el reglamento de la Suprema Corte, de 1862, expedido por el Presidente Juárez, se estableció que, el fiscal adscrito, fuera oído en las causas criminales o de responsabilidad, en los negocios relativos a la jurisdicción y competencia de los tribunales y en las consultas sobre dudas de ley, siempre que él lo pidiera o la Corte lo estimara oportuno.

En 1869, Juárez expidió la Ley de Jurados Criminales del Distri-

<sup>7</sup> "Diccionario Jurídico Mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Editorial Porrúa, México, 2001, Tomo I-O, página 2523.



to Federal, previniendo que existirán 3 promotores o procuradores fiscales, o representantes del "Ministerio Público". A pesar de la nueva nomenclatura del Ministerio Público, eran independientes entre sí. Se erigen en parte acusadora, ante el jurado, actuando independientemente de la parte ofendida y acusando en nombre de la sociedad por el daño causado por el delincuente.

Es por tanto, en la Constitución Política de 1857, que los fiscales adquieren la categoría de los Ministros. Pero, pese a que, en el proyecto de ésta, se menciona al Ministerio Público para que, en representación de la sociedad, promoviera la instancia, esto, no llegó a prosperar; por considerar que el ofendido no debía ser sustituido, por corresponder ese derecho a los ciudadanos. Se instituyen, así, los fiscales, de acuerdo con lo cual, el Reglamento de la Corte, de 1862, establecía que, el adscrito a ésta, fuera oído en las causas criminales, en los negocios relativos a jurisdicción y competencia de los tribunales y en las consultas sobre dudas de ley, siempre que él lo pidiera o la Corte lo estimara oportuno.

## **ANTECEDENTES PRÓXIMOS PRETÉRITOS DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1880, se constituye como magistratura especial, pero como afiliado de la justicia, en lo tocante a la persecución de los delitos y convertido en miembro de la Policía Judicial. Todo con la tendencia de ejercer mayor vigilancia en los Tribunales Penales, como "celosos guardianes de la justicia", cerca de la Curia; funcionarios que contaban con ilimitadas libertades en la búsqueda de pruebas y sistema de incomunicación de los inculpadlos. En 1894, se promulgó el segundo Código de Procedimientos Penales, para el D. F. corrigiendo los vicios advertidos, en la práctica; tendiendo a mejorar y fortificar la institución del Ministerio Público y a reconocerle autonomía e influencia propias en el proceso penal.

Durante el presidente Díaz, se dieron, las mismas características a dicha Institución; al definir su carácter especial, prescindiendo

del concepto tradicional, para quedar, como órgano auxiliar de la administración de la justicia y como representante de la sociedad; recoge las huellas del delito para determinar a sus autores. En la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903, hay avances, al establecer la organización presidida por un procurador de Justicia, dándole unidad y dirección; deja de ser un simple auxiliar de la administración de justicia y toma el carácter de magistratura independiente representante de la sociedad. En otra Ley de 1903, se perfilaron las nuevas características que en México tomaría, para ubicarlo, como una institución de unidad y dirección, haciéndolo depender del Poder Ejecutivo. Determinándose que: "Es el representante de la sociedad ante los tribunales, para reclamar el cumplimiento de la ley y el restablecimiento del orden social cuando ha sufrido quebranto. Su oficio, consiste en la acción pública; por consiguiente en una parte y no un auxiliar para recoger todas las huellas del delito y practicar ante sí las diligencias urgentes que tienden a fijar las existencias de éste o de sus autores".<sup>8</sup> En la Ley Orgánica del Ministerio Público y su reglamentación de 1908, se establecía que el Ministerio Público era una institución encargada de auxiliar la administración de justicia en el orden federal, procurando la persecución, la investigación y represión de los delitos, competencia de los tribunales federales y la defensa de los intereses de la Federación, ante la Suprema Corte, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, dependiendo sus funciones del Poder Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Justicia.

## EL MINISTERIO PÚBLICO INCORPORADO AL DERECHO MODERNO

Carranza, en la exposición de motivos del Proyecto de Constitución de 1917, en relación al Artículo 21 refiere la necesidad de una nueva reglamentación del Ministerio Público, proponiendo algo que revolucionara el sistema procesal en el país; dado que, los jueces eran los encargados de averiguar, buscar los delitos y pruebas, auto-

<sup>8</sup> Hernández Pliego, José Antonio. "El Proceso Penal Mexicano", 2a edición, Porrúa, México, 2003, páginas 59-60.

rizados para emprender verdaderos asaltos contra los reos al obligarlos a confesar. La nueva organización del Ministerio Público, eliminaría al sistema procesal vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y respetabilidad de la magistratura; y, al Ministerio Público, daría la importancia correspondiente, dejándole exclusivamente la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción y la aprehensión de los delincuentes sin procedimientos atentatorios.

Con la institución del Ministerio Público, la libertad individual quedaba, ahora, asegurada, porque según el artículo 16, nadie podría ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que fundase y motivare la causa legal del procedimiento. Con base en ello, en el artículo 21 de la Constitución de 1917, se determinó que: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél...", sabia y humana determinación.

## **EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL EN LA ACTUALIDAD**

En nuestra Constitución, después de reformas, a la de 1917, a la fecha, en sus artículos 21 y 102 Constitucionales, en 1919, 1929, 1930, 1931, 1934, 1941, 1955, 1974, mantienen su misma denominación y orientación socio-filosófica; siendo en la última, en que se le cambió la denominación por la de "Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República"; vienen las de 1983; y la de 1994, en que el Ministerio Público se ve afectado en sus funciones de abogado del Estado, al privarse al procurador del carácter de consejero jurídico del gobierno; y, la última, respecto al 21, en 1996, reformando su primer párrafo; quedaron, dichas disposiciones Constitucionales, en los siguientes términos: Artículo 21 Constitucional.- "...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato." "Las resoluciones del Minis-

terio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley." Artículo 102 Constitucional.- "La Ley organizará al Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el Ejecutivo Federal ..." "Incumbe al Ministerio de la Federación, la persecución, ante los Tribunales de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpadados, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos: hacer que los juicios se sigan con regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine."

Luego vendría la del al artículo 16 Constitucional, en 1999, que afecta, al Ministerio Público en su función persecutoria, en la averiguación previa y en ejercicio de la acción penal, destacando, en su párrafo segundo, la adecuación para que el Ministerio Público practique y ordene la realización de todos los actos necesarios para demostrar, ya no los elementos del tipo penal del delito correspondiente, sino del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad del inculpadado; igualmente, su atribución, párrafo sexto, para ordenar la detención o retención de los indiciados (cuando ello preceda); y, la fracción X del artículo 2º del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se establece, como cosa novedosa, que deberá promover, si procede, la conciliación de las partes. Con la correspondiente adecuación de los 123, 134, 135, 194 del mismo código adjetivo.

Lo anterior, ha sido el resultado, de los diversos intentos, del pueblo mexicano, por el establecimiento de una ley en apoyo a todos los ciudadanos, a través del tiempo, antes y después de la promulgación de nuestra Carta Magna. Siendo, así, como el Ministerio Público adquiere caracteres precisos, que le dan un contenido profundamente humano, en cuanto protector de la libertad, seguri-

dad del hombre, y guardián de su legalidad. Los preclaros Constituyentes de 1917, marcaron el momento más trascendente para el Ministerio Público, al delimitar sus funciones respecto de la autoridad judicial, en el artículo 21 Constitucional.

### **PERSPECTIVA, ACTUAL, DE LA INSTITUCIÓN**

No ha sido lo suficientemente aprovechada y desempeñada la alta función pública social que se consideró alcanzaría la Institución, al servicio de la sociedad, mediante la estructura y sustento jurídico que se le dio, por más esfuerzos y deseos al respecto; si, antes de ésta, se daban verdaderos atracos contra las personas, en sus derechos elementales; como lo recuerda, la sociedad aún horrorizada; dados los atentados cometidos por jueces, que ansiosos de renombre veían cómo les llegaban los procesos, y con ello, oportunidad de dictar una aprehensión, en muchos casos contra personas inocentes, con agresión inaudita a la tranquilidad y el honor de familias enteras; no respetando en sus inquisiciones las barreras que terminantemente establecía la ley. Cuyos atracos, a veces, han vuelto a presentarse, a la luz de este supuesto renovado Ministerio Público, por cuestiones de política criminológica desacertada, naturaleza política, económica, de impreparación para el desempeño de la función, y de intereses personales y de grupo. Por eso, su perspectiva, es de pesimismo y desaliento, al respecto.

### **EL PORQUÉ DE LA NECESIDAD DEL CAMBIO DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL**

Esta Institución que, en su origen, hubo quien la designara como "Ministerio Fiscal", ya que su función y atribución lo era en cuanto parte investigadora y acusadora, en defensa de los intereses que representaba el Estado, de acuerdo con el correspondiente momento histórico de que se tratase; jamás se consideró una Institución acabada; y, en vez de desmayar, los estudios referentes a la misma, se renovaban constantemente con reflexiones y observaciones, las cuales se traducían en estudios, sugerencias, cuestionamientos y re-

estructuración; por lo que, ante su actual ineficiencia y magros resultados, se demanda su cambio, para que se convierta, en un ÓRGANO AUTÓNOMO y mejore su eficacia en bien social, a través de un mayor humanitarismo y mejor procuración de justicia. Se acepta que formalmente, el actual "Ministerio Público", creado, a través de su devenir histórico, es una Institución encargada de la investigación y persecución de los delitos y de quienes los cometen, sustentado en un marco jurídico, acorde a la exigencia punitiva del Estado, con base en un ordenamiento legal de obligada observancia para los órganos que actúan, de acuerdo a las formalidades procesales establecidas al respecto; cual se pensó y determinó, con precisión, a partir de los constituyente de 1917; con lo que, incluso, se le pretende arrancar, la paternidad que se le otorga, al Ministerio Público francés, en cuanto moderna institución.

En cuanto que:

1) El Ministerio Público, ha sido una conquista del Derecho Moderno, al concentrarse en él, el monopolio de la acción penal por el Estado, iniciándose así el periodo de la acusación estatal, en que sólo este órgano es el encargado de promoverla. Que fue así como dicha institución, se convierte en la fiscalía u órgano acusador del Estado, en cuanto representante social. Siendo, de esta manera, considerado como la parte acusadora, de carácter público, encargada por el estado, de exigir la actuación de la pretensión punitiva y de su resarcimiento, en el proceso penal.

2) Como representante de la sociedad, el ministerio público no debe perseguir ningún interés propio, ni ajeno, sino que debe realizar llanamente la voluntad de la ley, COMO PRODUCTO DE LA VOLUNTAD COLECTIVA SOCIAL.

3). Como la parte publica, dentro del proceso, es indispensable, agregando a sus peculiaridades un carácter forzoso, imparcial, de buena fe y privilegiado. Debiendo ser un órgano jerárquico, único, cuyo poder de mando radique en el procurador, por lo que los agentes deben constituir solamente una prolongación del titular, no una distorsión de su esencia.

4). Es considerado indivisible, puesto que los funcionarios actúan exclusivamente a su nombre. Es un órgano independiente frente al poder judicial, pero no al poder ejecutivo. Se le considera irrecusable, con la potestad de conocer de cualquier tipo de asuntos sometidos a su consideración; y, en su actuar, está exento de responsabilidad.

5). Organizado jerárquicamente, el ministerio público, federal o local, se encuentra encabezado por el procurador general correspondiente, el cual será designado por el Presidente y ratificado por el Senado, o por los gobernadores estatales, en su caso.

6). Tiene como atribuciones la persecución de los delitos, tanto en la averiguación previa como durante el proceso, después de consignar; la representación judicial de la federación; la vigilancia de la legalidad; la promoción de una sana administración de la justicia y la denuncia inmediata de las leyes contrarias a la Constitución, entre una rica gama de actividades que se bifurcan entre los ministerios públicos de competencia común y federal; de acuerdo con los artículos 21 y 102 Constitucionales, 2º del Código Federal de Procedimientos, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y su reglamento.

7). En este orden de cosas, el ofendido carece de la calidad de parte, inclusive, de manera subsidiaria; admitiéndose, excepcionalmente, su participación, en tratándose de reparación del daño o responsabilidad civil proveniente del delito.

Representa, sí, una conquista total del Derecho Moderno, al consagrar el principio del monopolio de la acción penal por el Estado. Y, con ello, se inicia el período de la acusación estatal, en que uno y no varios órganos sean los encargados de promoverla. Que de acuerdo con el marco jurídico que lo rige, es una Institución de suma trascendencia; sobre todo, dentro del proceso penal, para la vida socio-política, y económica de México; por sus múltiples, variadas y substanciales atribuciones en todo el panorama jurídico nacional; y, por tanto, reviste singular importancia para el desarrollo armónico del país, en todos sus aspectos.

Que, juristas de renombre precisan que, en el ámbito del estado moderno y de las recientes instituciones de política criminal que se derivan de éste, es el Ministerio Público, una de las entidades de derecho público que más éxito ha tenido en el gobierno, que por sí misma ha logrado más penetración y aceptación en el pueblo. Que su figura no sólo se ha agigantado, sino que hoy por hoy, de manera indispensable, hace sentir su presencia en casi todas las sociedades del mundo. Que ello se debe a que, siendo órgano gubernamental, no se le identifica sólo como parte del gobierno, sino como un procurador de justicia y representante de la sociedad, "acaso de manera principal su arraigo y permanencia como algo perteneciente al pueblo, como el abogado defensor de éste, se debe a que siendo los individuos, solos o aislados, impotentes para guarecerse del delito, de las arbitrariedades y de las acciones indebidas, llegan a concebir al Ministerio Público y a su justicia como una de las presencias más necesitadas y a confundir su objeto con la marcha de sus propias vidas. Por tanto, no se trata entonces de una cuestión de leyes o de mera política criminal, donde por decreto el Estado creara al Ministerio Público. Si a esto se redujera la realidad del representante social en algún Estado, su justicia mantendría un carácter superficial, porque no podría alcanzar el fondo vital de la persona. El éxito del Ministerio Público se debe a que su existencia proviene de una necesidad urgente de justicia y a que su presencia ha ayudado a aliviar al individuo del peso de su destino personal."<sup>9</sup>

Con lo cual, se puntualizan las facultades de policía "judicial" que tiene el Ministerio Público Federal. Que con ello se justifica el que éste tenga el monopolio de la acción penal. Pero, desgraciadamente, todo esto, se reduce a un "deber ser"; al resultar lamentable, su realidad; ya que de cerca, se advierten fallas, deficiencias y errores; y, por eso, en sus manos, la vida del ciudadano y familia, no siempre está o se siente segura.

En efecto, en aras de la corrección de sus funcionarios, se ope-

<sup>9</sup> Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales", "Comentado", Editorial Porrúa, México, 2003, página 9.



raron cambios para que, realizara y ordenara con facilidad todos los actos necesarios para demostrar, ya no los *elementos del tipo penal del delito* correspondiente, sino el cuerpo *del delito*; y la probable responsabilidad del inculpado; igualmente, atribución para ordenar la detención o retención de los indiciados, *cuando ello proceda*, retener en caso urgente, y de flagrancia; según se desprende de los artículos 16 Constitucional y 123, 134, 135, 193 y 194 y relativos del Código Federal de Procedimientos Penales."<sup>10</sup>

También está autorizado para promover ante los tribunales las medidas cautelares y cateos procedentes, en su caso, resolver sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal; incluso, hacer que todos los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita, de manera clara y definitiva, en los términos de los artículos 21 y 102 constitucionales y artículos 2, 3, 4, y del 113 al 140, 197, 399, 523 del Código adjetivo en mención, Ley Orgánica de la Procuraduría General y su Reglamento. Cúmulo de Facultades que, el pueblo a través del Legislativo nacional le ha confiado; con nimios resultados.

En efecto, de las reformas que habidas para actualizar y modernizar la función socio-jurídica del Ministerio Público, destacan el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional, de donde se infiere que éste, habrá de practicar y ordenar la realización de todos los actos de prueba necesarios para demostrar, ya no los elementos del tipo penal del delito correspondiente, sino, "los del cuerpo del delito, con lo que, el legislador, ha querido fortalecer al Ministerio Público, sin importar que, con ello "...inició el proceso de contra reforma a la Constitución, culminado en 1999, reformando los artículos 16 y 19 para volver al concepto del cuerpo del delito y no tardó la correspondiente reforma a la legislación secundaria por la cual se suprimieron todos "esos elementos" introducidos por la reforma de 1994 y de esa forma "facilitar" al Ministerio Público el ejercicio de su facultad de consignar ante el juez a "presuntos...", en

---

<sup>10</sup> Idem, página 10.

otras palabras bajo el lema "primero consígnalos y luego averiguámos" es como se pretende abatir la criminalidad en México".<sup>11</sup>

Es urgente su reforma, porque, en los ordenamientos legales que lo sustentan, organizan y determinan, y en sus propios funcionarios, se revelan graves omisiones, serias, múltiples y variadas deficiencias, traducidas, en retardos, errores, y actos de corrupción; sobre todo en la etapa correspondiente al procedimiento de la averiguación previa a la consignación, en lo esencial de "la procuración de justicia", en agravio a los miembros de la colectividad. Eso, mediante reformas constitucionales, legales y reglamentarias, en lo atinente al respeto, a los ciudadanos, que, por desgracia, se ven implicados en algún asunto penal, ya como víctima, ya como victimario; revisando la regulación constitucional en las averiguaciones previas, en relación al tiempo en que se integran, el subjetivismo que se preconiza, en el artículo 16 Constitucional; sobre la especificación que se hace en el Apartado "A" del artículo 20 Constitucional, fracción IX, sobre los derechos del indiciado, desde que es detenido, y que no se cumplen; volviendo nugatorias, todas sus garantías en ella señaladas.<sup>12</sup>

Porque, "no es allanando, suprimiendo o franqueando los obstáculos jurídicos, mejor dicho eliminando principios fundamentales del procedimiento penal, como se consigue una mejor impartición de justicia, pues precisamente la correcta integración de una Averiguación Previa garantiza el posterior procesamiento y condena de quienes han cometido un delito y, sobre todo, evita la consignación de posibles inocentes". "En cuanto hace al combate a la criminalidad se debe buscar su solución atendiendo a los factores de su origen: económico-sociales y prevención a través de medidas de política criminal".<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Op. Cit. página 10.

<sup>12</sup> Luna Castro, José Nieves. *"El concepto de tipo penal en México"*, Editorial Porrúa, México, 2003, página XI.

<sup>13</sup> Díaz Aranda, Enrique. *"El Dolo, Causalismo- Finalismo- Funcionalismo y la Reforma Penal en México"*, Editorial Porrúa, México, 2002, página XX.

## URGENTE CAMBIO A LA ESTRUCTURA Y MARCO JURÍDICO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En efecto, es necesario el establecimiento de un control externo, autónomo e independiente del ejercicio de la acción penal, ¡Se impone! Ya que, "...la esencia relativa a la necesidad de un efectivo control constitucional de las funciones del Ministerio Público, no han encontrado eco...":<sup>14</sup> Por esto, y mucho más, es que deberá atenderse a la Institución, antes de que acabe colapsándose en definitiva; y, no se pueda rescatar lo que aún tenga de rescatable, por y a través de la reforma al Ministerio Público; lo cual únicamente podrá lograrse mediante su verdadera independización y/o autonomía, respecto de los órganos de poder del Estado.

## SUSTENTO TEÓRICO-JURÍDICO, SOBRE LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

*"La autonomía de las procuradurías de justicia es una discusión que recorre todo el país [...]"*<sup>15</sup>

El presidente Fox, anunció, "[...] la iniciativa propone ‘transformar a la Procuraduría General de la República (PGR) en una Fiscalía General de la Federación con mayor autonomía’".<sup>16</sup>

*"El alto índice de impunidad y la creciente corrupción, de los últimos años, permiten concluir que la organización del Ministerio Público, no ha sido la adecuada para atender los graves problemas en materia de procuración de justicia [...] (sus) servidores públicos, corrupción, dilación en la aplicación de justicia, ausencia de protección a las víctimas, abuso de poder, penalización de la pobreza, abuso de la prisión preventiva, nula aplicación de sustitutivos a la prisión...", "...su falta de autonomía. [...] "Es urgente transformar a la Procuraduría General de*

<sup>14</sup> Castro, V. Juventino. "El Ministerio Público en México", Editorial Porrúa, México, 1982, 4a. edición, página IX.

<sup>15</sup> "Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México". Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, página. 400, distribuido el mes de octubre del 2006.

<sup>16</sup> Crónica/AFP. "Fox anuncia proyecto para endurecer la ley penal en México", LA CRÓNICA DE HOY, México, D. F. 10/03/04.

la República y el Ministerio Público en una institución homogénea, lógica y eficaz, estableciendo mayores controles de tipo legal, político...". "[...] La Procuraduría como órgano constitucional autónomo tendrá las siguientes características: [...] Por lo anteriormente expuesto, me permito someter a la consideración de (la) H. Asamblea... "ÚNICO: Se reforma el primer párrafo del artículo 21, fracción II, del artículo 76 y apartado A del artículo 102; se adiciona la fracción X del artículo 76 y la vigente pasa a ser XI; y se deroga la fracción IX del 89; de la Constitución Política ..."<sup>17</sup>

"La difícil y compleja función de coordinar al Ministerio Público no puede recaer exclusivamente en una sola persona, [...] sino que se requiere el apoyo y la supervisión de un órgano colegiado, integrado por personas independientes, [...]. A este órgano colegiado se sugiere denominar Consejo del Ministerio Público". "[...] Para cada entidad federativa se proponen 'consejos del Ministerio Público'". "En el desarrollo de las tareas de investigación —recuerda el ICESI— el Ministerio Público puede afectar (afecta) la libertad y el patrimonio de las personas, por lo que tales tareas deben realizarse con sujeción al imperio de la ley pero también bajo una conducción general". "[...] De esa manera el Procurador General dejaría de estar al garete, [...] el Presidente de la República designaba, durante el periodo de su gobierno, a cinco o seis procuradores Generales de la República, [...], sea nombrado para cada seis años...". "LA REFORMA JUDICIAL, POR SUPUESTO, NO SE AGOTA ALLÍ. Pero la autonomía del Ministerio Público y su titular parecen componente indispensable de cualquier auténtica reforma en ese terreno."<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones constitucionales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de procuración de justicia y autonomía del Ministerio Público; presentado por el Diputado a la LIX Legislatura del H. Congreso de la Unión Daniel Ordóñez Hernández, del Grupo Parlamentario del PRD, el 30 de marzo del 2004.

<sup>18</sup> Trejo Delarbe, Raúl. "El Ministerio Público estable", LA CRONICA DE HOY, México, D. F. 26/05/05.

*"Otorgar autonomía al Ministerio Público, es sin duda, un asunto de la mayor importancia. Hay la impresión de que los procuradores generales de justicia actúan supeditados a los intereses, los deseos y, a veces, a las instrucciones de sus jefes que lo son el Presidente de la República, en ámbito federal, y los gobernadores de los estados o el jefe de gobierno del Distrito Federal, en el ámbito local [...]". "Un consejo conformado de una manera idónea, un consejo supervisor de las fiscalías de diferentes entidades, podría ser un mecanismo de control, es decir: autonomía sí respecto del Poder Ejecutivo pero complementada con la posibilidad de un mecanismo de contrapeso, un mecanismo de supervisión que en algún momento pudiera poner coto a las barbaridades que tan frecuentes han sido de parte de los procuradores y de los agentes de Ministerio Público en nuestro país."*<sup>19</sup>

*"Hoy por hoy el Ministerio Público es un investigador deficiente. Desde el ejercicio profesional que se practica en el despacho, casi siempre los abogados los que allegamos los datos al Ministerio Público; es raro que él salga a investigar. [...]. Ni siquiera tiene la formación suficiente para hacer la búsqueda: [...]. Lo que si está claro, y debe estar bien analizado, es qué grado de interferencia puede tener la policía que investiga y qué grado de interferencia debe tener el Ministerio Público."*<sup>20</sup>

## COLOFÓN

En el evento, efectuado el diez de noviembre de dos mil seis, en el Auditorio del Palacio de Justicia "José María Morelos" del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, presidido por el Ministro José de Jesús Gudiño, relativo a la presentación del "Libro Blanco de la Reforma Judicial", "una agenda para la justicia en México", promovido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el

<sup>19</sup> De la Barrera Solórzano, Gómez Mont Fernando, y otros. *¿CONVIENE TENER UNA FISCALÍA AUTÓNOMA?* "La reforma penal a debate". Primer Foro de Análisis y Discusión sobre las iniciativas de Reforma a la Justicia Penal enviadas por el C. Presidente de la República al H. Congreso de la Unión el 29 de marzo de 2004. Primera Mesa, páginas 13 a 45.

<sup>20</sup> Idem, ver páginas 13 a 45.

Coordinador de Magistrados del Décimo Primer Circuito del Poder Judicial Federal, "...observó que en las campañas presidenciales, gran parte del debate público político se centró en los juicios orales y en la autonomía del Ministerio Público".<sup>21</sup>

Felipe Calderón Hinojosa, Presidente Constitucional de México, "...ASEGURÓ QUE: la orientación de su programa y su actuar cotidiano al frente de la administración pública federal será la legalidad, porque "creo firmemente en ella, y los acuerdos que exige el futuro México tendrán que estar fundados en el respeto a nuestro sistema legal". "...como presidente, como mexicano y abogado, está absolutamente convencido de que su mayor responsabilidad es cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes... reiteró su compromiso de impulsar, con absoluto respeto a la división de poderes, el fortalecimiento de un sistema de impartición de justicia independiente, autónomo y moderno". "...resaltó, trabajar conjuntamente con los demás poderes de la unión con los de los estados y con todas las instancias responsables de impartir justicia, para elaborar y aplicar políticas de Estado *que fortalezcan la cultura de la legalidad*; que combatan la impunidad y la corrupción; que den certeza y celeridad a los procedimientos judiciales, y que amplíen y garanticen los derechos de los ciudadanos y permitan a la vez vigilar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones".<sup>22</sup>

El propio Ministro Mariano Azuela señaló que, la principal finalidad del acto es "...adoptar políticas, programas y acciones que impulsen la reforma oficial que se encuentra en curso". Que para modificar el sistema de justicia "...debemos ahora acordar las acciones detonantes, que permitan profundizar y llegar a la ansiada reforma". "Modificar el sistema de justicia penal, reformar la Ley de Amparo y descentralizar la impartición de Justicia, para fortalecer a los Tribunales Estatales".<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Periódicos "La Voz de Michoacán", y "Provincia", páginas centrales, 11 de noviembre del 2006.

<sup>22</sup> Periódico "La Jornada-Michoacán". Jueves 16 de noviembre del 2006. Reunión del Presidente electo, Felipe Calderón Hinojosa, con Jueces, Magistrados y Ministros en la Ciudad de México, D.F.

<sup>23</sup> Libro Blanco sobre la reforma judicial.

El mismo Andrés Manuel López Obrador, en su programa de veinte puntos de gobierno, de veinte de noviembre del 2006, en el Zócalo del Distrito Federal, señaló: 4. Vigilancia de Ministerios Públicos, Jueces, Magistrados y Ministros de la Corte y denunciar cualquier injusticia.

## PROPUESTA

Cierto, la importante Institución del Ministerio Público, se ha considerado fundamental para la prevalencia del orden, la equidad y la seguridad, dentro del estado de derecho con justicia; por lo que, el contenido humanista de las normas jurídicas que lo rijan, en el futuro, más que la fuerza o la extorsión, deben procurar, en su esencia, el reconocimiento de la libertad; el respeto recíproco, como expresión objetiva de su ley, a través del respeto a toda persona física o moral, a efecto de que se cumpla, en su favor, la norma jurídica y satisfaga, con equidad sus legítimos intereses, de auténtica justicia; porque, por ahora, eso, ya no se da dentro de la multimencionada Institución; porque ya no puede dar más; por eso, debe cambiar. Y, a tal fin, está destinada esta propuesta; igual que muchas iniciativas, de antes y de ahora, como las señaladas aquí; incluso, por el propio presidente electo, las que se repiten por doquier, en el sentido de que, se establezca la autonomía e independencia del Ministerio Público de la Federación; y, en su oportunidad, el de las entidades federativas; con lo cual se evitará que, dentro de la Institución, se sigan cometiendo errores, fallas y, uno que otro acto de corrupción. La tan llevada y traída "Reforma Judicial", por supuesto, no se agota aquí. Pero, la relativa a la autonomía e independencia del Ministerio Público, representa un componente indispensable de cualquier auténtica reforma en ese terreno; y, en una sociedad, que como la mexicana, se ostenta como: democrática, participativa y plural.

## Posesión de narcóticos para el estricto consumo personal. Aplicación de la excusa absolutoria prevista en el numeral 199 del Código Penal Federal

*Maribell Del Angel Pérez*

Defensora Pública Federal

### 1.- ANTECEDENTES

Las excusas absolutorias llamadas así en España, se reconocen por los escritores alemanes, aunque no se les de este nombre y varíe su repertorio; Franz Von Liszt las denomina causas personales que liberan de la pena, Wachanfeld, M. E. Mayer y Kohler las nombran de consumo, causas personales que excluyen la pena.

Los franceses tratan también de esas causas de impunidad denominadas excusas absolutorias, pues precisamente de la técnica francesa se tomó en España el título de excusas absolutorias (Luis Jiménez de Asúa, 1999).

En resumen, tal y como lo cita la autora Irma Griselda Amuchategui Requena, "las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito a pesar de haberse integrado en su totalidad carezca de punibilidad".

### 2.- DESARROLLO

Como tal, en la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que ocurre una conducta:

- Típica,
- Imputable, y
- Culpable



Sin embargo por disposición legal expresa no punible tenemos: Al artículo 199 del Código Penal Federal que establece: "Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad Judicial del conocimiento tan pronto se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán de informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda.

*"Todo procesado o sentenciado que sea farmacodependiente quedará sujeto a tratamiento"*

"Para la concesión de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo a la farmacodependencia pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento adecuado para su curación bajo vigilancia de la autoridad ejecutora".

Luego entonces, los elementos que deben actualizarse y que acreditan los extremos de la excusa señalada, son:

- a) Que el sujeto activo tenga la calidad de farmacodependiente;
- b) Que la conducta acreditada sea posesión;
- c) Que la conducta recaiga sobre uno de los narcóticos señalados en el artículo 193, del Código Penal Federal; y,
- d) Que la conducta haya tenido por finalidad exclusiva el estricto consumo personal del indiciado.

Así las cosas, y en relación al tema que nos ocupa, resulta relevante el último elemento de los indicados, para lo cual, es importante destacar la existencia de un Dictamen Pericial en la materia, siendo pertinente señalar a:

Alsina, citado por Arellano al indicar que, "La prueba pericial es la comprobación judicial por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende".

Lessona, citado a su vez por Arellano al mencionar que, "Tiènese la prueba pericial cuando el Juez confía en personas técnicas de examinar una cuestión de hecho que exige conocimientos especiales para tener ellos un parecer jurado".

*Sirve de apoyo a lo anterior:*

No. Registro: 186.258

*Tesis aislada*

*Materia(s): Penal*

*Novena Época*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

*Tomo: XVI, Agosto de 2002*

*Tesis: XVII.5o.4 P*

*Página: 1294*

FARMACODEPENDENCIA. REQUISITOS QUE DEBE CONTENER EL DICTAMEN PERICIAL PARA QUE OPERE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. *Para que se estime acreditada la excusa absolutoria prevista por el artículo 199 del Código Penal Federal, consistente en que al farmacodependiente que posea algún narcótico, para su estricto consumo personal, no se le aplique pena alguna, no basta con que en el dictamen pericial simplemente se establezca que el sujeto activo es farmacodependiente, sino que también resulta necesario que exista una opinión técnica razonada del grado de adicción que presente como farmacodependiente, así como de la naturaleza del narcótico, la cantidad apropiada y frecuencia que pudiera requerir el sujeto para satisfacer su necesidad adictiva; todo ello después de haberse practicado las operaciones o experimentos que la ciencia sugiere, conforme lo previene el artículo 234 del Código Federal de Procedimientos Penales. Es decir, que debido al estudio técnico realizado al activo del delito, se haya determinado que es adicto al estupefaciente, lo que será determinante para concluir que ante esta circunstancia y la cantidad del*

*narcótico asegurado, se pueda deducir que es para el consumo estrictamente personal del activo y así el juzgador estará en condiciones de aplicar la excluyente de punibilidad.*

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

*Amparo directo 214/2002. 26 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Rodríguez Pérez. Secretario: Maximiliano Zozaya Moreno.*

*Amparo directo 240/2002. 26 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretaria: Estéfana Sánchez Haro.*

*Amparo directo 223/2002. 3 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Rodríguez Pérez. Secretario: Maximiliano Zozaya Moreno.*

*Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, junio de 1996, página 171, tesis 1a./J. 13/96, de rubro: "POSESIÓN DE NARCÓTICOS PARA EL ERICTO CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO SE SUJETA A CONDICIÓN TEMPORAL ALGUNA."*

En base a lo que se expone, en la época actual, resulta primordial la intervención de un experto en la materia, que proporcione al Juzgador los elementos de conocimiento de las cuestiones ajenas al derecho y que pueden tener gran importancia en el proceso, mediante la investigación y apreciación técnica, artística o científica que se requiera para el caso particular. O bien, de ilustrarlo en el caso concreto que ha de decidir dentro del orden jurídico. No obstante lo anterior, *no debe olvidarse que éstos constituyen únicamente una opinión que no obliga a la autoridad, pues la citada deberá realizar un enlace lógico jurídico de todos los medios probatorios y circunstancias del hecho que juzga.*

En esa tesitura, resulta primordial para el tema motivo del presente destacar la contradicción de tesis, de acuerdo a la ejecutoria sostenida por:

- El Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, el cual en esencia estableció, que el artículo 199 del Código Penal Federal no condiciona la procedencia de la excusa absolutoria a que la cantidad de la droga poseída por el inculpado sea la necesaria para su uso inmediato o diario, sino que, únicamente exige que esté destinada al estricto consumo personal del adicto, y que tal situación debe ser valorada por el Juez del proceso mediante el análisis comparativo de la cantidad de droga poseída y el grado de adicción del encausado; así como las circunstancias que mediaron en la comisión de la conducta antijurídica.
- Así como por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, el cual señaló que para que se configure la hipótesis que se plantea en el artículo 199 del Código Penal Federal, de acuerdo con una correcta interpretación del mismo es menester que los narcóticos que posea un farmacodependiente sean para su estricto consumo personal, es decir, los necesarios para su uso inmediato o diario, atento a que actualmente ya no opera lo relativo al consumo máximo de enervantes en el lapso de tres días.

Y el criterio que debe regir con carácter de jurisprudencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley de Amparo, es el que a continuación se cita:

"POSESION DE NARCOTICOS PARA EL ESTRICTO CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTICULO 199 DEL CODIGO PENAL FEDERAL, NO SE SUJETA A CONDICION TEMPORAL ALGUNA.-La excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal, en cuanto previene que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193, no se le aplicará pena alguna, no requiere para su operancia que el consumo sea el inmediato o diario, como se establecía en las fracciones I y II

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

Sentado lo anterior, es de hacer notar que desde el punto de vista de la defensa, el criterio sostenido deja en completo estado de indefensión al gobernado, al no considerar un parámetro médico que determine el grado de dependencia de una persona, y como tal la cantidad necesaria para su consumo personal, en esas circunstancias no puede quedar al arbitrio del juzgador tal apreciación, pues si bien la citada autoridad debe considerar todas las circunstancias del caso, debiendo valorar la cantidad, naturaleza y forma de adquisición del narcótico poseído, apoyándose para tal efecto de un perito en materia de toxicomanía, también lo es que en la práctica profesional se encuentra con diversidad de criterios entre los propios peritos que determinan la cantidad del narcótico necesario para el consumo personal. De ahí, que en todo caso resulte indispensable que exista un parámetro médico que sirva de base para determinar el grado de adicción que presenta una persona y como tal, la cantidad que requiere para su consumo personal. Pues de no ser así, dicha interpretación conlleva a considerar la inconstitucionalidad del propio numeral 199 del Código Penal Federal, al violar la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Siendo pertinente citar el concepto de garantía individual, así tenemos de conformidad al Diccionario de la Real Academia Española:

Que la palabra garantía proviene de *garante*; entre cuyas acepciones destacan "efecto de afianzar lo estipulado" y cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad.

Las nociones de afianzamiento, aseguramiento y protección son indisociables del concepto de garantías individuales.

Luego entonces, las garantías individuales de acuerdo a la Tesis P:/J. 2/97, Novena Época, t. V, enero de 1997, p.5.

*"Son derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de*

*los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo".*

El hecho de que el artículo 1º Constitucional señale que, "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución", significa que los derechos que todo ser humano tiene son perfectamente reconocidos, pero su efectividad depende de que sean garantizados, es decir, afianzados o asegurados mediante normas de rango supremo de modo que la autoridad del Estado deba someterse a lo estipulado por ellas. (Las Garantías Individuales, Parte General, Poder Judicial de la Federación).

Reiterando, la vulneración de la citada garantía, de conformidad a lo establecido por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis P.IX/95:

*"La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 Constitucional que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los menos actos de aplicación, sino que abarca a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República."*

### 3.- CONCLUSIÓN

Por lo anterior, desde el punto de vista de la defensa, y considerando lo más benéfico para el reo, a efecto de no vulnerarle garantía constitucional alguna, al dejar al arbitrio del Juzgador el determinar

la cantidad de narcótico que resulte necesaria para el estricto consumo personal de un farmacodependiente, circunstancia que resulte relevante para aplicar o no la excusa absolutoria en comento, se concluye que deberá considerarse el criterio que a continuación se transcribe, y el cual cita que al quedar acreditado que el procesado es farmacodependiente de la sustancia asegurada, sólo es necesario que la cantidad de droga sea para su estricto consumo personal, es decir, para sí y no para terceras personas, esto es, que no esté destinada a realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal, sin que se establezca que la cantidad asegurada exceda o no de la requerida para su consumo diario o por un tiempo determinado, puesto que el precepto en cita no lo exige, ni se desprende de las consideraciones contenidas en la exposición de motivos expresados al reformar el citado Código Penal Federal.

*Tesis aislada*

*Materia(s): Penal*

*Novena Época*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

*Tomo: III, Mayo de 1996*

*Tesis: XV.1o.6 P*

*Página: 632*

*FARMACODEPENDENCIA. INTERPRETACION DEL ARTICULO 199 DEL CODIGO PENAL FEDERAL. Una correcta interpretación de lo dispuesto por el artículo 199 del Código Penal Federal, debe ser en el sentido de que al quedar acreditado que el procesado es farmacodependiente de la sustancia asegurada, es necesario que la cantidad de droga sea para su estricto consumo personal, es decir, para sí y no para terceras personas, esto es, que no esté destinada a realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal, sin que se establezca que la cantidad asegurada exceda o no de la requerida para su consumo diario o por un tiempo determinado, puesto que el precepto en cita no lo exige, ni se desprende de las*



*consideraciones contenidas en la exposición de motivos expresados al reformar el citado Código Penal Federal.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

*Amparo directo 609/95. José Manuel Sierra Molina. 25 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Angel Morales Hernández. Secretaria: Magdalena Díaz Beltrán.*

## BIBLIOGRAFÍA

- Petit Eugene, *Derecho Romano*, Editorial Porrúa, 3a. edición, México, 1997.
- Arellano García Carlos, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, 4a. edición, 1997.
- *Diccionario de la Real Academia Española*, Editorial Espasa, 2a. edición, México, 2001.
- Amuchategui Requena Irma, *Derecho Penal*, Editorial Oxford, 2a. edición, México, 2003.
- Jiménez de Asúa Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Oxford, Primera Serie, México, 1999.
- Poder Judicial de la Federación CD ROM IUS 2005.
- Poder Judicial de la Federación, *Las Garantías Individuales Parte General*, 2a. edición, México, 2005.
- Poder Judicial de la Federación, *Las Garantías de Seguridad Jurídica*, 2a. edición, México, 2005.

## ¿Defensa adecuada en la averiguación previa? Análisis crítico a las jurisprudencias 1ª 31/2003 y 1ª 31/2004

Rogelio Gerardo García Rojas  
Defensor Público Federal

### 1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A través de la historia, los gobernantes han establecido distintos sistemas jurídicos en sus países, atendiendo a las peculiares circunstancias de lugar y tiempo. Juan Jacobo Rousseau, en su obra "El Contrato Social", desarrolla la idea de que el hombre es libre por naturaleza, pero que a efecto de poder vivir en sociedad es preciso que ceda parte de esas libertades por el bien de la colectividad, pero esas libertades cedidas, deben siempre ser las menos posibles; contemporáneamente Montesquieu en su libro "El Espíritu de las Leyes", reconoce que el ejercicio del poder, tiende a ser autoritario, a ser abusivo, para evitar ello elabora su doctrina de división de poderes a efecto de que el poder, limite al poder; la conjugación de ambas primicias son las que configuran la esencia de lo que hoy conocemos como un estado de derecho de corte liberal y democrático, del cual, hasta donde entiendo, comparte el sistema jurídico mexicano.

En un sistema de derecho de corte liberal y democrático, los ciudadanos gozan de prerrogativas que deben ser cumplidas y respetadas por los órganos de gobierno para afectar su esfera jurídica; tal vez, la característica que más lo distingue, de uno policial y autoritario, es que las personas sujetas a un procedimiento de carácter penal cuenten con derechos mínimos indispensables, a efecto de

que tengan la oportunidad de contar con una defensa adecuada, vista ésta no sólo desde su punto de vista formal, sino material y efectiva.

Nuestra constitución, en sus primeros 29 artículos, prevé un catálogo de derechos públicos subjetivos, llamados garantías individuales, que el estado reconoce y otorga a las personas, y en base a ello ubicamos nuestro sistema jurídico dentro de los de corte liberal y democrático, apartándolo de los de corte policial y autoritario; de entre esos derechos mínimos indispensables consagrados en la Constitución, para este opúsculo, destacamos el artículo 20 constitucional, y en específico, del apartado A., su fracción X, párrafo cuarto, la cual prevé que el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución, a ofrecer pruebas, a acceder a los datos del expediente y a una defensa adecuada, se deben ejercer desde la fase de averiguación previa, fase que es denominada "la etapa crítica del procedimiento penal", precisamente por que en ésta, el gobernado es donde se ve más desprotegido en sus derechos y se deben instaurar los mecanismo jurídicos pertinentes para que ello no sea más así.

Para los Defensores Públicos Federales, adscritos a una Agencia del Ministerio Público Federal, la práctica de una adecuada defensa no se logra sino tras un duro esfuerzo de contrarrestar viejas prácticas "infamantes y vejatorias", que como un vicio recalcitrante se encuentran en el actuar ministerial, no desde el punto de vista institucional, sino en algunos Ministerios Públicos de la Federación, que tristemente no son pocos, quienes al no poder contrarrestar los argumentos dogmáticos planteados por algunos defensores, sólo oponen la necesidad y tozudez del uso autoritario del poder determinando la averiguación en tal o cual sentido, con el indiscutible sustento jurídico de "PORQUE LO DIGO YO".

En contra de ello, la Constitución prevé medios de defensa, de adecuada defensa, permitiendo a los gobernados estar asistidos de un defensor, el cual habrá de velar en todo momento por que las garantías individuales de sus patrocinados no sean conculcadas, y aún más que sean efectivamente materializadas, pasando del forma-

lismo del papel a el efectivismo de la acción.

Es por lo anterior que consideramos oportuno efectuar el análisis crítico de las jurisprudencias 1a./J. 31/2003 y 1a./J. 31/2004, emanadas, ambas, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que no compartimos su sentido, pues van en contra, no sólo de la letra de la ley, sino de su espíritu mismo.

## 2.- TEXTO DE LAS JURISPRUDENCIAS EN ANÁLISIS

Las jurisprudencias en mención, resultan del tenor literal siguiente:

*Jurisprudencia 1a./J. 31/2003*

"DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. Una recta interpretación de lo dispuesto en las fracciones IX y X, párrafo cuarto, apartado A, del artículo 20 constitucional, permite deducir la existencia de significativas diferencias entre los alcances y efectos de las garantías de defensa adecuada consagradas en dichas fracciones; esto es así, porque jurídica y fácticamente existe imposibilidad para que ambas sean observadas en igualdad de circunstancias, en virtud de que el campo de su aplicación pertenece a fases procedimentales distintas, además de que se rigen por reglamentaciones específicas contenidas en los artículos 128 y 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible y existan condicionantes reales para que su otorgamiento pueda hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculcados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe ser interpretado en forma

sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconcuso que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía sea observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación, en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedimental (toma de declaraciones ministeriales), la autoridad persecutora de delitos se encuentra real y jurídicamente en condiciones de saber si los hechos investigados son constitutivos de delito federal y si el o los detenidos se encuentran en calidad de inculcados o de testigos de esos hechos, pues sólo hasta ese momento ministerial, el representante social federal, con base en los resultados que arrojen las diligencias probatorias aludidas, es factible que cronológicamente se encuentre en posibilidad de cumplir y hacer cumplir la garantía constitucional aludida, lo que no sucede respecto del derecho de defensa ejercido en las diversas etapas que en términos de lo previsto en el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales, conforman el proceso penal federal (preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia) pues en tales casos, el juzgador federal desde el auto de radicación tiene conocimiento de los hechos consignados y de la calidad de las personas puestas a su disposición, por lo que no existe impedimento alguno para que desde ese momento procesal y hasta la total conclusión del juicio pueda ser ejercida y cumplida la garantía constitucional en cita; luego entonces, los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos periodos que comprende el proceso penal federal."

*Jurisprudencia 1a./J. 31/2004*

"DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA

PRESENCIA DEL INCULPADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con una defensa adecuada consistente en dar oportunidad a todo inculpado de aportar pruebas, promover los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además hizo extensiva las garantías del procesado en esa fase a la etapa de la averiguación previa, con la salvedad de que debe ser "en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma", lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público

*forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculpado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado."*

### 3.- LOS CONSIDERANDOS DE LAS EJECUTORIAS

La Primera Sala de nuestro máximo tribunal, al interpretar las fracciones IX y X de la Constitución, arribó a la conclusión de que, para tener una defensa adecuada, no es menester que el inculpado o su defensor estén presentes en todas las diligencias de la averiguación previa, pues ello no fue lo querido por el constituyente permanente y que incluso de acatarlo en su literalidad sería en perjuicio del artículo 16 constitucional, pues no sería posible que el Ministerio Público estuviese en aptitud de resolver si ejerce o no ejerce la acción penal, y en su caso, la consecuente consignación ante los tribunales, en el perentorio término de 48 horas.

Argumentando además que resulta física y jurídicamente imposible lograr su cumplimiento en el sentido literal de que indefectiblemente el defensor tenga que estar presente en todas las diligencias practicadas en la fase ministerial.

Para allegarnos más datos sobre las argumentaciones que, para arribar a tal conclusión, sostuvieron los señores Ministros, es preciso recurrir a la ejecutoria correspondiente, en la cual, en síntesis, se lee lo siguiente:

*"...Es por ello que partiendo del análisis histórico y sistemático del contenido normativo del precepto aludido, de su exposición de motivos y de los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión, así como también del propio debate de esa iniciativa, nos permite arribar a la consideración de que una de las razones fundamentales que generó la precitada enmienda a nuestra Carta Magna, así como la finalidad última de su inclusión, fue la de regir las necesidades sociales imperantes en nuestro país, pues mediante el establecimiento de esta clase de derechos públicos subjetivos se busca erradicar, entre otros vicios, viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta toda persona en la investigación de los delitos, y así ver cristalizados los más altos principios y valores de la procuración y administración de justicia reconocidos en nuestro sistema jurídico. ..."*<sup>1</sup>

*"...Factores reales. Por otro lado, y dado el carácter cronológico en el que necesariamente debe desarrollarse esta etapa previa investigadora de delitos, debe destacarse que existe imposibilidad fáctica para que esta garantía de defensa pueda ser observada en los mismos términos en que es ejercida en un proceso judicial... En efecto, debe recordarse que toda averiguación previa se inicia con la noticia que el representante social federal tiene sobre la existencia de un delito, ... Cuando aunado a esa noticia del hecho investigado existen una o más personas detenidas, el mecanismo real a seguir es que la Policía Judicial formule un parte informativo sobre esos hechos dirigido al Ministerio Público Federal y ponga a su disposición al o a los presentados, los objetos e instrumentos materiales del delito y demás elementos afectos que se considere sean necesarios para acreditar, primeramente, la existencia del cuerpo del delito de que se trate... Recibidos por el representante social federal el parte respec-*

<sup>1</sup> Cfr. los considerandos del Amparo Directo en Revisión 600/99, que como ejecutoria de la Jurisprudencia 1a./J. 31/2004, aparece visible en el Disco Compacto IUS 2005 de la Dirección de Compilación y Sistematización de Tesis, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



tivo y los demás objetos afectos a la investigación, se inicia la averiguación previa federal respectiva, sin que todavía este servidor público ministerial pueda estar en posibilidades reales de tener la certeza de que esos hechos investigados sean o no delictivos, pues no obstante que hubiesen recibido ese tratamiento por parte de la Policía Judicial, es de señalarse que esta autoridad policiaca no es la competente para calificarlos; por tanto, y como consecuencia lógica, la autoridad ministerial procede inicialmente a cerciorarse del estado físico de los presentados y decreta su retención, ordenando simultáneamente la práctica de diligencias necesarias para esclarecer y poder determinar si se está, primeramente, ante la presencia de un hecho delictivo, o en su caso, ante un hecho lesivo no penal.. Una vez desahogadas las diligencias ministeriales de mérito, es cuando jurídicamente este servidor público ministerial se encontró en aptitud real, no sólo de saber si los hechos denunciados eran constitutivos de un ilícito federal, sino también si los presentados, hoy recurrentes, tenían la calidad de inculcados o de testigos sobre esos hechos. Esto es, sólo hasta que son obtenidos los resultados de las diligencias ordenadas, entre ellos, los arrojados por los dictámenes periciales desahogados y el señalamiento hecho por sus captores y demás elementos de convicción desahogados, fue posible que el Ministerio Público Federal del conocimiento estuviese en aptitud de poder colmar, en sus términos, esta garantía de defensa, pues fue hasta ese momento ministerial, con base en los resultados obtenidos, que esta autoridad estuvo en posibilidades reales de conocer que las declaraciones que corrieran a cargo de los presentados sobre esos hechos, debían de desahogarse no en calidad de testigos, sino de inculcados. De ahí que hubiese resultado lógico que fuera hasta ese momento en que se llevó a cabo el desahogo de esa declaración ministerial, y no antes, cuando fáctica y jurídicamente se actualizara la obligatoriedad del

Ministerio Público investigador de cumplir objetivamente con la garantía constitucional motivo de debate, y pudiera darse la debida eficacia a la intervención de la persona designada como defensor o persona de confianza en los términos ordenados en ese mandato constitucional. *Por otro lado, debe destacarse que al no haber sido impugnadas esas diligencias ministeriales controvertidas, durante la secuela del proceso instaurado, mediante los recursos ordinarios y demás medios de impugnación (incidentes de nulidad) establecidos en la ley procesal federal aplicable (los cuales estuvieron a su alcance, según se desprende de autos), es inconcuso que tales actuaciones tienen la validez legal que correctamente les fue reconocida por el Tribunal Colegiado a quo; aun suponiendo que hubiesen existido tales irregularidades, dado a que, en tal caso, precluyó ese derecho procesal para recurrirlas, los vicios argumentados quedaron convalidados en términos de la ley de la materia. ...*"<sup>2</sup>

#### 4.- ANÁLISIS CRÍTICO A LAS JURISPRUDENCIAS

Si por análisis entendemos la descomposición de un todo en sus principios constitutivos a través del método que va de lo complejo a lo sencillo y por crítico la acción de juzgar las obras literarias, sin ninguna pretensión ufana de situarnos por encima de nuestro máximo tribunal y con el debido respeto que merecen los señores Ministros, sostenemos fundadamente que, en tratándose de Defensores Públicos Federales, no es, ni física, ni jurídicamente imposible el cabal e irrestricto cumplimiento de las garantías en cuestión en los términos precisados en el último párrafo del apartado A) del Artículo 20 Constitucional, pues el *telos* de la reforma al precepto constitucional de mérito, no es el que interpreta nuestra máximo tribunal, sino todo lo contrario, atendiendo a lo siguiente:

El artículo 20 constitucional, en el cual se ubican las fracciones

---

<sup>2</sup> Cfr. los considerandos del Amparo Directo en Revisión 198/99, que aparece visible en el Disco Compacto IUS 2005 de la Dirección de Compilación y Sistematización de Tesis, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como ejecutoria de la Jurisprudencia 1a./J. 31/2003.

en estudio, se compone de dos apartados, A. y B.; el primero de ellos, integrado por X fracciones, está dedicado a las garantías individuales que los inculpados tienen en un proceso de naturaleza penal.

El vocablo "proceso", a que se refiere el párrafo inicial del artículo 20 de la Constitución, implica que ese catálogo de prerrogativas son aplicables cuando se ha configurado la trilogía procesal, que unos autores señalan inicia con el auto de radicación, pues se basan en que también es llamado auto cabeza de proceso y de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Penales, la preinstrucción, primera y segunda instancias componen el proceso penal federal; y otros opinan que inicia con la emisión de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, fundándose para ello en el artículo 19 constitucional; desde nuestra perspectiva sostenemos que el proceso, al menos en materia federal, inicia en el último supuesto, pues así se infiere de la fracción II del Artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales, que indica que en el procedimiento de preinstrucción, se determinaran los hechos materia del proceso, luego entonces, si en esta fase del procedimiento es donde se prepara el proceso, lógico es, que no puede iniciar antes.

Pero, independientemente a la discusión que encierra definir en qué momento comienza el proceso, la propia Constitución ha decidido extender el goce y ejercicio de esos derechos a la fase de la averiguación previa como lo indica el último párrafo del apartado A. del artículo 20 constitucional al referir: *"Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna."*

Si partimos del hecho que las garantías individuales se plasman en su expresión mínima, entendemos que su alcance y regulación será abordado por leyes secundarias, la jurisprudencia e incluso la doctrina; en el caso en particular la propia Constitución permite que sean estas leyes, las secundarias, las que establezcan los términos, requisitos y límites que tiene tal prerrogativa constitucional,

en el entendido que esta reglamentación tiene que ser de tal modo que NO haga nugatorio el ejercicio de ese derecho, pero si puede acotarlo o restringirlo de forma racional.

Para entender mejor recurramos a la interpretación sistemática, esto es, la que se obtiene de la vinculación de una disposición con otra y otras que rigen un tema a través de sus distintos aspectos para demarcar su ámbito y la ubicación de su sentido dentro del conjunto preceptivo a que pertenece, para lo cual busquemos en el marco jurídico vigente las normas que contextualizan el mencionado precepto constitucional.

Atendiendo al principio de supremacía constitucional, es claro que ésta permite el ejercicio de la defensa adecuada, real y efectiva en la fase de la averiguación previa, con las limitaciones que las leyes secundarias prevean al respecto, luego entonces, para delimitar el *telos*, que en la averiguación previa tiene el derecho de defensa adecuada señalado en la fracción IX del apartado A. en estudio, es preciso recurrir a otros cuerpos legales, que por jerarquía señalamos, en primer termino, al artículo 128, fracción III, inciso C), del Código Federal de Procedimientos Penales, que de manera clara e indubitable señala como derecho del indiciado en la fase ministerial que su defensor comparezca a todos los actos de desahogo de pruebas en la averiguación, de lo cual se infiere que la única limitante al derecho en cuestión es que en la averiguación previa, el defensor sólo puede y debe intervenir, ya no en TODOS los actos, sino únicamente en aquellos en los que se desahogue alguna probanza.

En la misma línea argumental la fracción IV del artículo 11 de la Ley Federal de Defensoría Pública, determina como obligación de los defensores el asistir jurídicamente al defendido, no sólo en el momento que rinda su declaración ministerial, sino en cualquier otra diligencia que establezca la ley, y si el inciso c), de la fracción III, del artículo 128 de la ley adjetiva penal antes incoado dispone en que diligencias debe estar presente el defensor, es claro que debe estar en aquellas en las cuales se desahogue una prueba.

Sabia redacción del legislador, pues si atendemos a que la prueba en materia penal es la institución reina, por medio de la cual las

partes nutren al juzgador de información a efecto de encontrar y esclarecer la verdad histórica de los hechos, es claro que sólo sea en este tipo de actuaciones ministeriales en las que deba, por ser necesario, intervenir el Defensor, pues tal figura jurídica se rige por principios, como lo son el de legalidad, el de inmediatez, el de contradicción, etc.

Ahora bien, atendiendo al principio de contradicción de prueba, el cual dispone que las pruebas de una parte se deben recibir con conocimiento e intervención de la otra, comprendemos que existen pruebas de cargo y de descargo, las primeras tendientes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado y las segundas tendientes a desvirtuar alguno o ambos supuestos, por lo tanto en unas como en otras, debe tener intervención la parte contraía o a la que le perjudica, a efecto de poder hacer, de manera inmediata, manifestaciones, observaciones, interrogantes o incluso alegaciones a su favor.

En esta misma línea argumental, decimos que existe un viejo axioma jurídico que, palabras mas, palabras menos, dispone que si la ley no distingue no existe razón para distinguir; siguiendo los pasos de este axioma, decimos que la ley no hace distingo en la naturaleza de las pruebas en las cuales deba intervenir el defensor, es decir la ley no dice que sólo puede intervenir en pruebas de descargo que él mismo ofrezca, sino llanamente se refiera a pruebas, así las cosas, es derecho del indiciado y del defensor ocurrir a todas las pruebas que se desahoguen en la fase ministerial a efecto de poder "asistir" jurídicamente al indiciado en su defensa adecuada.

Descendiendo un escalón más en la pirámide de Kelsen de la jerarquía normativa, una vez que se ha recurrido al Código Federal de Procedimientos Penales y a la Ley Federal de Defensoría Pública, pasemos a ordenamientos específicos que regulan el actuar concreto de los intervinientes en la fase de averiguación previa; me refiero al acuerdo A/017/00 del Procurador General de la República y a las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

El primero de los instrumentos jurídicos dispone los lineamientos que deben seguir los Ministerios Públicos de la Federación para la designación de defensores públicos; el cual en su artículo SEGUNDO fracción III, reproduce el contenido del inciso c) de la fracción III del artículo 128 del código adjetivo federal antes invocado, pero además el acuerdo en mención sigue diciendo en la fracción VII del mismo artículo que, para los efectos de las fracciones II y III, el inculcado tendrá derecho a comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, es decir, para que el defensor pueda hacer un correcto ejercicio del derecho de defensa es preciso la entrevista previa y en privado con su defendido, pero lo que es de destacarse es que el propio acuerdo prevé un mecanismo para que el derecho a intervenir en las diligencias de desahogo de pruebas en la fase de averiguación previa se materialice de manera real y efectiva y no sólo como un mero requisito formal.

En íntima relación a lo antes dicho, el artículo Sexto del mismo acuerdo en cita, dispone como OBLIGACIÓN para los Ministerios Públicos Federales, en su fracción II el permitir al defensor asistir jurídicamente al inculcado en el momento que rinda su declaración ministerial así como en cualquier otra diligencia, y en su fracción V, dispone que se le debe permitir al defensor, ofrecer pruebas e intervenir en su desahogo.

Del mismo derrotero argumental resulta la fracción II, del artículo 21 de las Bases de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, la cual dispone como función del Defensor Público Federal el intervenir en el acto de la declaración ministerial del defendido, así como en las demás diligencias que se practiquen.

De la interpretación integral de los numerales antes señalados, se aprecia con meridiana claridad que las leyes secundarias NO prevén una garantía individual ampliada, es decir, no se alega que la adecuada defensa en la averiguación previa sea una garantía individual ampliada, sino por el contrario, sostenemos fundadamente que la legislación secundaria solamente establece de manera clara

los medios para hacer efectivo el ejercicio de una defensa adecuada en la fase de la averiguación previa, permitiendo la asistencia del defensor a las diligencias en que se desahoguen pruebas, pues de no ser esta la intención, no se hubieran recogido y reglamentado en el ordenamiento jurídico secundario, por lo tanto contraría a lo resuelto por la Corte, si fue la intención del legislador que tal prerrogativa constitucional se cumpliera cabalmente en sus estrictos términos en los que fue concebida.

Y con ello, precisamente con ello, se cumpliría de una manera clara y objetiva el erradicar "... viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta toda persona en la investigación de delitos y así ver cristalizados los más altos principios y valores de la procuración y administración de justicia..." como lo argumenta la propia ejecutoria en comento.

Por otro lado, en cuanto a la imposibilidad física que se argumenta, partiendo de la cronología de las actuaciones ministeriales en la fase indagatoria, la Suprema Corte de Justicia de la Nación comete un yerro de apreciación cuando dice que toda averiguación previa se inicia con la noticia que el representante social federal tiene sobre la existencia de un delito, y cuando aunado a esa noticia del hecho investigado existen una o más personas detenidas, la Policía Judicial formula un parte informativo sobre esos hechos dirigido al Ministerio Público Federal y pone a su disposición al o a los "presentados"<sup>3</sup>, objetos e instrumentos materiales del delito y demás elementos que se considere sean necesarios para acreditar la existencia del cuerpo del delito de que se trate; y luego de recibidos por el representante social federal el parte respectivo y los objetos afectos a la investigación, se inicia la averiguación previa federal respectiva, sin que todavía este servidor público ministerial pueda estar en posibilidades reales de tener la certeza de que esos hechos investigados sean o no delictivos, pues no obstante que hubiesen recibi-

---

<sup>3</sup> Es de llamar la atención que la Suprema Corte utilice tal expresión, pues este humilde defensor no ha podido encontrar el fundamento legal para que a una persona que es detenida en flagrancia o caso urgente se le denomine "presentado".

do ese tratamiento por parte de la Policía Judicial, es de señalarse que esta autoridad policiaca no es la competente para calificarlos; por tanto, y como consecuencia lógica, la autoridad ministerial procede a decretar la retención, ordenando simultáneamente la práctica de diligencias necesarias para esclarecer y poder determinar si se está, primeramente, ante la presencia de un hecho delictivo, o en su caso, ante un hecho lesivo no penal; y es hasta que una vez desahogadas las diligencias ministeriales de mérito, cuando jurídicamente este servidor público ministerial se encuentra en aptitud real, no sólo de saber si los hechos denunciados eran constitutivos de un ilícito federal, sino también si los presentados, tienen la calidad de inculpados o de testigos sobre esos hechos, de ahí que resulte lógico que sea hasta ese momento en el que se lleva a cabo el desahogo de la declaración ministerial, y no antes, cuando sea fáctica y jurídicamente obligado para el Ministerio Público investigador cumplir objetivamente con la garantía constitucional motivo de debate, dando la debida eficacia a la intervención de la persona designada como defensor o persona de confianza en los términos ordenados en ese mandato constitucional.

Nada más alejado de la realidad; es de explorado derecho que cuando un sujeto es retenido por el Ministerio Público inmediatamente adquiere la característica jurídica de indicado, y no tiene la de presentado, pues los elementos policiacos captores ponen a disposición al sujeto ante el Ministerio Público, dejando en sus manos la resolución jurídica de su libertad, pues no se retiene a un testigo o a un perito, y tampoco un sujeto retenido puede retirarse libremente de la agencia del Ministerio Público y además, un sujeto retenido debe esperar a que se resuelva su situación jurídica, lo cual evidentemente no ocurre con un testigo o un perito, por lo tanto, si de la investigación ministerial se desprende que una o unas de las personas retenidas, no tienen responsabilidad en los hechos, u opera a su favor una causa de justificación o cualquier otra de exclusión del delito, o simplemente los hechos no son delictivos, el Ministerio Público debe decretar su libertad, pero eso no implica que du-



rante la indagatoria el sujeto no haya tenido el carácter de indiciado, pues esta la adquiere desde el momento en el cual es puesto a disposición del Ministerio Público y este lo retiene, pues a partir de ese momento es cuando los órganos del Estado ejercen sobre él actos de imperio, ergo, a partir de ese momento es sujeto de garantías individuales, con independencia de que a la postre, no se ejerza acción penal en su contra.

Lo antes dicho se adminicula con el hecho de que el Ministerio Público inmediatamente después de que dicta el acuerdo de retención, hace una constancia de derechos, entre los cuales, evidentemente, se encuentra el que aquí nos referimos y remata este acuerdo con dos puntos resolutivos en los cuales tiene por designado como su defensor al Público Federal y le permite una entrevista previa y en privado con él.<sup>4</sup> Luego entonces, si se le hacen del conocimiento de sus derechos y se le nombra defensor inmediatamente después de su retención, lógico es, que tiene la calidad jurídica de indiciado.

Lo anterior, sin soslayar el hecho de que en el acuerdo de retención, se establece expresamente que retiene al sujeto como probable responsable en la comisión de "X" delito, lo cual robustece más el argumento de que no es hasta su declaración ministerial, cuando el detenido es sujeto de prerrogativas, sino a partir del momento en el que es retenido por el Ministerio Público.

Luego entonces, la cronología de actuaciones que se hace en la ejecutoria de marras, y que sirve de base para aseverar que no es físicamente posible el cumplimiento de la garantía a que nos referimos en su literalidad, es equivoca al no considerar las situaciones de hecho y de derecho que aquí se exponen, pues contrario a lo allí dicho, las personas desde que son puestas a disposición del Ministerio Público y este las retiene, son, a partir de ese instante, indiciados, y por ende titulares de garantías individuales.

<sup>4</sup> Al menos esto ocurre en la adscripción del suscrito, ya que tras un largo bregar, se logró que el representante social permitiese la entrevista previa y en privado con el defendido, lo cual hace constar formalmente en autos inmediatamente después del acuerdo de retención, y por ende el indiciado goza de defensor desde ese momento, debiendo permitirle en consecuencia intervenir en la indagatoria en los términos que aquí se exponen.

Tampoco se comparte el argumento de que, de dar la debida intervención al defensor en las diligencias de desahogo de pruebas en la fase ministerial, repercutiría en su debida integración, retardándola o entorpeciéndola. Ya que, por un lado, el defensor sólo podrá, en todo caso, interrogar a los elementos policiacos cuando éstos depongan, a los testigos que hagan lo propio y a los peritos que ratifiquen sus dictámenes, hacer algunas observaciones o incluso hasta alegaciones, con lo cual, se haría real y materialmente efectiva la "asistencia jurídica" a que se refiere la Constitución y se cumpliría con el principio de contradicción de prueba y existiría equidad en el principio de inmediatez<sup>5</sup>, además que, en tratándose de Defensores Públicos Federales, éstos, tienen sus oficinas en el mismo recinto donde se ubica la autoridad ministerial, por lo que no implicaría ningún entorpecimiento ni retardo darle la correspondiente intervención en las diligencias probatorias como aquí se ha expresado, máxime que los Defensores Federales tienen la obligación de proporcionar todos los datos para su pronta localización a cualquier día y hora, por cualquier medio de localización existente y disponible, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 19 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública; luego entonces, se le puede citar verbalmente en las oficinas o cubículo que esté designado para el Defensor Público Federal de conformidad a lo dispuesto por el artículo 74 del Código Federal de Procedimientos Penales, o en su defecto hacer uso del teléfono como lo prevé el artículo 78 del mismo ordenamiento.

Así mismo, no se entiende como es posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estime que el hecho de no haber impug-

---

<sup>5</sup> Ya que dada la deformada aplicación que se le da a este principio, todo lo que ante el juez se diga por parte de los testigos presenciales de hechos, los elementos captores o incluso la propia víctima, que pueda o beneficie al procesado, se diluye con el argumento de que las primeras declaraciones son aquellas que merecen mayor valor probatorio, dada su cercanía con el hecho y la poca oportunidad a la reflexión y el aleccionamiento, y así se podría lograr la equidad en las diversas fases del procedimiento penal, al dar oportunidad al defensor de intervenir en las diligencias de desahogo de pruebas, desde la fase ministerial.

nado tales violaciones mediante los recursos ordinarios en la secuela del proceso, éstas hayan quedado consumadas, cuando dice que debe destacarse que al no haber sido impugnadas esas diligencias ministeriales controvertidas, durante la secuela del proceso instaurado, mediante los recursos ordinarios y demás medios de impugnación establecidos en la ley procesal federal aplicable, es inconcuso que tales actuaciones tienen validez legal; dado a que, en tal caso, precluyó ese derecho procesal para recurrirlas, los vicios argumentados quedaron convalidados en términos de la ley de la materia.

No se comprende la exigencia de combatir tales violaciones en la secuela del proceso mediante los recursos ordinarios (incidentes de nulidad), por lo siguiente:

En primer lugar, parece que se pasa por alto lo dispuesto por el inciso a) de la Fracción III del artículo 107 de la Constitución, reproducido en el artículo 161 de su ley reglamentaria, los cuales son nítidos en señalar que las violaciones al procedimiento deben ser reclamadas, en el amparo directo cuando se reclame la sentencia, y sólo en materia civil, se exige que, previamente, se hayan deducido tales cuestiones en el proceso con los recursos ordinarios, pero no así para la materia penal, y si la fracción II del artículo 160 de la citada ley de amparo dispone como una violación al procedimiento que afecta las defensas del quejoso la hipótesis de que no se le permita que su defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, es claro que el momento oportuno para hacer valer tal violación lo es al incoar la demanda de amparo directo.

Y en segundo lugar, los recursos y medios de impugnación que se señalan como incidentes de nulidad, no son operantes en la fase de averiguación previa, pues de la lectura que se haga a los artículos 27 bis y 494 del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende que tales medios de impugnación están diseñados para la fase del proceso y en la indagatoria no existe ningún recurso ordinario que hacer valer al respecto, pues el momento en el que se tendría que hacer vales este medio de impugnación es, precisamen-

te, en la declaración ministerial del indiciado, o en su caso en la declaración preparatoria, luego entonces el recurso ordinario que se exige en la ejecutoria de análisis, simplemente, en la fase ministerial, no existe, por lo que en todo caso se tendría que interponer un amparo indirecto, pero aún y si no se hace esto, no puede decirse que el derecho para impugnar las violaciones procesales haya precluido, pues, como se acaba de decir, en el párrafo que antecede, estas violaciones son reclamables hasta el amparo directo, y en materia penal ni la Constitución ni la Ley de Amparo, exigen que previamente se agoten los recursos ordinarios, los cuales, como ya se ve, en la averiguación previa no existen.

Para finalizar es menester señalar, los efectos que produce el incumplimiento de tal prerrogativa constitucional, se sostiene que tal irregularidad necesariamente implica la nulidad de las actuaciones desplegadas de manera ilegal, pues a nuestra consideración el hecho de que la prueba en la averiguación previa se reciba sin la intervención del defensor, la convierte en una prueba ilícita y por ende nula, por no haber sido recibida con apego a las formalidades esenciales del procedimiento, como, al respecto decía desde hace más de doscientos años el Marqués de Beccaría, "las formalidades y las ceremonias son necesarias en la administración de justicia, tanto porque no dejan nada al arbitrio de quien ha de administrarla, como porque dan idea al pueblo de que el juicio no es ni desordenado ni interesado, sino estable y regular."<sup>6</sup>

Luego entonces, si el Estado es quien se fija a sí mismo los límites en su actuar, las fórmulas, formulismos y formalidades a respetar, es claro que si éste las infringe, debe declararse la nulidad de lo actuado sin apego a las normas procedimentales existentes y así hacer volver al cauce de la legalidad la instauración del procedimiento, restituyendo al gobernado en el pleno ejercicio de su derecho conculcado, pero no con el efecto de reponer el procedimiento, sino con el ánimo de poner en evidencia los vicios en el desahogo

---

<sup>6</sup> *De los delitos y de las penas*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1997, página 51.

de las pruebas, para así demeritar su valor, alcance y eficacia probatoria, lo cual, de ninguna manera genera impunidad, sino cuanto más, certeza jurídica y legalidad.

## 5.- PERSPECTIVAS SOBRE EL TEMA Y LÍNEAS DE ACCIÓN AL RESPECTO

Pero parece que se abre una luz al final del camino, ya que la propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha pronunciado la Jurisprudencia 23/2006, en la cual señala, como momento en el que las personas son titulares de garantías, desde que son puestas a disposición del Ministerio Público y por ende, a partir de ese instante debe procurarse el cumplimiento irrestricto de tales prerrogativas, como la propia tesis lo pregona: *"Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, QUE AQUÉLLA SE ACTUALIZA DESDE EL MOMENTO EN QUE EL DETENIDO ES PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social."*<sup>7</sup>

Por todo lo anterior, es deber de los Defensores Públicos Federales tomar acciones inmediatas tendientes al ejercicio correcto de la adecuada defensa en la averiguación previa, lo cual se lograra, en nuestra opinión, en la fase de averiguación previa incoando una demanda de amparo indirecto,<sup>8</sup> ante los órganos jurisdiccionales pro-

---

<sup>7</sup> La jurisprudencia a la que me refiero se encuentra con el rubro: DEFENSA ADECUADA, ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20 APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

<sup>8</sup> Hasta el momento en el que estas líneas se escriben, este defensor ha incoado múltiples demandas de amparo indirecto en donde se reclama tal violación constitucional, las cuales

moviendo un incidente de nulidad de actuaciones, y en amparo directo, alegándolo como violación al procedimiento que afectan las defensas del quejoso.

Como epílogo, es menester concluir este opúsculo con el argumento que la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha utilizado incesantemente en múltiples resoluciones, tesis y jurisprudencias: Las garantías individuales se crean para ser cumplidas, y no sólo para que sean meros formalismos abstractos, por lo que si la Constitución sólo plasma los derechos en su mínima expresión, éstos deben ser regulados por leyes secundarias, sin llegar al extremo de hacerlos nulos o inexistentes, sino por el contrario, lograr que se materialicen efectivamente para así cumplir con el *telos* de la norma.

---

recibieron de los juzgadores como primera respuesta, ser desechadas de plano, (por cierto, es muy curioso que en identidad jurídica desechen la demanda en base a diferentes causales de improcedencia según cada juzgado), inconforme con esas determinaciones se incoaron recursos de revisión en los que se ha resuelto revocar el auto de marras y admitir a trámite la demanda, por desgracia aún no cuento con un caso concreto en el que se haya resuelto el fondo del asunto, pues se encuentran en trámite los juicios de amparo.



# ¿Debe restringir la ley el otorgamiento de beneficios preliberacionales?

*Arturo Alberto González Ferreiro*  
Jefe de Departamento

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestro país, por imperativo legal, el otorgamiento de beneficios preliberacionales se encuentra restringido. Los artículos 8º y 16 de la Ley que establece las Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sentenciados excluyen de cualquier beneficio a los sentenciados federales por la comisión de alguno de los delitos señalados en el artículo 85 del Código Penal Federal.

## OBJETIVO

El presente constituye un intento por demostrar cómo dichas disposiciones desde el punto de vista histórico no se justifican, pues, se fundan en criterios utilizados hace más de un siglo; cómo desde el análisis constitucional resultan discriminatorias y violatorias de las garantías de igualdad y seguridad jurídica; y finalmente, cómo su existencia se contrapone con las disposiciones del Derecho Internacional.

## II. EL PROBLEMA A TRAVÉS DE LA HISTORIA

Resulta conveniente estudiar el problema desde el punto de vista histórico, pues, como se menciona en la hipótesis siguiente se intentará comprobar la repetición de criterios a través del tiempo.



## II.I. HIPÓTESIS HISTÓRICA:

El legislador al disponer un catálogo de delitos que excluyen el otorgamiento de beneficios preliberacionales a los condenados por su comisión, se basó en criterios que fueron utilizados en nuestro país hace más de un siglo y que se encuentran íntimamente relacionados con el surgimiento del sistema penitenciario, lo cual nos obliga a cuestionar seriamente esa disposición.

### II.I.I. PRIMERA PREMISA: EL CRITERIO DE "PELIGRO PARA LA SOCIEDAD" COMO FUNDAMENTO PARA DETENER LA ABOLICIÓN TOTAL DE LA PENA DE MUERTE Y SU RELACIÓN CON EL NACIMIENTO DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN MÉXICO

Partamos de esta base: de no haberse instaurado en nuestro país el sistema penitenciario no estaríamos hablando en este momento de beneficios preliberacionales, veamos entonces por qué nació dicho sistema y cómo se relaciona con la problemática planteada.

Se dice que la condición *sine qua non* para la abolición de la pena de muerte fue el surgimiento del sistema penitenciario. Así se desprende del artículo 23, primera parte, de la Constitución de 1857 el cual señala: *"Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del Poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario."*

Lo cual también se colige de las palabras pronunciadas por Ignacio Ramírez, el Nigromante en los Debates del Constituyente de 1857: *"Podemos matar mientras no haya buenas cárceles"*

Destaca también la opinión del diputado Mata:

*"Para mantener la pena de muerte... debemos matar al hombre que no tenemos donde encerrarlo, porque nos molesta escuchar sus gemidos, porque somos impotentes para moralizarlo, y para no tropezar con ciertas manchas de sangre queremos borrarlas con más y más sangre"*

Finalmente, es de anotarse la reflexión de José María Lozano:

*"Una vez construida en un Estado su penitenciaría, y puesta en vigor en ella el régimen penitenciario, están llenadas las condiciones de nuestro artículo 23; y mediante la declaración de estos*

*hechos por el gobierno de la Unión, debe quedar abolida en el Estado respectivo la pena de muerte para todo género de delitos"*

Posteriormente, con la reforma constitucional del 14 de mayo de 1901 se suprimió la primera parte del artículo 23, para quedar como sigue:

*"Queda abolida la pena de muerte para los delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".*

Para 1901, el ideal del sistema penitenciario, aún anhelado en nuestros días, había producido algunas transformaciones de importancia; baste con recordar el anuncio a la nación que Porfirio Díaz hiciere en 1877 sobre la pronta instauración del régimen penitenciario, la construcción de las cárceles de Guadalajara, Salamanca, Mérida, Saltillo, Chihuahua, San Luis Potosí, Puebla y la inauguración de Lecumberri el 1º de septiembre de 1900.

En ese momento no sólo se había puesto en marcha la edificación de centros penitenciarios en nuestro país, sino que atendiendo a la filosofía de Vallarta sobre la coexistencia de leyes y reclusorios, se expidió el Código Penal Federal en 1871.

Entonces, si se contaba con legislación y una infraestructura carcelaria incipiente, debemos preguntarnos:

¿Por qué no quedó abolida la pena de muerte para todo género de delitos como lo manifestó José María Lozano en 1857? ¿Por qué se mantuvo para cierto tipo de delincuentes si el Constituyente y el legislador habían manifestado su animadversión por la misma?

La respuesta, probablemente la encontremos en las manifestaciones de la Comisión redactora del Código Penal Federal de 1871:

*"Mientras no pueda abolirse sin peligro la pena capital, lo único que puede hacerse es ir reduciendo a menor número los casos en que se aplique, como lo recomiendan los criminalistas modernos"*

¿Sin peligro?, sin PELIGRO para quién. Obviamente, PARA LA SOCIEDAD.

La frase "sin peligro" por sí sola nos explica las razones que motivaron al legislador, y también al Constituyente, para detener la abolición de la pena de muerte para todo género de delitos.

Se reconocía, entonces, la existencia de individuos a quienes se debía aplicar la pena de muerte, pues, según la propia Comisión, de no hacerse así se comprometería altamente la seguridad pública y privada.

Es aceptable que en la Constitución de 1857, en el Código Penal de 1871 y en la reforma constitucional de 1901, no se aboliera totalmente la pena de muerte bajo criterios de peligrosidad, ya que la Escuela Jurídica imperante en la época era precisamente la Escuela Positiva del Derecho Penal.

De ahí que los criterios para la aplicación de la pena (de muerte inclusive) se fundaran en criterios de temibilidad o *peligrosidad* como base de la responsabilidad del delincuente y de ahí la imposibilidad de una abolición total de la pena capital.

#### II.I.II. SEGUNDA PREMISA: EL CRITERIO DE "PELIGROSIDAD PARA LA SOCIEDAD" COMO FUNDAMENTO DE UNA LEGISLACIÓN QUE EXCLUYE EL OTORGAMIENTO DE BENEFICIOS PRELIBERACIONALES EN LA ACTUALIDAD

El martes 23 de febrero de 1965 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma efectuada al artículo 18 Constitucional, cuyo segundo párrafo dispuso:

*"Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente"*

Es hasta este momento cuando por primera vez se utiliza la frase "readaptación social" en lugar de regeneración, y cuando el Estado reconoce la obligación a su cargo de proporcionar los medios para lograr la readaptación de los internos.

Posteriormente, el 19 de mayo de 1971 se expidió la Ley que establece las Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sen-

tenciados, con el objetivo de fijar los parámetros y directrices a seguir en la lucha por la readaptación de los internos cuya obligación compete al Estado Mexicano en términos del precepto constitucional supracitado.

Sin embargo, el artículo 8º de la comúnmente conocida como Ley de Normas Mínimas, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 1999, en vigor al día siguiente, fue modificado en su último párrafo para quedar como sigue:

*"Al aplicar las medidas de tratamiento establecidas en las fracciones IV y V, la autoridad condicionará su otorgamiento, al cumplimiento de lo previsto en la fracción III y en los incisos a) a d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. No se concederán dichas medidas cuando el sentenciado se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del mencionado Código Penal. La autoridad podrá revocar dichas medidas, conforme a lo establecido en el artículo 86 del citado Código Penal."*

Del mismo modo, al artículo 16º de la Ley de Normas Mínimas se le adicionaron dos últimos párrafos por el mismo decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 1999, para quedar como sigue :

*"La autoridad al conceder la remisión parcial de la pena, establecerá las condiciones que deba cumplir el sentenciado, conforme a lo establecido en la fracción III y los incisos a) a d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. La remisión parcial de la pena no se concederá a los sentenciados que se encuentren en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del citado Código Penal.*

*"La autoridad podrá revocar la remisión parcial de la pena, conforme a lo dispuesto por el artículo 86 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal"*

Ahora bien, el artículo 85 del Código Penal Federal fue reformado en su totalidad por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 1999, siendo el siguiente el texto que rige en la actualidad:

*"Artículo 85.- No se concederá la libertad preparatoria a: I. Los sentenciados por alguno de los delitos previstos en este Código que a continuación se señalan: a) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero; b) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; y para la modalidad de transportación, si cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 84 y 90, fracción I, inciso c), para lo cual deberán ser primodelincuentes, a pesar de no hallarse en los tres supuestos señalados en la excepción general de este inciso; c) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; d) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; e) Homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320; f) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter; g) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter; h) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis; i) Robo, previsto en los artículos 371, último párrafo; 372; 381 fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 bis, o j) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, o II. Los que incurran en segunda reincidencia de delito doloso, o sean considerados delincuentes habituales.*

*Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo de este Código, la libertad preparatoria sólo se concederá cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que la garantice."*

Ahora bien, como podemos observar, tanto el artículo 85 del Código Penal Federal como el 8º y 16º de la Ley de Normas Mínimas fueron reformados por decreto publicado en el Diario Oficial

de la Federación el 17 de mayo de 1999, pues, su modificación y adición atendió a una reforma integral del sistema penitenciario, que consistió en establecer un catálogo de delitos que hicieran improcedente el otorgamiento de beneficios preliberacionales a los internos sentenciados por la comisión de los mismos.

Es en este punto, cuando debemos preguntarnos:

Si desde 1965 en nuestro país se había reconocido la obligación del Estado de buscar la readaptación de sus internos (sin hacer ninguna distinción entre ellos) y seis años después se creó una ley que establece los mecanismos para lograr tal fin y esa misma ley reconoce que los internos se pueden readaptar en un plazo menor al que fueron sentenciados otorgando, por ende, beneficios de libertad anticipada y remisión parcial de la pena, ¿qué motivó, entonces, al legislador para excluir a un sinnúmero de individuos del otorgamiento de dichos beneficios y empezar a distinguir donde la Constitución no distingue?

La respuesta se desprende de la propia iniciativa que propone la reforma a los artículos citados, contenida en la Gaceta Parlamentaria número 254-II del jueves 29 de abril de 1999, en donde textualmente se señala:

*"...La iniciativa propone ampliar los casos de excepción en donde no se concederá la libertad preparatoria y hacerlos aplicables al tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena, establecidas en los artículos 8 y 16, respectivamente, de la Ley que establece las Normas Mínimas para la readaptación social de sentenciados.*

*La existencia de improcedencias para la concesión de beneficios durante la ejecución de la pena de prisión, se sustentan en que el responsable de un determinado delito resulta de tal PELIGROSIDAD PARA LA SOCIEDAD, que merece el cumplimiento total de la sentencia.*

*En este sentido, la iniciativa considera que sean improcedentes el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena..."*

### II.I.III. CONCLUSIÓN: LA GRAVEDAD DE CONTINUAR UTILIZANDO EL CRITERIO DE "PELIGRO PARA LA SOCIEDAD"

Tenemos que en la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX la negativa a abolir por completo la pena de muerte se fundó en que cierto tipo de conductas representaban tal "peligrosidad para la sociedad" que no excluían al activo de la pena de muerte. En 1999 el legislador con ese mismo argumento excluyó el otorgamiento de beneficios preliberacionales a los condenados por la comisión de cierto tipo de ilícitos.

El criterio que se aplicó fue el mismo y con las mismas condiciones, porque el legislador actual al motivar su reforma en la "peligrosidad para la sociedad" se refiere a una peligrosidad general, es decir, que no requiere mayor comprobación, sin mayores datos, sin importar la conducta posterior del activo en el penal (trabajo, estudio o capacitación), sin que trascienda su condición clínica psicológica futura; es decir, no se refiere a la peligrosidad criminológica que los estudios de personalidad posteriormente revelarían, no, simplemente estigmatiza ciertas conductas como parámetros que indicarán la incapacidad de readaptarse, y de gozar de beneficios, de aquellos que sean condenados por su comisión.

Para poder visualizar someramente la gravedad del problema debemos tener en cuenta que los criterios de peligrosidad pertenecen a la Escuela Positiva y que fueron propios de regímenes autoritarios como el nazismo (en donde los judíos eran considerados peligrosos sólo por ser judíos), en donde el Derecho Penal de autor castiga al sujeto por lo que es (un delincuente nato decía Lombroso) segregando, eliminando; y que el criterio para aplicar la pena es el pronóstico (Código de Defensa Social), en donde se reconoce que como el sujeto es peligroso seguramente volverá a delinquir.

La aplicación de ese criterio tal vez se justificaría en siglos pasados, pero no en la actualidad, en donde ya no seguimos criterios de peligrosidad para la medición de la pena, sino de culpabilidad, como corresponde a los Estados democráticos, con un derecho penal de acto o de hecho, castigando al delincuente por lo que hizo y donde

el criterio para aplicar la pena es el diagnóstico, sin establecer en nuestras leyes conductas que por sí solas se consideren peligrosas para la sociedad, sino evaluando al sujeto en particular a fin de determinar si éste es peligroso para la vida en comunidad o no, pero, siempre dándole esa oportunidad y no negándosela simplemente por la conducta que cometió.

### III. UN VISTAZO DEL PROBLEMA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

#### III.I. HIPÓTESIS GARANTISTA:

En este apartado se sostiene que la obligación a cargo del Estado de buscar la readaptación social de los internos, prevista en el segundo párrafo del artículo 18 Constitucional, no sólo constituye una garantía social, sino que se traduce en una garantía individual de seguridad jurídica propiamente dicha y a su vez constituye una garantía de igualdad jurídica íntimamente relacionada con el párrafo tercero del artículo 1º de nuestra Constitución, por lo que los dispositivos que restringen el otorgamiento de beneficios preliberacionales (artículos 8º y 16º de la Ley de Normas Mínimas en relación con el 85 del Código Penal Federal) resultan discriminatorios y transgresores de dichas garantías.

#### III.I.I. EL DERECHO SUBJETIVO PÚBLICO CONTENIDO EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL REPRESENTA UNA GARANTÍA SOCIAL, PERO ADEMÁS UNA GARANTÍA INDIVIDUAL DE SEGURIDAD JURÍDICA

El segundo párrafo del artículo 18 Constitucional establece que el Estado debe procurar los medios para lograr la readaptación social del delincuente, lo cual, obviamente, representa una obligación a su cargo.

La relación jurídica emanada de esa obligación entre el interno y el Estado, es positiva, en el sentido de que implica que este último deberá realizar una serie de actividades para lograr el fin establecido en la propia norma constitucional. Nos encontramos en presencia,



entonces, de una garantía formal ya que implica la actividad estatal. Garantía formal que es de seguridad jurídica, pues, el derecho subjetivo público individual reseñado es oponible y exigible al Estado.

Ahora bien, debemos detenernos a analizar la naturaleza del derecho subjetivo citado desde diferentes aristas.

Se ha establecido también que el contenido del segundo párrafo del artículo 18 Constitucional constituye una garantía social, pues, consigna como obligación de la Federación y de los Estados procurar la readaptación del delincuente a la sociedad y educarlo dentro de un adecuado régimen penitenciario, inspirado en la idea no de segregarlo de la vida social a título de castigo, sino de reincorporarlo a ella como hombre útil.

Por nuestra parte consideramos que la naturaleza de garantía social del derecho subjetivo público emanado del segundo párrafo del artículo 18 Constitucional es discutible, ya que, en la relación jurídica positiva señalada párrafos arriba el Estado es el sujeto pasivo de la misma, pues tiene una obligación a su cargo, y el activo es el gobernado interno en el reclusorio, por lo que no existe en esa relación un vínculo jurídico entre clases socialmente distintas, o entre individuos particulares.

Por lo anterior, sostenemos que la garantía consagrada en el numeral constitucional multicitado es individual y de seguridad jurídica, pudiendo considerarse como garantía social sólo por conllevar el cumplimiento de un fin de bienestar social que persigue, no así por la relación jurídica contenida en la misma que es determinante para comprobar su calidad.

### III.I.II. EL DERECHO SUBJETIVO PÚBLICO DERIVADO DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL TAMBIÉN CONTIENE UNA RELACIÓN JURÍDICA NEGATIVA QUE CONSTITUYE UNA GARANTÍA INDIVIDUAL DE IGUALDAD JURÍDICA

Hemos visto que la relación jurídica derivada del segundo párrafo del artículo 18 Constitucional es positiva, por implicar un quehacer por parte del Estado. Sin embargo, sostenemos que del mismo tam-

bién se deriva una relación jurídica negativa, o de no hacer por parte del Estado, que consiste precisamente en abstenerse de distinguir calidad alguna entre los internos para decidir si se procura o no su readaptación social. Constituyendo también una garantía material al implicar una abstención por parte del Estado. Garantía material que es de igualdad jurídica, pues, el gobernado tiene el derecho de exigir al Estado se respete la ausencia de diferencias prescrita en la norma constitucional para gozar del derecho señalado en la misma.

Lo anterior es así, ya que del texto constitucional señalado se desprende explícitamente lo siguiente:

*"Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".*

De su lectura encontramos que no existe distinción alguna entre cierto tipo de delincuentes y otros, simplemente se establece que se deben de procurar los medios para lograr la readaptación del delincuente, de ahí que la relación jurídica sea también negativa dado que implica una abstención por parte del Estado para hacer distinción alguna entre internos cuando se trate de su readaptación.

Ello implica, en nuestra opinión, que dicho precepto constitucional contiene una garantía individual de igualdad jurídica, al determinar que el Estado debe de buscar la readaptación social de todos los delincuentes (relación positiva) absteniéndose de realizar distinción alguna entre ellos (relación negativa).

Lo anterior, a nuestro juicio, guarda estrecha vinculación con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1º Constitucional que a la letra reza:

*"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".*

III.I.III. CONCLUSIÓN: LOS DISPOSITIVOS LEGALES QUE NIEGAN EL OTORGAMIENTO DE BENEFICIOS PRELIBERACIONALES RESULTAN VIOLATORIOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DE SEGURIDAD E IGUALDAD JURÍDICA CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 1º, TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En conclusión, podemos decir que el segundo párrafo del artículo 18 Constitucional establece una obligación y un derecho. La obligación del Estado de buscar la readaptación social del delincuente y el derecho de éste a que no se le distinga en esa búsqueda. Asimismo, el primer artículo de nuestra Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación que tienda a anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Por lo que cualquier legislación que menoscabe el derecho previsto en el segundo párrafo del artículo 18 Constitucional resulta discriminatoria y violatoria de garantías.

Los artículos 8º y 16º de la Ley de Normas Mínimas restringen el otorgamiento de beneficios preliberacionales y de remisión parcial de la pena a los sentenciados que se encuentren en los supuestos previstos en el diverso 85 del Código Penal Federal.

Resulta conveniente recordar que nuestra legislación contempla el otorgamiento de beneficios preliberacionales, precisamente, porque reconoce que bajo el cumplimiento de ciertos requisitos (estudios de personalidad favorables, cartas de fiador moral y de ofrecimiento de trabajo, constancia de días laborados, etc.), los sentenciados pueden readaptarse a la vida en sociedad antes de cumplir su condena; sin embargo, niega la posibilidad de otorgar cualquier beneficio a aquéllos que hayan cometido cierto tipo de ilícitos. Ello significa, en nuestra opinión, que esa legislación reconoce que un determinado tipo de sentenciados no son readaptables, ya que la condición *sine qua non* para otorgar un beneficio es que el individuo sea considerado como readaptado por las autoridades respectivas. Haciendo nugatorio entonces el derecho a la búsqueda de la readaptación sin distinción previsto en el segundo párrafo del artículo 18 Constitucional.

Por otro lado, el artículo 1º, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la discriminación que tenga por objeto anular o menoscabar derechos y libertades de las personas.

En ese sentido, los artículos 8º y 16 de la Ley de Normas Mínimas relacionados con el diverso 85 del Código Penal Federal al distinguir entre a quiénes se les pueden otorgar beneficios preliberacionales y a quiénes no, implícitamente niegan el derecho a la búsqueda de la readaptación de los excluidos.

Ello significa que dichos dispositivos anulan y menoscaban en perjuicio de los sentenciados el derecho que a su favor consigna el segundo párrafo del artículo 18 Constitucional a ser tratados como iguales. Pudiendo concluir que al menoscabar ese derecho discriminan violando las garantías individuales de seguridad e igualdad jurídica contempladas en los preceptos constitucionales citados.

#### IV. UNA LIGERA REMISIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL

##### IV.I. HIPÓTESIS INTERNACIONALISTA

En este apartado se hace referencia a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación al tema que nos ocupa, para concluir que con fundamento en la jerarquía actual de los tratados internacionales en nuestro país, los dispositivos legales que restringen el otorgamiento de beneficios preliberacionales resultan violatorios de lo establecido en dicha convención debiendo prevalecer lo pactado en esta última.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio cuyo rubro textualmente reza: *TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL*. Así pues, de la interpretación del contenido del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tenemos que la

legislación ordinaria se encuentra supeditada, o por debajo de las disposiciones que se deriven de un tratado internacional.

En la especie, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo que nos interesa dispone:

*"Artículo 6º.- Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*

*Artículo 24.- ... Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley..."*

Así pues, tenemos que lo dispuesto en los artículos 8º y 16 de la Ley de Normas Mínimas, en relación con el 85 del Código Penal Federal, al desconocer la posibilidad de readaptar a cierta clase de sentenciados en razón del delito cometido, y por ende, negarles el otorgamiento de beneficios preliberacionales, se contrapone abiertamente con lo dispuesto en los numerales 6 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En tal sentido, podemos concluir en este apartado que ante la supremacía de los tratados internacionales en relación con la legislación ordinaria, no se justifica en la actualidad la existencia de dispositivos que contravengan lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo son los ya mencionados de la Ley de Normas Mínimas en relación con el supracitado del Código Penal Federal.

## V. CONCLUSIÓN GENERAL

Hemos analizado el problema planteado desde el punto de vista histórico y demostrado cuan grave resulta la repetición de un mismo criterio para la solución de problemas concatenados, pues uno es origen del otro, pero diversos en cuanto a su naturaleza. Se ha analizado desde el punto de vista constitucional la evidente violación a las garantías individuales de igualdad y seguridad jurídica que día a día se actualiza con la aplicación de dispositivos que niegan el otorgamiento de beneficios preliberacionales. Por último,

hemos comprobado que desde la perspectiva del Derecho Internacional existe una flagrante contradicción entre el instrumento internacional, entendido como jerárquicamente superior, y la legislación ordinaria nacional en cuanto a la negativa de beneficios.

Baste entonces con señalar que una vez desarrolladas y comprobadas las hipótesis aquí planteadas, en nuestra opinión, la existencia de los dispositivos legales, una y otra vez citados en este trabajo, no se justifica desde ninguna arista, por lo que la derogación de los mismos se encuentra más que justificada, más aún que no debemos de perder de vista que pueden realizarse mil reflexiones en torno al tema, pero de nada servirán plasmadas en este papel. Quede entonces en manos de nuestra Institución la loable labor de luchar por una justicia penitenciaria integral.

#### BIBLIOGRAFÍA

1. Álvarez Galván, Jorge Alberto. *La construcción del Derecho: Métodos y técnicas de investigación*. Editorial UNAM. México, 1998.
2. Maguire Mike, Rod Morgan y Robert Reiner. *Manual de Criminología*. 2a. edición, Oxford. México, D.F., 2005.
3. Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 37a. edición, Porrúa. México, D.F., 2004.
4. Amuchategui Requena, Irma G. e Ignacio Villasana Díaz. *Diccionarios Jurídicos Temáticos: Derecho Penal*. 2a. edición, Oxford. México, D.F., 2004.
5. García Ramírez, Sergio. *El sistema penitenciario: Siglos XIX y XX*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Revista Jurídica. Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM.
6. López Trujillo, Javier Enrique. *La readaptación social en México*. [http://www.reclusorios.df.gob.mx/penitenciario/readaptacion\\_mexico.html](http://www.reclusorios.df.gob.mx/penitenciario/readaptacion_mexico.html).
7. Díaz Aranda, Enrique. *Cuerpo del delito. ¿Causalismo o Finalismo?* Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM.
8. Sánchez Galindo, Antonio. *Derecho Penal Ejecutivo*. Biblio-

teca Jurídica Virtual. UNAM.

9. Gaceta parlamentaria, año II, número 254-II, jueves 29 de abril de 1999. Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. [www.cddhcu.gob.mx](http://www.cddhcu.gob.mx).
10. García Ramírez, Sergio. *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. III. Ejecución de penas; IV. Menores infractores; V. Justicia penal internacional y sistemas nacionales*. Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM.
11. Islas De González Mariscal, Olga. *La pena de muerte en México*. Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM.
12. *Antecedentes históricos de la pena de muerte en México*. <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/A/Anzola%20pena%20de%20muerte.htm>
13. [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx)
14. [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)
15. [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_americana\\_derechos\\_humanos.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html)

# Anticonstitucionalidad del artículo 134, párrafo primero y segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales

Francisco Leiva Martínez  
Defensor Público Federal

## PROLOGO

Desde el inicio del ejercicio de mi profesión, como litigante, fue necesario analizar los requisitos cuerpo del delito y probable responsabilidad y ahora como defensor público esa obligación es imprescindible para defender los intereses de mis defendidos, pues diariamente se tocan estos temas, y creo es oportuno hacer un comentario respecto de ellos.

## CONCEPTO

La anticonstitucionalidad ha de estar referida a un precepto concreto y determinado (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano).

El artículo 16, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordena:

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

Por su parte, el numeral 134, párrafos primero y segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales, establece:



*"En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.*

*No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo".*

De la trascripción del párrafo séptimo del citado precepto 16 constitucional se colige que el Ministerio Público de la Federación resolverá en su caso se ponga en libertad al indiciado, por no haberse acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, requisitos sine qua non que exige el artículo 168 del Código Adjetivo Federal, el cual al respecto dispone:

*"El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.*

*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.*

*La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mis-*

*mo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.*

*El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley".*

Por su parte el doctor en derecho penal Marco Antonio Díaz de León sobre el contenido del citado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, nos señala que el cuerpo del delito no es suficiente para establecer la ilicitud del comportamiento, pues, al igual que la tipicidad, únicamente, representan un indicio de antijuricidad y de culpabilidad; por tanto, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado son los antecedentes probatorios y constitucionales indispensables para legitimar, primero una consignación y, después, un auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Si en el cuerpo del delito se incluyera a la antijuridicidad, se llegaría a la aberración procesal de que la consignación o el auto de formal prisión equivalieran al injusto penal, casi a una sentencia condenatoria definitiva, y el cuerpo del delito, al delito, pues, comprobados todos estos elementos por el Ministerio Público durante la averiguación previa o por el juez durante la preinstrucción, con ello prácticamente se convertiría al órgano jurisdiccional casi como observador en el resto del proceso, a quien, ante la falta de causas de justificación, sólo restaría fijar en el juicio de culpabilidad el quantum de la pena con base al reproche y a la peligrosidad del autor o partícipe del evento delictivo.

Esto es, la antijuridicidad, como elemento del delito, no forma parte del cuerpo del delito; ello, porque la conducta que se adecua al tipo no siempre es violatoria del ordenamiento jurídico; se debe a que, si bien es cierto que el propio ordenamiento jurídico establece prohibiciones y mandatos, también lo es que además contempla permisiones o acciones típicas permitidas, o sea autorizaciones para realizar la conducta típica bajo ciertos requisitos. Significa, pues, que una conducta es contraria al ordenamiento jurídico si se adecua al tipo penal que la describe y, además, no existe una norma

permisiva que la justifique, lo cual ciertamente la hace antijurídica.

Se entiende por tipo, comúnmente, la descripción de la conducta prohibida por una norma. Por hecho típico entendemos el resultado concreto de la realización de un hecho prohibido como presupuesto de la aplicación de una pena; este concepto se refiere, pues, al hecho típico y no a la acción final del autor dirigida a la realización del tipo, o a la que sin dirigirse igualmente se integra éste como consecuencia de la falta de cuidado concreto. Ya en el proceso penal, para establecerse el concepto procesal del cuerpo del delito se requiere que dicha descripción se adecue al hecho concreto a fin de poder establecer que es típico. Así, la teoría procesal del cuerpo del delito que aquí presentamos, abarca la descripción del tipo y el hecho típico, pero al comprender el autor o partícipe de éste se suma la idea de la tipicidad, aquí en forma de acción realizada como comportamiento relevante para el derecho penal, de la acción prohibida por la norma y sancionada con pena al subsumirse en el tipo penal y en suma de la probable responsabilidad, primero (auto de formal prisión) y después, de la plena responsabilidad del inculpado (en sentencia definitiva).

De esta manera, definimos al cuerpo de delito como el conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos integrantes del tipo penal. Al respecto debemos indicar que el artículo 168 en comentario erróneamente omitió señalar como parte integrante del cuerpo del delito a los elementos subjetivos del mismo, con lo cual, por el principio de legalidad, en un momento dado ello justificadamente pudiera implicar la alegación de que no se pudieran tipificar los cuerpos de delitos que comprendieran dicho elemento subjetivo, acaso, pudiera pensarse que esta omisión se subsana con lo que establece el artículo 134 en su dos primeros párrafos:

En cuanto la averiguación previa en que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del iniciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos

subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el Juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la existencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Sin embargo, ello no es así, o sea no se corrige tal omisión por lo establecido en el precitado artículo 134, habida cuenta, finalmente, sigue siendo el citado artículo 168, tal como está defectuosamente redactado, el que legalmente señala los contenidos del cuerpo del delito en el fuero federal, dentro de los cuales no se incluyeron los aludidos elementos subjetivos, a lo que deberá remitirse el juzgador aun en el caso señalado en el párrafo segundo del mencionado artículo 134, esto es, el juzgador tendrá que fundar y motivar su resolución relativa en base a lo que establece el párrafo segundo del artículo 168 que en este aspecto indica:

*"Por cuerpo de delito se entiende el conjunto de 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.*

Debe tenerse por establecido, pues, que el concepto que aquí damos de cuerpo del delito es procesal y no debe nunca identificarse ciento por ciento con el concepto que de él se tiene en el derecho penal, como tipo objetivo; por lo tanto ambas figuras tienen naturaleza y elementos diferentes, que además sirven a fines distintos de política criminal.

Analizadas las respetables consideraciones del jurista Díaz de León, no se comulga con su criterio, pues no se trata de que el juez se convierta en un espectador del proceso, si el Ministerio Público

estudió el cuerpo del delito y resolvió ordenar la libertad del indiciado, pues la determinación de no ejercer acción penal y poner en libertad al gobernado no contradice el contenido del artículo 17 de la ley fundamental, pues además nuestro máximo órgano judicial en el país desde épocas anteriores lo ha sostenido de esta manera, como se desprende de las siguientes jurisprudencias:

### CUERPO DEL DELITO

La ley al establecer el principio de que la comprobación del cuerpo del delito es la base de todo procedimiento penal, quiere significar que la acción coactiva que debe ejercerse sobre el acusado, no puede iniciarse antes de que el cuerpo del delito haya quedado demostrado; pero no que no puedan practicarse diligencias en averiguación de este delito.

*Quinta época. Tomo XVIII, p. 450. Lira J., Guadalupe. Unanimidad de 10 votos.*

**ORDEN DE APREHENSIÓN. SU LIBRAMIENTO NO REQUIERE DE PRUEBAS PLENAS PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD DEL INCUPLADO.-** *Para dictar una orden de aprehensión no se requiere de pruebas plenas que acrediten la responsabilidad del inculpaado, sino únicamente es necesario que se reúnan los requisitos a que se refiere el artículo 16 constitucional, y que se desprendan datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado.*

*Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.*

*Semanario Judicial de la Federación. Época: 8a. Tomo XIII-Mayo. Página 483.*

De ahí que no obstante el artículo 16 de la ley suprema en su párrafo séptimo estatuye que el Ministerio Público ordenará la libertad del retenido, desde luego siempre y cuando no se reúnan los requisitos del referido artículo 168, que se reitera estriban en la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado, y el numeral 134 en su párrafo primero, establece en lo que interesa que no hay necesidad de acreditar plenamente los

elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las circunstancias que la ley prevea.

Por su parte, el jurista Gerardo Armando Urosa Ramírez, nos señala al respecto, según el párrafo primero del artículo 134 ya transcrito, primeramente se debe acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en términos del ordinal 168 y después los aspectos consignados en el referido artículo 134. De acuerdo con ello, estaremos constantemente jugando un sube y baja de los elementos del ilícito sin ningún respeto por la preferencia lógica de los componentes del mismo.

En efecto, cuando *la realización de la conducta* inicialmente definida cambie -de acción por omisión o viceversa- o se modifique el tipo por la existencia de un *elemento subjetivo específico* especial conocimiento, ánimos, tendencias, ultraintenciones descritas por la ley -o *alguna otra circunstancia que la ley prevea*- no tendremos más remedio que retroceder nuevamente a desarrollar todo el análisis del delito desde un principio para estar en posibilidades de realizar un juicio de tipicidad correcto, a pesar de haber pasado por el estudio de los elementos objetivos y normativos del tipo, la forma de participación, la comisión dolosa o culposa y la inexistencia de causas de licitud e inculpabilidad; que equivalen al actual contenido del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal que se supone acreditados con antelación.

Asimismo, de acuerdo con el rebuscado artículo, el fiscal federal podrá ejercitar acción penal "ante los tribunales y expresará *sin necesidad de acreditarlo plenamente* la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea". Ahora bien, al establecer la ley que no es necesario comprobar estos aspectos plenamente, abre el camino al abuso de la autoridad, pues no puede precisarse si el legislador deseaba expresar que el acreditamiento debe de ser "probable", como la responsabilidad, o no se necesita acreditar en absoluto, pues ambos casos pueden entenderse comprendidos en la expresión "*sin necesidad de acreditarlo plenamente*".

Y luego en su párrafo segundo dispone:

*"No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo".*

Una clara muestra de "flexibilización" de la ley que sacrifica garantías constitucionales en las medidas cautelares en estudio, en aras de facilitar el ejercicio de la acción penal, es el multicitado artículo 134 del ordenamiento adjetivo federal, principalmente en su segundo párrafo que se reproduce líneas arriba, resulta exageradamente represiva la nueva redacción que establece que tratándose de los elementos subjetivos del tipo o específicos se puede consignar y procesar a una persona aunque su conducta resulte atípica por falta de dichos aspectos subjetivos, ya que el propio legislador elimina la posibilidad de hacer valer la excluyente del delito respectiva, al establecer el segundo párrafo del citado numeral 134 tajantemente que *"No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente (...)*, es decir, a pesar de la excluyente del delito consignada en la ley sustantiva consistente en *"la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate"*-como son los subjetivos- podrá ejercitarse acción penal.

En otras palabras, de existir elementos subjetivos del injusto o tipos distintos del dolo, bastará con mencionarlos en el pliego de consignación, sin mayor fundamentación o motivación, y en caso de que éstos no sean expresados debido a su evidente inexistencia, ello no debe ser obstáculo para que necesariamente se deje de ejercitar acción penal y enjuiciar a un particular, pues en términos del

segundo párrafo del mencionado artículo 134, "*serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda*".

La criticable medida legislativa sube de tono considerando que gran cantidad de tipos penales adquieren importancia penalística, precisamente con base en los elementos subjetivos del tipo que ahora el legislador relega para su estudio después del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pues cabe preguntarnos: ¿Qué importancia jurídico penal tendría una asociación de tres o más personas sin el propósito de delinquir? (C.PF. artículo 164) ¿Qué relevancia penal tendría el hecho de que determinada persona ponga en circulación moneda falsa desconociendo dicha alteración? (C.PF. artículo 236), etcétera. Desde luego que la ausencia de determinada finalidad específica o el desconocimiento del elemento subjetivo previsto en el tipo suprime la trascendencia jurídica del acto, a pesar de que el legislador opine lo contrario.

En este orden de ideas, atendiendo a la literalidad de la ley reformada, una persona será privada de su libertad, al menos durante el tiempo que dure su proceso, a pesar de que sea evidente que no haya cometido ningún delito por falta de los elementos subjetivos correspondientes.

Como ha quedado de manifiesto, la ley reformada admite la posibilidad de ejercitar acción penal en contra de un indiciado que no haya concretado el tipo penal que se le impute por la ausencia de elementos subjetivos específicos, lo que es de por sí gravísimo, pero no siendo suficiente dicha arbitrariedad, ahora la ley invierte la carga de la prueba en contra de éste al agregar dicho numeral en forma ociosa: "*sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo*", lo que es una muestra más de absurdos, pues de acuerdo con la actual redacción, se arroja la carga de la prueba en contra del indiciado para que éste compruebe ante el fiscal federal la falta de los multireferidos elementos, pero aún haciéndolo resultará irrelevante, pues queda claro que a pesar de comprobar la



inexistencia del ilícito por falta de dichos elementos subjetivos específicos, el fiscal podrá consignar y el juez deberá analizarlos después de dictar la formal prisión o el auto de sujeción a proceso o sea, al momento de dictar sentencia.

Además de lo anterior, la redacción aludida invoca la presunción de culpabilidad –oriundo de Estados totalitarios- supuestamente superada desde 1984 en nuestro medio, al haberse eliminado la presunción de intencionalidad prevista en el derogado artículo noveno del Código Penal de 1931.

Profundizando en el estudio de la reforma, debe señalarse que ésta acusa tal ligereza, que llega al extremo de contravenir al propio Código Federal de Procedimientos Penales y avecina serios problemas de hermenéutica jurídica y aplicación práctica. En efecto, otro complejo problema se revierte en contra de la propia legislación federal, al considerar que, tal y como se ha insistido, el multireferido segundo párrafo del numeral 134 hace de lado los elementos subjetivos del tipo para poder ejercitar acción penal, sin embargo, la primera y quinta fracción del artículo 137 y el primer párrafo del 138 del mismo ordenamiento adjetivo federal establecen exactamente lo contrario, es decir, que ya sea en la averiguación previa o durante el proceso, el Ministerio Público *no ejercitará acción penal o promoverá el sobreseimiento* cuando "la conducta o los hechos no sean constitutivos de delito, *conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal*", abarcando evidentemente todos los elementos descriptivos y por supuesto, los elementos subjetivos específicos, que indiscutiblemente forman parte de la descripción cuando el tipo los contempla.

En este contexto, el Agente del Ministerio Público Federal que conozca de hechos atípicos por falta de elementos subjetivos específicos, deberá de resolver la disyuntiva que ahora presenta la ley federal: por una parte, consignar sin reparar en los citados elementos subjetivos acarreando los negativos resultados anteriormente expuestos, o abstenerse de ejercitar acción penal por la ausencia de elementos típicos subjetivos contenidos en la ley, pues en una u otra hipótesis contará con el fundamento legal para ello. Lo ante-

riormente señalado, pone de manifiesto la profunda negligencia del legislador y deja al capricho del fiscal federal la determinación de consignar o negarse a hacerlo y facilita que ésta se pueda mover con base en intereses mezquinos o corruptelas.

Otra contradicción que pasó desapercibida para el legislador se observa con lo establecido por el artículo 17 del Código Penal Federal, que establece: "Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, *en cualquier estado del procedimiento*".

Al señalar el texto la validez de "las causas de exclusión del delito" en "cualquier estado del procedimiento", es obvio que se refiere a todas las que contempla el artículo 15 del Código Penal Federal, incluyendo desde luego la fracción segunda de dicho numeral que la ley procesal desestima hasta después de la formal prisión. Esta paradoja resulta aún más evidente si consideramos que el numeral en estudio admite –incluso de oficio– la procedencia de las excluyentes desde la averiguación previa, ya que es de explorado derecho que el término "procedimiento" que refiere el artículo 17 del Código sustantivo abarca dicha fase indagatoria. De todo lo anterior salta a la vista una interrogante que deberá de resolver como autoridad en averiguación previa el fiscal o el juez después de la consignación: ¿Cuál es la norma que debe prevalecer ante un evento en el que no estén acreditados los elementos subjetivos del tipo?

El Magistrado Jorge Ojeda Velásquez nos enseña que también en el tratamiento del error, la reforma es incongruente con la legislación sustantiva.

*"A diferencia de lo que sucede en el ámbito del sistema casualista, en donde todo el problema del error es tratado en el ámbito de la culpabilidad, para el sistema finalista el error es un problema que se le trata en dos niveles de la estructura del delito: el nivel del tipo (error de tipo), y en el de la culpabilidad (error de prohibición). Es éste, sin duda el tratamiento que se le da al error, tal como se encuentra regulado en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, hoy en día. Lo cual es una incongruencia,*

*puesto que si con las reformas de marzo y mayo de 1999 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al Código Federal de Procedimientos Penales, volvimos al sistema casualista normativista; es evidente que hay que reformar también este artículo del Código Penal Federal para quitarle los últimos vestigios del finalismo, a fin de que estén en sintonía las tres legislaciones".*

Sobran los comentarios ante tan extrema contradicción.

Lo único cierto es que la ley reformada es disfuncional y exageradamente represiva, e inexorablemente nos conduce a un peligroso laberinto, propio de un sistema autoritario, cuya salida parece cada vez más distante. Actualmente la única fórmula que el Estado utiliza para abatir la criminalidad se fundamenta en el obtuso criterio de endurecer irracionalmente el derecho penal, por encima del principio de intervención mínima y de los derechos humanos o garantías en materia penal, en vez de pugnar por una política criminal respetuosa de los derechos del gobernado, que sirva como un eficiente equilibrio entre el interés público de sancionar al responsable de un delito y el respeto a las garantías del procesado, cuyo trasfondo es evitar la condena del inocente, que es el punto crítico en torno al cual se agita toda esta polémica.

En síntesis, el artículo 134 con relación al 168, ahora incluye un problema de valoración de probanzas bajo una embrollada redacción, graves disfunciones metodológicas, disminución de garantías de seguridad jurídica, diversas contradicciones con otras normas del propio texto procesal y con la ley sustantiva, una exagerada postura represiva que autoriza la captura y procesamiento de gobernados aunque sea evidente que no hayan cometido ningún ilícito por falta de elementos subjetivos del tipo, y mantiene en gran medida los mismos elementos criticados en la exposición de motivos que sirvieron de base para justificar la reforma, pero bajo una desordenada ubicación sistemática y compleja redacción.

En la *praxis* los resultados son negativos, pues no existen criterios uniformes sobre el alcance de la reforma y la determinación del

fiscal federal o del juzgador puede variar radicalmente, e incluso, encontramos resoluciones que de manera simulada continúan aplicando la legislación derogada o solamente modifican el término "elementos del tipo" por "cuerpo del delito" de acuerdo a la nueva terminología, pero han mantenido el *corpus delicti* con el contenido de aquéllos; lo que también acontece en el fuero común.

Si a todo lo anterior, agregamos la avalancha de reformas y contra-reformas, ya podemos imaginar la perplejidad existente en el foro y el alto grado de inseguridad jurídica que padecemos los habitantes de México.

Por otra parte Carranca y Trujillo, Carranca y Rivas, sobre el tema nos comentan, "la existencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica" puede ser, a mi juicio, absoluta o relativa. Inexistencia relativa es, por ejemplo, una mala descripción. ¿Es esto suficiente para que el cuerpo del delito se diluya en su objetividad, desde mi óptica de análisis, la inconsistencia de una reforma generadora de posibles confusiones e incluso alteraciones de la *ratio legis*, o sea, de la esencia de la ley como condenadora de una norma de cultura a la que la propia ley juridiza mediante la descripción típica?

En la averiguación practicada por el Ministerio Público para resolver si es de ejercitarse o no la acción penal que exclusivamente le compete, conforme al Art. 21 constitucional en la parte que dice: "La persecución judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel".

En este período investigador del proceso latamente entendido, el Ministerio Público actúa como autoridad y no como parte. El Departamento de Investigaciones de la Procuraduría General de la República y la Dirección General de Investigaciones de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el fuero federal y el común, respectivamente, tienen por función practicar las averiguaciones previas a la consignación ante las autoridades judiciales, resultantes de las acusaciones, denuncias o querellas que reciben; pudiendo acordar la consignación con solicitud del orden de

aprehensión o el archivo de las diligencias practicadas. Para lo primero es indispensable, además de la acusación, denuncia o quejella, conforme al Art.16 Const., que se trate de un "hecho determinado que la ley castigue con pena corporal" y que aquellas estén apoyadas "por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que se haga probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción en los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a su cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata". Para lo segundo es indispensable que, sin que queden diligencias por practicar, no se hayan llenado los requisitos anteriores. Es el caso de la aplicación de alguna excluyente, si está plenamente comprobada."

Francisco González de la Vega nos indica: En mi concepto, tres son los momentos procesales en que se puede, de oficio, declarar la existencia de una excluyente, a saber: a) al resolverse la solicitud de orden de aprehensión, pues su improcedencia es clara cuando obra eximiente; b) al vencerse el término constitucional de la detención preventiva, pues la formal prisión es inoperante en estos casos; y, c) en la sentencia definitiva."

También nuestro máximo órgano judicial en el país sostiene en las siguientes tesis jurisprudenciales:

*ACCIÓN PENAL, PROCEDENCIA DE LA. El ejercicio de la acción penal, como facultad exclusiva del Ministerio Público, se apoya en supuestos definidos como la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, por lo que si en esa fase indagatoria falta alguno de los elementos en mención, es obvio que no la ejerza el representante social o también porque aparecieran algunas de las consecuencias, tales como la ausencia de conducta o hecho delictuoso; por falta de intervención delictuosa por parte de una persona determinada a quien se ha tenido como indiciado; imposibilidad de recabar pruebas, por obstáculo material insuperable; extinción de la responsabilidad penal; o, existencia de una circunstancia excluyente de responsabilidad penal; por consiguiente, al existir alguna de estas*

consecuencias, es obvio que el Ministerio Público está imposibilitado para ejercer la acción penal, siendo evidente que el juicio de amparo no puede analizar tales cuestiones ni obligar al Ministerio Público a que ejerza la acción penal, porque ello contravendría el contenido del artículo 21 de la Constitución General de la República.

Amparo Directo 751/87. Javier Gómez Rojo. 25 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: Maria Cristina Jiménez Hidalgo.

Precedente: Amparo en Revisión 333/87. Antonio Rodríguez de Diez. 24 de noviembre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: Maria Cristina Jiménez Hidalgo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL PRIMER CIRCUITO OCTAVA Época. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. TOMO I ENERO-JUNIO 1988. SEGUNDA PARTE- I. PAG. 40. EN EL INFORME 1988. TERCERA PARTE. SECCIÓN SEGUNDA. PAG. 13. PRECEDENTE 2

"PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. El principio pro homine que implica la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia 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 su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Pri-

*mer Circuito. Amparo directo 202/2004. Javier Jiménez Sánchez. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Febrero de 2005, Página: 1744, Tesis: I.4º.A.464 A*

## OPINIÓN PARTICULAR

Partiendo de que el Agente del Ministerio Público de la Federación tiene el carácter de autoridad en la averiguación previa, consecuentemente detenta poder para aplicar el derecho y desde luego decretar la libertad en ese periodo del indiciado cuando falte un elemento estructural del delito, y no debe pasar desapercibido que la averiguación previa tiene las características de un proceso e incluso en esa etapa ya existen criterios judiciales en el sentido de que se deben celebrar diligencias de careos y la actuación de esa manera significa no esperar que el juez decida sobre la libertad del encausado y con ello se llevaría a la practica lo establecido en el artículo 17 constitucional, caso contrario la función del Ministerio Público continuará siendo como en antaño de realizar tan sólo funciones propias de policía, donde únicamente se hacían investigaciones exponiendo los hechos a la autoridad jurisdiccional para que ésta aplicara el derecho ordenando la libertad del detenido, vulnerándose la garantía constitucional de seguridad jurídica al no estudiar el cuerpo del delito o, lo más grave, no tomar en cuenta su no acreditación.

## BIBLIOGRAFÍA

Marco Antonio Díaz de León.- *Código Federal de Procedimientos Penales* (Comentado).  
Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas. *Código Penal* (Anotado)  
Francisco González de la Vega.- *El Código Penal* (Comentado)  
Código Penal Federal  
Código Federal de Procedimientos Penales  
Gerardo Armando Urosa Ramírez.- *El Cuerpo del Delito y la Responsabilidad Penal*.

## La figura del "presentado" en la legislación penal vigente

*Miguel Lugo Salas*  
Defensor Público Federal

Después de la vida, la libertad es el atributo más sagrado del hombre. Es de naturaleza humana no renunciar a ella, sino buscarla con afán y procurar con tesón su conquista. Esa libertad tiene que ser materia del derecho, estar sometida a sus restricciones legales, tener unos límites en el campo de las relaciones humanas, para que su ejercicio no degenera en anarquía y desorden. Su reconocimiento y regulación debe empezar desde la propia Carta Magna, para que el legislador del mañana, al desarrollar esos principios constitucionales en los Códigos sobre distintas materias, sepa que tiene que ceñirse a ellos con entera fidelidad y acatamiento. La libertad del hombre, como atributo esencial de su naturaleza se reconoce en sus principales manifestaciones por nuestra Constitución. Pero el simple reconocimiento de la potestad literaria natural, es decir, su elevación a la categoría de derecho público subjetivo, del que es titular todo gobernado, y la obligación correlativa necesariamente existente a cargo de las autoridades del Estado, serían meras declaraciones constitucionales teóricas o ideales sin la implantación en la propia Ley Suprema, de las condiciones llamadas "Garantías de Seguridad Jurídica". Estas, encauzan coercitivamente la libertad personal, previniendo los casos en que dicha afectación es procedente. Por ello, dentro del régimen de derecho establecido por la Constitución, el gobernado no sólo goza de su libertad natural erigida en derecho



sustantivo oponible al poder público, sino que en un ámbito que le asegura que ese derecho no le puede ser arrebatado ni restringido sino en las situaciones y mediante las exigencias previstas en los mandamientos constitucionales. Aludiendo específicamente a la libertad física del hombre, denominada comúnmente LIBERTAD PERSONAL O AMBULATORIA y que se traduce en la situación negativa de no estar impedido heteroneamente para movilizarse o desplazarse según sus deseos, o sea, de no estar en cautiverio. Nuestra Constitución le asegura a través de diferentes disposiciones que consignan distintas garantías de seguridad jurídica, para evitar, tanto su afectación arbitraria por parte de los órganos del Estado, como su prolongada o indefinida restricción. De ahí que la Ley Fundamental del país señale los casos en que la libertad personal puede afectarse, las autoridades que únicamente pueden realizar los actos de afectación y los plazos en que el sujeto puede permanecer detenido o aprehendido en las diversas etapas en que se desarrolla el procedimiento originado por la causa o motivo que provoca la detención o aprehensión.

Una de las medidas cautelares de naturaleza personal más socorridas, típicas o representativas del proceso penal, es aquella que ASEGURA LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL O FÍSICA DEL SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL, presumido como sujeto activo del delito. Esta medida, tan peculiar del proceso penal y casi desconocida en otro tipo de procesos, lleva a la aplicación de medidas restrictivas a la libertad física de una persona y este tipo de medidas cautelares tiende a asegurar los siguientes bienes:

a) LA EJECUCION DE LA EVENTUAL CONDENA, impidiendo que huya o se fugue. Se asegura así la ejecución de la pena privativa de la libertad o incluso de la vida.

b) LA PRESENCIA O DISPONIBILIDAD DEL SUJETO PASIVO del proceso penal, a los actos procesales.

c) EL IMPEDIR QUE DESTRUYA LAS FUENTES DE PRUEBA. Es decir, que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia.

d) EL PROTEGERLO contra la venganza privada.

e) PROTEGER A LOS TESTIGOS, EL PROTEGER AL CRIMINAL DE SUS COMPLICES Y EL EVITAR QUE CONCLUYA EL DELITO.

En el fondo, la restricción provisional de la libertad física también implica una sanción anticipada. Es esto precisamente lo que ha llevado a los hombres a criticarla: ¿Cómo es posible que sin existir sentencia de condena, una persona ya se encuentra privada de su libertad? Sin embargo, dichas restricciones de la libertad se explican por razones de carácter práctico, mas no que se justifiquen.

Con el objeto de precisar el lenguaje técnico-jurídico, es conveniente hacer la diferencia de los siguientes términos, que normalmente se prestan a confusión:

### **APREHENSIÓN O CAPTURA**

Significa el acto material de apoderarse de una persona, privándola de su libertad. Es el acto mismo de la captura del reo.

### **DETENCIÓN**

Es el estado de privación de libertad que sufre una persona por mandato de un juez, es decir, cuando ha sido depositado en una cárcel o prisión pública y es inmediatamente siguiente a la aprehensión del reo.

### **ORDEN DE DETENCIÓN POR CAUSA DE URGENCIA**

Es la orden de privación de libertad por escrito dictado por la autoridad ministerial cuando no puede ocurrir a la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

### **RETENCIÓN**

Es el auto privatorio de libertad que dicta la autoridad ministerial cuando satisfechos los requisitos de procedibilidad, si el delito mereciere pena privativa de libertad y haya flagrancia en la detención, en términos del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

## **ORDEN DE LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN**

Es la determinación ministerial que se dicta para hacer comparecer a una persona que previamente citada, no hizo acto de presencia para rendir declaración ministerial en la integración de las averiguaciones previas o no es localizada y es cumplimentada por la Agencia Federal de Investigaciones y la presencia del quejoso ante dicha autoridad es para el único efecto de que comparezca a declarar sobre los hechos que conozca, en relación con el acto delictivo que se investiga.

## **ORDEN DE APREHENSIÓN**

Es la que libra la autoridad judicial a pedimento del Ministerio Público Federal al ejercitar la acción penal cuando están reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional párrafo segundo.

## **ORDEN DE REAPREHENSIÓN**

Es la que libra la autoridad judicial que ordena la privación de la libertad de una persona cuando: se evade de la cárcel; cuando gozando de la libertad bajo protesta se ausenta de la población sin el permiso del Juzgado; cuando deja de cumplir con las obligaciones inherentes al disfrute de la libertad bajo fianza; cuando gozando de la garantía mencionada no se presenta a cumplir la sanción.

## **PRISIÓN PREVENTIVA**

Es el estado de privación de libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal, pero que no ha sido sentenciada en forma definitiva pero se encuentra sujeta a proceso.

## **PRISIÓN**

Es el estado de privación de una persona sufrida en cumplimiento de una pena corporal derivada de una sentencia que ha causado estado y ha quedado firme.

## **ARRESTO**

Es la privación de la libertad de una persona como consecuencia de

una resolución de autoridad administrativa o jurisdiccional ya sea por cometer una falta (Corrección disciplinaria) o desacato a un juez (Medios de apremio).

## **ARRAIGO**

Es el estado de privación de la libertad personal dictada en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia.

## **CATEO**

Es el registro o inspección de sitios o lugares con el fin de descubrir ciertos objetos para evidenciar determinadas circunstancias, de aprehender a algún sujeto o de tomar la posesión de un bien.

En términos del artículo 16 Constitucional y 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, los casos en que se permite la medida restrictiva de la libertad personal, se dice que son de dos tipos: los de DETENCIÓN y los de PRISIÓN PREVENTIVA, a los que ya hemos aludido y estudiaremos el primer tipo, dicha detención del gobernado sólo puede hacerse en los siguientes casos: POR ORDEN DE APREHENSIÓN, POR ORDEN DE DETENCIÓN POR URGENCIA Y FLAGRANCIA. Analizaremos cada uno de ellos.

## **LA ORDEN DE APREHENSIÓN**

Es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican. Consiste en asir a una persona aun contra su voluntad y llevarla ante el tribunal que la reclama. Dentro de los supuestos o prerequisites de la orden de aprehensión, tenemos:

- 1.- Que se encuentren satisfechos los requisitos de procedibilidad, tales como la denuncia o querrela.
- 2.- Que se haya promovido previamente la acción penal, esto

es, que el sujeto activo del proceso, previamente haya ejercitado la acción penal.

3.- Que exista petición del Ministerio Público.

4.- Que exista radicación del negocio procesal ante el Tribunal.

5.- Que se declaren acreditados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado.

La garantía de seguridad jurídica contenida en el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional consiste en que la autoridad judicial nunca debe proceder de oficio al dictar una orden de aprehensión, sino que debe existir previamente una denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del inculgado. Esta garantía exige que dicha denuncia o querrela tengan como contenido un hecho intrínsecamente delictivo, aunque la denominación técnica que el ofendido le atribuya no corresponda a su propia naturaleza. Tal hecho que deber ser reputado como delito por la ley, debe, además estar sancionado cuando menos con pena privativa de libertad en los términos que establezcan las normas penales generales o especiales de que se trate. Por consiguiente, la autoridad judicial está impedida para dictar una orden de aprehensión cuando tenga como antecedente una denuncia o querrela cuyo contenido sea un hecho delictivo que no sea punible cuando menos con pena privativa de libertad.

Esta garantía hay que relacionarla íntimamente con la disposición contenida en el artículo 21 Constitucional que establece que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Agencia Federal de Investigaciones, en el sentido de que el Juez está impedido por la Ley Suprema para dar curso a una denuncia o querrela de una persona, si no se ejercita previamente la acción penal correspondiente, cuyo titular es la institución primeramente mencionada. Esta circunstancia constituye otra garantía de seguridad jurídica que condiciona las aprehensiones como actos preventivos.

## ORDEN DE DETENCIÓN POR URGENCIA

En términos de los artículos 16 Constitucional párrafo quinto y 193 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se contempla la DETENCIÓN POR URGENCIA, teniendo los siguientes requisitos:

1.- La ordena el Ministerio Público por escrito, bajo su responsabilidad en casos urgentes, fundando y motivando los indicios que se acrediten:

2.- Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente:

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

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

## CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO

1.- Se le considera penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención, en términos del artículo 225, fracción X, del Código Penal Federal comprendido dentro del Título Décimo Primero (Delitos Cometidos Contra la Administración de Justicia), Capítulo I (Delitos Cometidos por los Servidores Públicos) y que se impone una pena de prisión de cuatro a diez años y de mil a dos mil días multa y la destitución e inhabilitación de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

2.- Que el sujeto activo del delito será puesto en inmediata libertad.

## FLAGRANCIA

La captura de una persona en estado de flagrancia, para los fines del proceso penal, es una medida coercitiva de la libertad individual autorizada por nuestra Constitución Política y desarrollada por el Código Federal de Procedimientos Penales. Lo ha considerado el legislador de tanta trascendencia para la conservación del orden

jurídico quebrantado por el hecho punible, así como para prevenir una eventual impunidad, que para la captura en dichas circunstancias faculta a hacerlo a cualquier persona.

Dispone el artículo 16 constitucional en su párrafo cuarto: "En los casos de delito flagrante cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público". De cierta manera, esa autorización constitucional y legal otorgada a todo individuo (que no esté revestido de autoridad) para aprehender a quien sorprenda en el momento mismo de estar cometiendo un hecho punible, está inspirada en un anhelo de seguridad social por parte del legislador, quien posee esta facultad busca que los ciudadanos colaboren en la defensa de los supremos intereses de la administración de justicia y para el eventual captor constituye un deber moral, que no debiera tener mas límites que el natural y humano temor del riesgo implícito en su cumplimiento.

#### CONCEPTO ETIMOLÓGICO:

Proviene del latín "*flagrantia*, *flagrantiae*, *flagrare*" (arder, brillar, está flameando, incandescente o resplandecer como fuego o llama). En un sentido metafórico al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa delito resplandeciente o actualidad del delito. La idea o concepto de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa.

Equivale a delito flameante o resplandeciente para dar idea de un hecho vivo y palpable cuya realidad se impone claramente, y subsiste ante los ojos del observador. Significa la llama, que denota con certeza la combustión, cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde.

#### CONCEPTO DOCTRINAL:

Francisco Carnelutti manifiesta: "flagrancia es el delito, en general, mientras se ve o sea para el que lo ve cometer". Esto quiere decir, que la flagrancia no es un modo de ser del delito en si, ni del delito

respecto a una persona; y por eso una cualidad absolutamente relativa; el delito puede ser flagrante respecto a Ticio y no flagrante a Cayo, la flagrancia del delito coincide con la posibilidad de una persona de comprobarlo mediante la prueba directa. La clarificadora anterior creemos que corresponde a lo que sobre la materia tiene previsto nuestra Carta Magna, al otorgar a los simples particulares la facultad de capturar al que sea descubierto en estado de flagrancia. La flagrancia tiene ocurrencia cuando el agente es sorprendido en el acto de cometer el delito. El concepto de flagrancia, es entonces dado por una idea de relación entre el hecho y el delincuente; es necesario, en otras palabras, la presencia del delincuente. Dicha condición existe en los delitos continuados, cuando el agente sorprendido en el acto de cometer el último delito ligado con los precedentes mediante el nexo de la continuidad; y en los delitos permanentes, cuando el autor es sorprendido durante la permanencia del delito mismo. En este último caso para que exista la flagrancia no es suficiente que se trate de delitos permanentes, si el delincuente no es sorprendido en el acto de mantener, activa o pasivamente el estado de permanencia, como se verá, la noción de flagrancia tiene un significado mas amplio, pues ha sido necesario por razones que pudiéramos llamar de política criminal sacarla del restrictivo campo referido al "momento de cometer un hecho punible", como sería un "antes" o un "después" del mismo, de esta manera, la noción de flagrancia alcanza una extensión más amplia, debiendo el interprete de la norma atenerse a lo que al respecto se diga en ella.

Si lo anterior no pudiera ser así, los riesgos de impunidad serían muchísimos, ya que una vez emprendida la fuga, el delincuente no podría ser arrestado no obstante la evidencia de haber sido el autor del delito cometido momentos antes. Por eso, con respecto a los delitos instantáneos conviene puntualizar que el estado de flagrancia que a ellos se refiere no debe de entenderse restrictivamente al momento concomitante de la acción delictuosa, sino a instantes posteriores a la misma, inclusive, colocándonos en un antes, tendríamos el caso del individuo encontrado en actitud inequívoca de cometer



cierto delito, pero sin que aún se han empezado a cristalizar los actos ejecutivos del mismo, como por ejemplo, cuando peligrosamente armado el inculpaado se coloca desafiante frente a una habitación o en un lugar estratégico del camino en posición de acecho, en espera de salida o del paso de su víctima. Si en tal eventualidad no se le pudiera capturar, tendríamos el absurdo de que su aprehensión estaría condicionada al momento en que el presunto victimario haya iniciado los actos ejecutivos o consumativos de su proceder delictuoso, entonces se afirma que procede la aprehensión sin orden contra quien intenta un delito, en el momento de disponerse a cometerlo. La Ley no se pone en el caso de la tentativa sino en un momento anterior a ella. Se trata de quien está dispuesto a iniciar la ejecución de un hecho penalmente incriminado, aunque todavía no existe principio de ejecución. Sin embargo el artículo 12 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitirlo u omitiendo los que deberían evitar, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad de la gente y si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Como se dijo, en los casos de delito flagrante cualquier persona puede aprehender al delincuente, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta con prontitud al Ministerio Público. Esto es, como ya se dijo, no sólo el Tribunal podrá aplicar la medida cautelar, sino que también un particular la puede ejecutar. La medida cautelar no es la flagrancia o actualidad del delito, sino la detención preventiva. La flagrancia, en el mejor de los casos, es uno de los requisitos que aunado a la potencial pena privativa de libertad, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal y la flagrancia delictiva está fuera del proceso aunque puede darse en el desarrollo mismo del proceso.

## ALCANCES LEGALES DE LA FLAGRANCIA FLAGRANCIA ESTRICTA O ESPECÍFICA

"Existe flagrancia estricta cuando el sujeto es SORPRENDIDO EN EL MOMENTO MISMO DE ESTAR EJECUTANDO O CONSUMANDO LA CONDUCTA DELICTIVA". En nuestro Código Federal de Procedimientos Penales, se incluyen, dentro de la noción explícita de flagrancia, situaciones y comportamientos posteriores a la consumación del delito, atribuibles a su autor, es decir, son conceptos extensivos de la flagrancia, a saber:

### CUASIFLAGRANCIA

Bajo la cuasiflagrancia, una persona puede ser detenida aún después de que ejecutó o consumó la conducta, pero siempre y cuando no se le haya perdido de vista y aun haya sido perseguida desde la realización del hecho delictuoso. Ocurre cuando el autor del hecho punible haya logrado ausentarse del lugar de la infracción y si los agentes de la autoridad lo persiguieren, podrá ser aprehendido. No se trata, como se dijo, de la flagrancia en estricto sentido sino de una extensión de ella en la cual, por las apremiantes situaciones que se presentan resultan urgente y necesaria el procedimiento persecutorio y de aprehensión, si no fuera por esa facultad ilimitada de proceder así, no sólo se permitiría indebidamente la fuga del presunto delincuente sino que se facilitaría la oportunidad de hacer desaparecer los rastros o huellas que en el hubiera dejado la infracción, lo mismo que ocultar los objetos o instrumentos con que se cometió el delito, o el producto de éste y que dicha aprehensión debe ocurrir inmediatamente después de la ejecución.

### FLAGRANCIA POR EQUIPARACIÓN O EQUIPARADA, PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA O FLAGRANCIA PRESUNTA

En la presunción de flagrancia, el individuo ni ha sido aprehendido al ejecutar o consumir el delito y tampoco ha sido perseguido luego de cometido, ocurre cuando en el momento de haberlo cometido

alguien lo señala como responsable del mismo delito y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huella o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del mismo. Aquí, sólo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor, al encontrarse en su poder el instrumento, producto u objeto del delito (cosa robada, arma ensangrentada, etc.).

### **ANÁLISIS DE LA ORDEN DE LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN. LA FIGURA DEL "PRESENTADO" EN LA LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE**

Al efectuar la definición de lo que es una orden de localización y presentación, claramente la definimos como la determinación ministerial que se dicta para hacer comparecer a una persona, que previamente citada, no hizo acto de presencia para rendir declaración ministerial en la integración de las Averiguaciones Previas o no fue localizada y es cumplimentada por la Policía Federal Investigadora adscrita a la Agencia Federal de Investigaciones y la presencia del quejoso ante dicha autoridad es para el único efecto de que comparezca a declarar sobre los hechos que conozca, en relación con el acto delictivo que se investiga.

En efecto, en términos del artículo 73 del Código Federal de Procedimientos Penales, con excepción de los altos funcionarios de la Federación, toda persona está obligada a presentarse ante los Tribunales o ante el Ministerio Público cuando sea citada. La propia ley establece en el Capítulo IX, Título Primero, del referido Código Adjetivo de la materia, la forma en que se harán las citaciones respectivas y las formalidades que en las mismas se deben cumplir.

Por su parte, el artículo 44 del propio cuerpo de leyes, establece cuáles son los medios de apremio que el Ministerio Público en la averiguación previa, podrá emplear para hacer cumplir sus determinaciones.

En tal tesitura, para el dictado de la orden de localización y presentación, como medio de apremio que dicta el Ministerio Pú-

blico Federal para hacer cumplir sus determinaciones, es requisito sine qua non, que la persona cuya localización y presentación se ordena, haya sido previamente citada, y sólo para el caso, de que, no obstante esa citación, no comparece o no se le localiza, entonces, se estará en aptitud de decretar dicha orden de localización y presentación, cuyo objeto de acuerdo a la jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no es restringir la libertad del inculpado sino precisamente lograr su comparecencia para que declare si así lo estima conveniente, misma orden de localización y presentación que se encomienda su cumplimentación a la Policía Federal Investigadora, en términos de los artículos 3, párrafo segundo, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales en íntima relación con el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ahora bien, en la práctica, el Ministerio Público Federal, en forma por demás errónea, ilegal y violatoria de garantías, equipara la orden de localización y presentación como medio de apremio para hacer cumplir sus determinaciones, con la figura del "presentado", ya que en cuántas y múltiples ocasiones no hemos sido testigos que en los partes informativos respectivos se asienta que se pone a disposición a determinado gobernado "en calidad de presentado", figura jurídica inexistente en el derecho penal mexicano, donde después de ser "presentado", se le toma su declaración ministerial y se ordena que se retire apenas termine de declarar, porque argumentan que, no está en calidad de detenido, sino de "presentado" y peor aún, cuando no obstante, no estar detenido sino "presentado", no es liberado inmediatamente a la rendición de su declaración ministerial, sino que es retenido inclusive por 48 horas, en flagrante violación de sus garantías individuales.

En tal virtud, esa "presentación" que obviamente, ni es voluntaria ni existe consentimiento del "presentado" para ser llevado a las oficinas ministeriales, en realidad se trata de una detención ilegal, ya que el acto de molestia privativo de libertad que pueda sufrir un gobernado, únicamente lo podría ser en cumplimiento de una

orden judicial (orden de aprehensión, de reaprehensión, etc. ) o la detención en delito flagrante, como se estudió líneas arriba y en ese orden de ideas, al ser un acto privativo de libertad, procede en contra de esa detención ilegal y arbitraria el Juicio de Amparo Indirecto.

En los casos prácticos que se presentaron, cuando estuve adscrito en la Delegación Estatal de Procuraduría General de la República, en cumplimiento de mis funciones, con relación a esos "presentados", en atención a que era evidente la violación al artículo 16 Constitucional al tratarse de una detención ilegal, se hacía necesario e indispensable, promover el Amparo Indirecto respectivo en primer lugar; cuidar que no se encontraran en las celdas (porque en otras adscripciones tengo conocimiento de que los ponían en las celdas del área de seguridad de la Agencia Federal de Investigaciones con la clara y evidente violación a las garantías individuales), sino en todo caso, en las oficinas del Ministerio Público Federal; interrogarlos previamente para saber si habían acudido por su "propia voluntad" o habían sido presionados o intimidados para acudir, lo cual hasta cierto punto era absurdo, pues como se dijo líneas arriba, desde el momento en que eran llevados a la Procuraduría General de la República en calidad de "presentados" era incuestionable que esa presentación era una detención ilegal, sin embargo, se les interrogaba al respecto, no obstante, tener conocimiento de esa detención ilegal, para escuchar de viva voz la versión del reo y en todos los casos, respondían, aleccionados por sus captores desde su detención, que les dijeron que solamente se les invita a presentarse a las oficinas ministeriales para aclarar algunas cosas y que inmediatamente los liberarían; una vez, que se llevaba a cabo la diligencia de declaración ministerial, solicitaba la inmediata libertad del defendido, por las consideraciones anteriormente descritas y si no se accedía, porque pretextaban que era necesario que rindiera declaración ministerial ( sin que el suscrito pudiera evitar asistir a dicho inculpado en el acto de su declaración, so pena de incurrir en responsabilidad por cuanto se me solicitaba formalmente el servicio de defensa pública por parte del Ministerio Público Federal) inmedia-

tamente que declarara, en uso de la voz, se reiteraba al fiscal que se ordenara que el reo se retirara de las oficinas ministeriales y se cuidaba igualmente de constatar personalmente que el reo abandonaba efectivamente las oficinas ministeriales, ya que tengo conocimiento que en otras Delegaciones, los sujetos, no obstante estar en calidad de presentados y de ordenarse su retiro de las oficinas, eran retenidos, en las celdas por 48 horas o más tiempo, sin el respectivo auto de retención o detención que justificara esa privación de la libertad y el Defensor Público Federal tenía que promover el Amparo respectivo.

Los amparos promovidos por el suscrito, eran sobreesidos, porque cuando rendía su informe previo y justificado la autoridad responsable, la misma (Ministerio Público) ya había liberado al reo con mucha anterioridad, porque la presentación del reo y su respectiva declaración era muy rápido, es decir, no tardaba más que lo que duraba la presentación y la inmediata respectiva declaración ministerial.

En la adscripción, donde actualmente ejerzo mis funciones, dicha circunstancia se hace valer en los agravios respectivos, para combatir de nulo valor probatorio las declaraciones de testigos que efectúan imputaciones en contra de mis defendidos y que fueron llevados en calidad de presentados al Ministerio Público Federal, agravios que en síntesis se transcriben a continuación, para una mejor comprensión del tema: "...En efecto, es importante destacar que las codetenidas que aparentemente le hacen imputaciones a mi defendido, es decir, las CC. XXX y ZZZ, fueron detenidas juntamente con mi patrocinado y fueron puestas a disposición de la autoridad ministerial en calidad de detenidas y coacusadas, tomándoseles sus respectivas declaraciones ministeriales con fecha..., sin perjuicio de que el Ministerio Público aduzca en el acta de cateo respectiva que las referidas testigos las tenían que acompañar hasta sus oficinas "... en calidad de presentadas..." para que rindieran su declaración ministerial con relación a los hechos, porque la figura de PRESENTADOS no existe en nuestra legislación

penal vigente, sino que en todo caso esa presentación se traduce en una detención ilegal; es decir, el acto de molestia privativo de libertad que pueda sufrir un gobernado, únicamente lo podría ser en cumplimiento de una orden judicial (orden de aprehensión, de reaprehensión, etc. ) o la detención en delito flagrante, como ocurre en el caso concreto, al haber sido detenidas las referidas testigos en el domicilio cateado y al haber sido sorprendidas en flagrante delito de posesión de narcóticos. Ahora bien, del contenido de dichas declaraciones ministeriales, se desprende que dichas codetenidas, coinceptadas y coacusadas fueron declaradas en sus calidades de testigos, tomándoseles la protesta de conducirse con verdad, ya que se les hizo saber las penas en que incurren los falsos declarantes. Sin embargo, tales declaraciones ministeriales carecen de validez probatoria como se demostrará a continuación: En el caso concreto, se integró la respectiva averiguación previa, advirtiéndose de autos que en términos del acta circunstanciada de cateo, se aprecia que el inculcado así como las testigos de cargo fueron detenidas juntamente y llevados por la Representación Social, hasta sus oficinas y posteriormente, ésta acordó la retención ministerial de mi defendido y LA CUSTODIA de las anteriores testigos, siendo incuestionable que si no estaban en calidad de detenidas, sino de "presentadas", como aseguró el Fiscal, no tenía por qué haber ordenado custodia alguna; en tal tesitura, tenemos entonces que las referidas personas, declararon como TESTIGOS DE CARGO por las "imputaciones" que formularon en contra de mi patrocinado en sus respectivas declaraciones ministeriales, ES DECIR, NO COMPARECIERON POR INICIATIVA PROPIA Y EN AUTOS NO EXISTE CONSTANCIA ALGUNA QUE ACREDITE QUE FUERON LIBERADAS PREVIAMENTE A SUS DECLARACIONES y sí por el contrario consta en autos que se ordenó su custodia por parte de elementos de la Agencia Federal de Investigación (fojas 69 y 78) y fueron liberadas posteriormente a la rendición de dichas declaraciones, cuando se decretó su libertad por acuerdo de fecha 20-10-2005 y se giró el oficio de libertad respectivo a la referida

Agencia Federal de Investigaciones (fojas 95 y 96) y ante tales circunstancias, es inconcuso que no se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, en consecuencia lógica jurídica, las citadas testigos al tener el carácter de CODETENIDAS, COACUSADAS Y COINCULPADAS de mi patrocinado, ES INCUESTIONABLE E INDUDABLE QUE TENÍAN DERECHO A SER ASISTIDAS POR UN DEFENSOR AL EMITIR SUS DECLARACIONES ANTE EL FISCAL, YA SEA POR ABOGADO O POR PERSONA DE SU CONFIANZA Y, EN CASO DE NEGARSE A DESIGNARLOS, LA PROPIA AUTORIDAD INVESTIGADORA DEBIÓ NOMBRARLES UN DEFENSOR DE OFICIO, LO QUE NO ACONTECE EN EL CASO QUE NOS OCUPA, PUES A LAS REFERIDAS TESTIGOS, codetenidas de mi patrocinado, NO SE LES HIZO SABER EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y MUCHO MENOS SE LES DESIGNÓ DEFENSOR QUE LAS ASISTIERA EN SUS DECLARACIONES MINISTERIALES, POR LO QUE TALES DEPOSADOS MINISTERIALES CARECEN DE VALIDEZ PROBATORIA y no pueden surtir efecto legal alguno en contra de mi patrocinado; de tal suerte que la Juez de la causa al concederle valor indiciario, se apartó de las reglas que regulan la valoración de las pruebas y viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y del debido proceso de mi patrocinado en el dictado del auto de formal procesamiento que decretó en su contra y ante tal nulidad las mismas no son aptas ni suficientes para concederles valor indiciario que acrediten la especial finalidad. Teniendo aplicación en la especie la siguiente jurisprudencia: Novena Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Junio de 2002. Tesis: XV.1o. J/11. Página: 605. RUBRO: TESTIMONIAL A CARGO DE CODETENIDOS. SI NO SE CUMPLE CON LO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCE-



DIMIENTOS PENALES, SU TESTIMONIO CARECE DE VALIDEZ, VIOLÁNDOSE, EN CONSECUENCIA, LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES..."

Es por ello, que la figura del "presentado" no existe en nuestro derecho positivo penal vigente aunque el Ministerio Público Federal se afane en decir lo contrario y más grave aún en continuar con dicha práctica violatoria de garantías, sino que, lo que existe es la figura de la orden de localización y presentación, pero en los términos que dispone la legislación aplicable y no en la figura desvirtuada que de dicha orden de localización y presentación ha hecho el Ministerio Público Federal y de ahí que se desarrolle este tema, tan frecuente y tan rutinario en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público Federal donde se encuentran adscritos homólogos que comparten la noble labor de la defensa.

## La impugnación de las reglas administrativas de carácter general, decretos o acuerdos

*Angel Fernando Mex Tepal*

Asesor Jurídico Federal

La competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de conformidad con lo señalado en su Ley Orgánica, se encuentra cada vez más ampliada, pues basta que una nueva ley determine que ciertos asuntos son de su competencia para que aquél conozca de ellos. Lo anterior cobra actualidad con la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de diciembre de 2005, conforme a la cual ahora dicho Tribunal tiene competencia para conocer de los juicios en que se impugnen reglas administrativas de carácter general, decretos o acuerdos.

Antes de abordar los momentos a partir de los cuales pueden impugnarse las reglas administrativas de carácter general, decretos o acuerdos, es importante tener en consideración que las reglas administrativas de carácter general, decretos o acuerdos tienen sustento legal en los artículos 73, fracción XXX, 89, fracción I, 90 y 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose dichos principios en diversas leyes, como por ejemplo en el Código Fiscal de la Federación que en su artículo 33, fracción I, inciso g), dispone que las autoridades fiscales para el mejor cumplimiento de sus facultades publicarán anualmente las resoluciones dictadas por las autoridades fiscales que establezcan disposiciones de carácter general, agrupándolas de manera que faciliten su cono-

cimiento por parte de los contribuyentes. También podemos encontrarlos en el artículo 84-A, fracción I, de la Ley Aduanera que contempla la obligación de otorgar garantía cuando en la importación definitiva de mercancía se declare en el pedimento un valor inferior al estimado que dé a conocer el Servicio de Administración Tributaria mediante reglas de carácter general, y en el artículo 263, fracción VII, de la Ley del Seguro Social, que establece como atribución del Consejo Técnico la de emitir disposiciones de carácter general sobre reversión de cuotas para los seguros que expresamente establece la propia ley y las correspondientes a la prestación indirecta de servicios; principios que adquieren singular relevancia ante el cada vez más complejo, extenso y rápido crecimiento de la actividad administrativa del Estado sin que deriven de la facultad constitucional reglamentaria del Poder Ejecutivo, sino de una expresa habilitación legislativa para completar una ley, de las llamadas "leyes en blanco" o "leyes marco", constituyendo una práctica usual en la Administración Pública, derivada de frecuentes autorizaciones legislativas otorgadas al Ejecutivo e incluso a órganos dependientes de éste.<sup>1</sup> Igualmente es importante tener un concepto general de lo que es el acto administrativo.

Acto administrativo.<sup>-2</sup> Es una manifestación unilateral y externa de la voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública que crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, es generalmente el Ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.

De lo cual se desprende invariablemente que esa manifestación unilateral de voluntad, en atención al principio de legalidad, siempre debe ser de la autoridad administrativa competente, pudiendo manifestarse en muy diversas formas. Miguel Acosta

<sup>1</sup> Vallas Hernández, Sergio y Matute González, Sergio. *Nuevo Derecho Administrativo*. Porrúa, México, 2003, página 553

<sup>2</sup> Acosta Romero, Miguel, Herrán Salvati y Venegas Huerta, Francisco. *Ley Federal de Procedimiento Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal comentadas*. 6a. edición, Porrúa, México, 2001. página 17

Romero,<sup>3</sup> atendiendo a la manera en que opera el acto administrativo considera como elementos del mismo, los siguientes:

1.- Sujeto.- El sujeto del acto administrativo siempre es un órgano de la Administración Pública.

2.- La manifestación externa de voluntad.- La manifestación de voluntad debe tener una exteriorización que pueda ser perceptible, que se manifieste objetivamente.

3.- Objeto.- El objeto puede dividirse en: a) Objeto directo o inmediato: es la transmisión, modificación, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones dentro de la actividad del órgano administrativo y en la materia en la que tiene competencia y, b) Objeto indirecto o mediato, que es realizar la actividad del órgano de Estado.

4.- Forma.- La forma constituye la manifestación material objetiva en que se plasma el acto administrativo. La forma puede adoptar diversas variantes, la más normal es la forma escrita; pudiendo adoptar el nombre de acuerdos, decretos, oficios, circulares, memorandos, etc.

Lo anterior reviste especial importancia dado que las reglas administrativas de carácter general, los decretos y los acuerdos, son actos administrativos y de alguna manera podrían afectar el interés jurídico del individuo desde el momento en que entren en vigor o bien con motivo de un acto posterior de aplicación, en cuya circunstancia estaría en aptitud de impugnarlo.

La impugnación de tales actos administrativos ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ya se vislumbraba aunque no en la manera contemplada en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, puesto que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia por contradicción de tesis número 108/2004, sostuvo dicha posibilidad con la salvedad de que no se tratara de reglamentos del Presidente de la República y de que la regla general administrativa no pueda ser impugnada en forma destacada, es decir, que no sea seña-

<sup>3</sup> Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*. 13a. edición, Porrúa, México, 1997, páginas 816-824

lada como acto impugnado, sino circunscribir la impugnación a vicios de legalidad. La jurisprudencia en cita refiere lo siguiente:

No. Registro: 180,678

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

XX, Septiembre de 2004

Tesis: 2a./J. 108/2004

Página: 220

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DEBE PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE LEGALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A LAS REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS APLICADAS EN PERJUICIO DEL ACTOR EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA IMPUGNADA EN FORMA DESTACADA. Si bien es cierto que el citado Tribunal sólo tiene competencia expresa para conocer de los juicios promovidos contra las resoluciones definitivas mencionadas en el artículo 11 de la ley orgánica que lo regula, también lo es que conforme al diverso 202, fracción IX, del Código Fiscal de la Federación, el juicio contencioso administrativo es improcedente contra ordenamientos que establezcan normas o instrucciones de carácter general y abstracto, sin haber sido aplicados concretamente al promovente, lo que procesalmente implica que la legalidad de ese tipo de actos -disposiciones de observancia general inferiores a los reglamentos del Presidente de la República- sí puede ser materia de análisis de la sentencia que se emita en un juicio de esa índole, cuando el gobernado que lo promueve sufrió en su perjuicio la aplicación concreta de aquéllos, ya sea en la resolución definitiva impugnada o en el procedimiento que le precedió, conclusión que atiende a la garantía de justicia pron-

ta y completa contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que, además, se basa en el artículo 73, fracción XXIX-H, de la propia Norma Fundamental, conforme al cual la finalidad del establecimiento de ese Tribunal fue dirimir las controversias entre los particulares y la administración pública federal, siempre y cuando los vicios que se atribuyan a dichas reglas sean de legalidad, es decir, impliquen confrontarlas con alguna norma superior a ellas pero inferior a la Constitución Federal. En ese tenor, la circunstancia de que una regla general administrativa no pueda ser impugnada en forma destacada en un juicio contencioso administrativo, sólo implica que en la demanda que se enderece en contra de la resolución en la que fue aplicada no sea factible señalarla como resolución impugnada, ni al órgano del Estado que la emitió como autoridad demandada, por lo que en dicho escrito el actor se limitará a plasmar los conceptos de impugnación en los que desarrolle los argumentos para demostrar por qué la respectiva regla general no se emitió con apego a lo dispuesto en el acto formalmente legislativo o formalmente reglamentario -cláusula habilitante- que regula su expedición, y el referido Tribunal se limitará a estudiar esos conceptos en la parte considerativa de su sentencia por lo que, en caso de resultar fundados, precisará en qué términos afectan la validez de la resolución impugnada en forma destacada, sin que la ilegalidad de la regla general respectiva se refleje en los puntos resolutivos del fallo correspondiente. Contradicción de tesis 84/2001-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero en Materia Administrativa del Cuarto Circuito y otros, y el Primero en Materias Administrativa y de Trabajo del Séptimo Circuito y otros. 6 de agosto de 2004. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Tesis de jurisprudencia 108/2004. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del trece de agosto de dos mil cuatro.

En efecto nos encontramos ante una cuestión novedosa ya que originalmente dichos actos se impugnaban vía amparo, según el momento en que causara agravio al particular, aplicándose las reglas del amparo contra leyes al tratarse de actos impersonales, generales y abstractos que inclusive pueden obligar a sus destinatarios. Para los efectos expuestos resultan ilustrativas las siguientes tesis de jurisprudencia:

No. Registro: 180,485

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

XX, Septiembre de 2004

Tesis: P. LV/2004

Página: 15

RESOLUCIÓN MISCELÁNEA FISCAL. LAS REGLAS QUE CONTIENE PUEDEN LLEGAR A ESTABLECER OBLIGACIONES A LOS CONTRIBUYENTES, YA QUE NO CONSTITUYEN CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SINO DISPOSICIONES DE OBSERVANCIA GENERAL. De los artículos 33, párrafo penúltimo y 35 del Código Fiscal de la Federación se advierte que la atribución conferida a diversas autoridades fiscales para dar a conocer los criterios internos que deben seguirse en la aplicación de las normas tributarias, se refiere a las interpretaciones que esas autoridades realicen de cualquier disposición de observancia general que incida en el ámbito fiscal, bien sea una ley, un reglamento o una regla general administrativa, por lo que, por su propia naturaleza, no pueden generar obligación alguna a los gobernados sino, en todo caso, ser ilustrativas sobre el alcance de dichas normas y en caso de publicarse en el Diario Oficial de la Federación, otorgarán derechos a los contribuyentes. En cambio, las disposiciones de observancia general cuya emisión y publicación se rigen,

respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 14, fracción III, de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 33, fracción I, inciso g), del Código Fiscal de la Federación, tienen como finalidad precisar la regulación establecida en las leyes y reglamentos fiscales expedidos por el Congreso de la Unión y el Presidente de la República con el fin de lograr su eficaz aplicación y están sujetas a principios que tutelan la seguridad jurídica de los gobernados, entre otros, los de reserva y primacía de la ley, por lo que deben ceñirse a lo previsto en el acto formal y materialmente legislativo que habilita su emisión. En tal virtud, al tratarse de actos de diversa naturaleza no existe razón alguna para considerar que las reglas agrupadas en la Resolución Miscelánea Fiscal se rigen por los mencionados artículos 33, párrafo penúltimo y 35, ya que éstos se refieren exclusivamente a criterios interpretativos que sostengan las autoridades fiscales, los que en ningún momento serán obligatorios para los gobernados, a diferencia de las disposiciones de observancia general que emita el Presidente del Servicio de Administración Tributaria, las cuales son de cumplimiento obligatorio para los gobernados, sin menoscabo de que alguna de ellas, con motivo de una sentencia dictada en algún medio de defensa que prevé el orden jurídico nacional, pueda perder sus efectos, total o parcialmente, al no ceñirse a los referidos principios y, en su caso, a las condiciones que establezca el legislador para su dictado.

Amparo en revisión 1532/2003. Operadora de Aldeas Vacacionales, S.A. de C.V. 11 de mayo de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Humberto Román Palacios y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy treinta y uno de agosto en curso, aprobó, con el número LV/2004, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a treinta y uno de agosto de dos mil cuatro.



No. Registro: 177,569

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Agosto de 2005

Tesis: VI.1o.A. J/29

Página: 1695

NORMAS OFICIALES MEXICANAS. CONSTITUYEN UN ACTO MATERIALMENTE LEGISLATIVO, PARA EFECTOS DE SU IMPUGNACIÓN EN EL AMPARO CONTRA LEYES. De conformidad con los lineamientos fijados por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XV/2002, es posible establecer que las normas oficiales mexicanas, emitidas por el director general de Normas de la Secretaría de Economía, son reglas generales administrativas sobre aspectos técnicos y operativos para materias específicas, cuya existencia obedece a los constantes avances de la tecnología y al acelerado crecimiento de la administración pública federal, debido a lo cual se explica que en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, el Congreso de la Unión haya otorgado a la Secretaría de Economía la facultad de expedir las normas oficiales mexicanas de carácter obligatorio en el ámbito de su competencia (si bien esa atribución fue conferida en concreto al director general de normas de aquella dependencia), de ahí que sea válido determinar que tales cuerpos normativos constituyen un acto materialmente legislativo, pues de forma general, abstracta e impersonal regulan con detalle y de manera pormenorizada las materias comprendidas en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, como expresión de la facultad reglamentaria y, en esa medida, para efectos de su impugnación en el juicio de garantías tramitado en la vía indirecta, en términos del artículo 114, fracción I, de la Ley de Amparo, en cuanto

*prevé su procedencia contra "... otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación causen perjuicios al quejoso ...", se deben aplicar las reglas inherentes al amparo contra leyes.*

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.**

*Amparo en revisión 111/2005. Secretario de Economía y otro. 18 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Secretaria: Luz Idalia Osorio Rojas. Amparo en revisión 146/2005. Servicio Isalvi, S.A. de C.V. 25 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Higuera Corona. Secretaria: Lorena Ortuño Yáñez.*

*Amparo en revisión 196/2005. Casmen, S.A. de C.V. 29 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Eduardo Téllez Espinoza. Secretaria: Natividad Kareem Morales Arango.*

*Amparo en revisión 231/2005. Servicio 3L, S.A. de C.V. 6 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Eduardo Téllez Espinoza. Secretaria: Natividad Kareem Morales Arango.*

*Amparo en revisión 225/2005. Bugas, S.A. de C.V. 13 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Higuera Corona. Secretaria: Lorena Ortuño Yáñez.*

Nota: La tesis P. XV/2002 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, abril de 2002, página 6, con el rubro: "REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS EXPEDIDAS POR LOS SECRETARIOS DE ESTADO EN USO DE UNA FACULTAD AUTORIZADA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN. DIFERENCIAS CON LOS REGLAMENTOS, DECRETOS, ACUERDOS Y ÓRDENES DICTADAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA".

En este orden de ideas el derecho del gobernado para acudir a los tribunales judiciales federales vía juicio de amparo contra reglas administrativas de carácter general, decretos o acuerdos que afectan el interés jurídico del individuo, encuentra ahora una limitante

al estar contemplado en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, un medio de defensa legal a través del cual puede ser revocado, modificado o nulificado el acto administrativo, circunstancia que va de acuerdo con lo establecido en la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo al disponer que el juicio de amparo es improcedente: "XII.- Contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquéllos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículos 21, 22 y 218."

*"No se entenderá consentida tácitamente una Ley, a pesar de que siendo impugnabile en amparo desde el momento de la iniciación de su vigencia, en los términos de la fracción VI de este artículo, no se haya reclamado, sino sólo en el caso de que tampoco se haya promovido amparo contra el primer acto de su aplicación en relación con el quejoso."*

*"Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la ley en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la ley si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir de la fecha en que se haya notificado la resolución recaída al recurso o medio de defensa, aun cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad."*

*"Si en contra de dicha resolución procede amparo directo, deberá estarse a lo dispuesto en el Artículo 166, fracción IV, párrafo segundo, de este ordenamiento."*

Pues bien, en atención al principio de definitividad hoy en día la promoción del juicio de amparo en contra de reglas administrativas de carácter general, decretos o acuerdos, sería improcedente y se sobreseería el juicio respectivo, al contemplarse un medio de defensa legal en virtud del cual aquéllas pueden impugnarse; mereciendo especial atención la fracción I del artículo 114 de la Ley de Amparo, cuya última parte alude a otros reglamentos, decretos o

acuerdos de carácter general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación causen perjuicios al quejoso; pues precisamente contra estos actos, conforme a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, no procedería el juicio de amparo.

En efecto la fracción I, incisos a) y b), del artículo 13 de la Ley en cita, refiere que el actor cuenta con el plazo de cuarenta y cinco días para presentar su demanda cuando se sienta agraviado por el acto administrativo en general, cuya denominación podría ser regla administrativa de carácter general, decreto o acuerdo y, tal como acontece en el juicio de amparo indirecto, cuenta con dos momentos a partir de los cuales se empieza a contar el término, que en el caso particular es de cuarenta y cinco días, equiparándose dichas reglas a las leyes de carácter autoaplicativas y a las heteroaplicativas. Así, el artículo en comento dispone:

Artículo 13.- "La demanda se presentará por escrito directamente ante la sala regional competente, dentro de los plazos que a continuación se indican:

I.- De cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que se dé alguno de los supuestos siguientes:

a) Que haya surtido efectos la notificación de la resolución impugnada, inclusive cuando se controvierta simultáneamente como primer acto de aplicación una regla administrativa de carácter general.

b) Hayan iniciado su vigencia el decreto, acuerdo, acto o resolución administrativa de carácter general impugnada cuando sea autoaplicativa.

Ahora bien, surge la interrogante de conocer cuál sería el alcance de la sentencia que declare la nulidad de la resolución administrativa de carácter general, decreto o acuerdo. En este aspecto el artículo 52, fracción V, de la ley en comento dispone que:

*Artículo 52.- "La sentencia definitiva podrá:"*

*"...."*

*"V. Declarar la nulidad de la resolución impugnada y además.*

"..."

*"c) Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa, caso en que cesarán los efectos de los actos de ejecución que afecten al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado. La declaración de nulidad no tendrá otros efectos para el demandante, salvo lo previsto por las leyes de la materia de que se trate."*

No obstante que ahora el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa tiene competencia para conocer de juicios en los que se impugnen actos administrativos como resoluciones administrativas de carácter general, decretos o acuerdos, esto no significa que su actuación pudiera invadir la esfera competencial de los tribunales de amparo, pues conserva su naturaleza de tribunal de legalidad, por lo que de ninguna manera podría pronunciarse sobre la constitucionalidad del acto administrativo reclamado, sino solamente sobre su legalidad, aún en el caso de que se impugnara directa y sustancialmente el acto administrativo con motivo de su primer acto de aplicación o con motivo del inicio de su vigencia, por lo que de resultar procedentes y fundados los conceptos de impugnación argumentados en la demanda, la sentencia que se emita, tal y como sucede en la sentencia de amparo que declara la inconstitucionalidad de una ley, deberá dejar sin efecto alguno la regla general de carácter administrativo, el acuerdo o el decreto que se hubieran emitido, así como todas las consecuencias producidas, de tal manera que dicha regla, acuerdo o decreto no podrán aplicarse al sujeto particular en casos futuros.

*"En este sentido, los tribunales administrativos y los de la Administración no poseen facultades para revisar la constitucionalidad de los actos, sino que son tribunales de legalidad y sólo excepcionalmente se pueden pronunciar sobre la legalidad del acto sujeto a revisión con la Constitución y esto sucede cuando los órganos jurisdiccionales competentes han declarado que la norma es inconstitucional, en caso contrario, el Tribunal no puede analizar la constitucionalidad de los actos administrativos. La función de*

*este tipo de tribunales se reduce a la de reconocer la legalidad o declarar la nulidad de los actos que se sometan a su conocimiento y su única fuente es la legislación positiva. Sin embargo, excepcionalmente pueden aplicar la jurisprudencia que establece la inconstitucionalidad de una norma, pero eso significa que realizan un estudio sobre la legalidad y no la declaratoria de inconstitucionalidad que no pueden efectuar.*

*También los tribunales contenciosos administrativos están facultados para revisar que los actos emitidos por la Administración Pública se ciñan a lo dispuesto por los artículos 14 y 16 constitucionales, que garantizan que la actuación de la autoridad se sujete a las formalidades esenciales del procedimiento. El análisis que sobre el particular realizan estos tribunales no invade la esfera de competencia de los órganos jurisdiccionales puesto que es indispensable para salvaguardar la legalidad de los actos administrativos y nada dicen sobre la constitucionalidad de la ley en que se fundamentó el acto de autoridad revisado."<sup>4</sup>*

En estas circunstancias al analizar la demanda en la que se controvierte una resolución administrativa de carácter general, un decreto o un acuerdo, ya sea por el inicio de su vigencia o con motivo del primer acto de aplicación, deberá ceñirse a analizar si tales actos administrativos están de acuerdo con la ley que pretenden completar, si inciden en ella o la rebasan, cumpliendo con los principios de supremacía de ley y reserva de ley, acatando en todo momento los principios de legalidad contemplados en los artículos 14 y 16 constitucionales, pero sin pronunciarse respecto a la constitucionalidad del acto reclamado.

Como corolario de lo expuesto se puede concluir que:

- La última parte del artículo 114, fracción I, de la Ley de Amparo hace referencia a reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación causen perjuicio al quejoso, por lo que ahora tales actos, conforme a lo dispuesto por el artículo 13, fracción I, incisos a) y b), de la Ley Federal de Procedimiento Conten-

cioso Administrativo, pueden impugnarse vía juicio contencioso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, siendo en consecuencia que el juicio de amparo contra dichos actos administrativos sería improcedente al existir un medio de defensa conforme al cual podría modificarse, revocarse o nulificarse el acto administrativo.

- Dentro de los actos administrativos contemplados por el artículo 13 fracción I, incisos a) y b) de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, quedan excluidos los decretos que en ejercicio de su facultad reglamentaria expida el Presidente de la República, contra los cuales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 114, fracción I, primera parte, procedería la vía del amparo en caso de inconstitucionalidad.

- Las sentencias que pronuncie el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa con motivo de la impugnación del primer acto de aplicación o del inicio de vigencia de la regla administrativa de carácter general, acuerdo o decreto, versará solamente acerca de la legalidad del acto impugnado sin pronunciarse sobre su inconstitucionalidad, es decir, deberá ceñirse a los principios de supremacía de la ley y de reserva de ley y, en su caso, declarará su nulidad que implicará efectos similares a la sentencia de amparo que declara la inconstitucionalidad de una norma, es decir impedirá que en lo sucesivo se aplique al individuo en particular.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta Romero, Miguel, *Teoría General de Derecho Administrativo*, 13a. edición, Porrúa, México, 1997, página XLI et 1126.
2. Acosta Romero, Miguel, Mariano Herrán Salvati y Francisco Venegas Huerta, Francisco, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal Comentadas*, 6a. edición, Porrúa, México, 2001, página XV et 503.
3. Valls Hernández, Sergio y Carlos Matute González, *Nuevo Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2003, página XXI et 589.

## LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
3. Ley de Amparo
4. Código Fiscal de la Federación
5. Ley Aduanera
6. Ley del Seguro Social

## BASE DE DATOS

1. CD IUS 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, Junio 1917 – Diciembre 2005.
2. CD Compila XI, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Legislación Federal y del Distrito Federal.





## Nuevas estrategias para defender al indígena\*

Carlos Morales Sánchez  
Defensor Público Federal

Con Simón de Cirene hice un tour por el Monte Calvario.  
"La canción más hermosa del mundo", Joaquín Sabina

### I.- PARA ENTENDER EL PROBLEMA

Antes de la Conquista de México, el espacio territorial de lo que hoy es la República Mexicana, estaba poblado por cientos de comunidades con territorio propio. Veinticinco millones de nahuas, zapotecos, purépechas, ayuukjä'äy, tzeltales, rarámuris, mixtecos, etc., coexistían, comerciaban o guerreaban. Hablantes de sus propias lenguas<sup>1</sup> y habitantes de su territorio, cada pueblo tenía sus propias normas, su manera de ver al mundo y sus dioses. No todas las comunidades tenían el mismo grado de progreso: en el norte eran cazadores o recolectores seminómadas; los más avanzados en Mesoamérica, habían construido grandes ciudades y un estructurado sistema de gobierno. La mayoría de los pueblos estaban sometidos al belicoso imperio azteca. Una evidencia de ese dominio es la gran cantidad de aztequismos que aparecen en los nombres —a ve-

\* Durante el curso del trabajo utilizaré indistintamente los términos *indio* e *indígena* para referirme a la persona que siente pertenecer a una colectividad organizada, con una herencia cultural propia que ha sido forjada y transformada históricamente, por generaciones sucesivas y que desciende de comunidades que ya existían al momento de la Conquista de México; la razón de ello es porque los términos significan lo mismo. Indígena —dice Arturo Warman— es el sinónimo más gentil de indio. *Los Indios Mexicanos en el Umbral del Milenio*. México, Fondo de Cultura Económica, Primera Edición, 2003, página 15

<sup>1</sup> El número de lenguas habladas en América en el momento del contacto entre el Viejo y el Nuevo Mundo se ha calculado en alrededor de 1500. Warman Arturo, idem, página 88.

ces repetidos— de muchas comunidades a lo largo del país: Ocotlán, Mazatlán, Zacatepec, Juchitán, Tapanatepec, Ecatepec, Tenango, etc. Los sufijos *tan*, *tlán*, *tepetl*, *go* o *co* que significan en náhuatl *lugar* o *cerro* contienen el estigma del dominio. El pueblo azteca no sólo *dominaba* también *nominaba*, que es otra forma de ejercer poder: existes porque te nombro.<sup>2</sup>

El relativo equilibrio fue roto a partir de la conquista de México. En 1521, *cayó* la gran ciudad de Tenochtitlán. La conquista de México —se ha dicho— no habría podido ser realizada sin el auxilio de los pueblos sometidos que vieron en el conquistador la posibilidad de liberarse del autoritarismo azteca. La historia oficial dice:

*"Los indígenas fueron derrotados y sometidos a la dominación española y se convirtieron en un grupo marginado, explotado y relegado. La explotación económica, la imposición del catolicismo y las epidemias que asolaron la población indígena destruyeron la civilización prehispánica, de manera que las culturas indígenas coloniales se convirtieron en meros vestigios de las glorias de nuestro pasado."*<sup>3</sup>

Pero a diferencia de lo que sucedió en el virreinato del Río de la Plata —en lo más austral del continente— los indígenas de la Nueva España no fueron totalmente exterminados. Indígena y español son ahora la raíz básica de lo que ha sido considerada la *mexicanidad*. El mexicano como el guatemalteco, el boliviano y el peruano —a diferencia del argentino o uruguayo— lleva en la piel la impronta del origen. Sin embargo, una gran cantidad de indígenas se negaron al vasallaje implícito del mestizaje. Desapoderados de sus antiguas tierras, huyeron hacia las zonas agrestes y fundaron, alejados de los centros de poder, pequeñas comunidades. En esos lugares mantuvieron sus costumbres, sus normas, su manera de vivir y de ver el mundo. Los descendientes de aquellos que huyeron, que no se allanaron, son fundamentalmente, pero no todos, los miembros

<sup>2</sup> El conquistador siguió el mismo procedimiento, de manera sincrética agregó al nombre indígena de los pueblos el nombre de un santo católico.

<sup>3</sup> Navarrete, Federico; *Las Relaciones Interétnicas en México*. UNAM, Primera Edición, México 2004, página 10.

de nuestras actuales comunidades indígenas.

En México —actualmente— hay una mayoría mestiza y una minoría indígena en una proporción de nueve a uno, según el mapa geográfico:

*"la población indígena se concentra tradicionalmente en regiones particulares de nuestro país, principalmente en las zonas centro y sur, que son generalmente, las más montañosas, las más remotas, las más empobrecidas, las más rurales, y las que menos acceso tienen a los servicios gubernamentales. Según esta visión, las regiones indígenas no son remotas y aisladas por casualidad, sino que se trata de lo que Gonzalo Aguirre Beltrán llamó regiones de refugio zonas donde la población indígena se refugió para escapar de la dominación ejercida por los grupos blancos o mestizos del México Colonial o Independiente."*<sup>4</sup>

En el amanecer del siglo XXI, aún existen quienes piensan que los indígenas no son más que una minoría recalcitrante que se niega y ha negado a incorporarse al progreso representado por el México mestizo, por ello —dice Navarrete— la existencia de mexicanos que todavía son distintos de todos los demás es concebida como el "problema indígena" pues es vista como un reto y desafío que se debe resolver.<sup>5</sup> Pero el "problema" no es pequeño: según la Comisión Nacional de Población en el año 2000, eran 12 403 000 indígenas los que vivían en el país, lo que representa el 13 por ciento de la población mexicana.<sup>6</sup>

Respecto del indio existen posiciones opuestas: hay quien sostiene por una parte que la solución es integrar a los indios a la mayoría mestiza. Paralelamente otros defienden la particularidad de los indígenas bajo la idea de que México es una nación pluricultural. Durante mucho tiempo, desde la época de la Reforma, pero acentuada en la época posrevolucionaria, fue dominante la idea de que el indio tenía que asimilarse al mestizo para progresar, ello llevaba

<sup>4</sup> Ibidem página 10.

<sup>5</sup> ibid. página 12

<sup>6</sup> Citado por Zollá, Carlos, et al, en *Los Pueblos Indígenas de México, 100 Preguntas*, UNAM, Primera Edición, México 2004, página 35.

implícito que debería olvidar su propia cultura. José López Portillo, a la postre presidente de México, escribió en 1944:

*"Es natural (refiriéndose al indio) que necesite que muchas generaciones mueran en el limbo del asombro, para que las memorias raciales se borren de las mentes; para que los nuevos idiomas se introduzcan como propios en los cerebros; para que en el horizonte sombrío de horror que en el pasado forman su hambre, su propia complicada cultura y el desplome de la conquista, los negros cúmulos se aclaren, se disipen. Mucho tiene el indio que olvidar para poder aprender (...) ayudemos al indio a olvidar lo viejo, el dolor y la muerte, y a aprender lo nuevo."*<sup>7</sup>

Afortunadamente, a partir de la reforma de 1992, la Constitución reconoció un hecho evidente: el país está compuesto de múltiples y variados pueblos con diversas concepciones de vida que deben ser respetadas y protegidas, con anterioridad se proclamaba a México como una nación mestiza. Con ello reconoció que la mayor riqueza de este país es la diversidad. Ante la aún inexistente ley reglamentaria del ahora artículo 2 constitucional, se estima que la Ley Fundamental solamente hace un reconocimiento metafórico de la pluriculturalidad.

## 2.- LA DISCRIMINACIÓN HACIA EL INDIO

El maestro rural fue un instrumento importante en las tareas de la *asimilación*. En las escuelas rurales se generó el desprecio a la lengua materna y se otorgó preponderancia a la lengua de Castilla. Hablar la lengua indígena —la *idioma*— hacía al alumno merecedor de castigos, por eso los indios cuando hablan en su lengua materna aún lo hacen en voz baja. Además, la vestimenta, el color de la piel, los rasgos físicos no europeos, el limitado manejo del español, dieron lugar al empleo de actitudes insultantes de menosprecio y remedos

---

<sup>7</sup> López Portillo, José, *Revista Cuadernos Americanos*, 1944, página 159, 162, citado por Nahmad Sittón, Salomón, en *La culminación del Indigenismo y La inclusión de los Pueblos Indios en la Nación*, en *Indigenismos, Reflexiones Críticas*, Instituto Nacional Indigenista, Primera Edición, México, 2000, páginas 46 y 47.

de las actitudes y del modo de hablar del indio. Más recientemente, los libros de texto aluden a los indígenas como parte de un pasado glorioso pero cometen un grave error: lo hacen desde la perspectiva del pasado, como algo muerto de lo que debemos estar orgullosos cuando la realidad es otra: el indio es un ente vivo, cotidiano. Es necesario decirlo con claridad: actualmente la televisión estigmatiza al indio vivo como sucio, retrasado y pobre.<sup>8</sup> En las películas del cine mexicano el indio es el peón, el sirviente. El mensaje es el siguiente: ser indio es una mala inversión, quienes logran progresar lo hacen porque se *desindianizan*. Son de uso cotidiano las frases aparentemente inocuas pero que hacen daño: *Saluda, no seas indio; no tiene la culpa el indio sino quien lo hace compadre; cástate con un güerito para mejorar la raza; pareces indio bajado del cerro a tamborazos*,<sup>9</sup> etc.

Poco a poco va penetrando en las propias comunidades indígenas la idea de que *indio* es un calificativo que se aplica al otro pero nunca a uno, por que ¿quién en este país acepta de buena gana ser indígena? Omito la respuesta por obvia. A partir de 1994, renace el orgullo de ser miembro de un pueblo originario, pero las personas de nuestras comunidades no se asumen como indios o indígenas — o miembros de un grupo étnico, el término *etnia* no les dice nada, lo sienten lejano, académico— se consideran *binnizá*, *ayuukjä 'äy*, *ñusaavi*, *rarámuri*, *purépecha*, etc. Incluso los *chamulas*, que en realidad son miembros de comunidades mayancés, han reivindicado el etnónimo que el conquistador les endilgó y que encierra un desprecio: *cha* como corrupción del perentorio *ya* y *mula* como referencia a la bestia de carga: *ya mula*. Ahora, le han quitado la carga negativa y han revalorizado la palabra que asumen orgullosamente. Lo contrario sucede con los *huaves*, pueblo indígena que habita en el istmo de Tehuantepec, —huave significa "podridos por la humedad"— quienes insisten en llamarse *mareños* o *mero ikoots* (gente verdadera).

<sup>8</sup> En los programas de revista del canal de mayor audiencia en este país son frecuentes los chistes que ridiculizan a los *inditos*.

<sup>9</sup> Estas frases son mencionados por Juan Julián Caballero, en *Nosotros y Ellos, La Discriminación Étnica en Oaxaca*, publicado en *Coloquio sobre Discriminación, Memoria*, Instituto Nacional Indigenista, Delegación Oaxaca, (Cidpo) s/ed. página 23.

## 2.1. LA DISCRIMINACIÓN EN LA LEY PENAL Y LA JURISPRUDENCIA

Pero la discriminación (trato de inferioridad a los indígenas por motivos raciales) no sólo se da en las relaciones cotidianas. El lenguaje despectivo —del dominante hacia el dominado— se presenta también en los ordenamientos penales.

El texto actual del artículo 85, fracción I, inciso b) del Código Penal Federal constituye un palmario ejemplo. La norma alude a la posibilidad de otorgar la condena condicional a "individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad". Independientemente de que el precepto persiga un fin laudatorio que debe ser ampliado a un mayor número de casos, la utilización del lenguaje que discrimina es evidente. La norma —es obvio— tiene como destinatario a los indígenas que viven en comunidades apartadas con sus propias reglas y exclusiva manera de ver la vida marginados de la sociedad dominante. Decir que los indígenas viven con atraso cultural los diferencia negativamente, porque viven una cultura distinta a la occidentalizada y esta vivencia no sólo debe ser aceptada, sino protegida y fomentada en términos del artículo 2 de la Constitución Federal. Sostener que viven con *aislamiento social* implica monopolizar el concepto de sociedad para la sociedad occidentalizada. No. La comunidad donde viven, alejada y distinta de la mayoritaria es, también, una sociedad —entendida ésta como una agrupación natural de personas que constituyen una unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir mediante la mutua cooperación, todos o algunos de los fines de la vida— diferente a la dominante de criollos y mestizos pero sociedad al fin y al cabo.

Otro ejemplo de norma discriminatoria: el artículo 220 bis del Código Federal de Procedimientos Penales. La necesidad de practicarle dictámenes cosifica al indígena. Lo rebaja de sujeto a objeto del proceso todo ello en aras de *captar su diferencia cultural respecto de la cultura media nacional*. La frase "*cultura media nacional*" constituye una gran interrogante. La respuesta implica desde cualquier

perspectiva una discriminación por proponer la idea de que en el país existen tres culturas: una de primera ubicada en la parte superior de la sociedad, la segunda en la parte media y la tercera en el extremo inferior. Si es necesario hacerle dictámenes al indio para saber a qué distancia cultural se encuentra de la cultura media deberá aceptarse que la norma lo ha ubicado *de iure* en la parte ínfima. El indio es, según la norma, un ciudadano de tercera, porque su cultura es de tercera.

La jurisprudencia de los órganos del Poder Judicial no ha sido ajena a este modo de actuar. El lenguaje discriminatorio se presenta en el uso constante de los términos *atraso cultural* y *aislamiento social*. Estos términos fueron utilizados con mayor frecuencia al interpretar el artículo 59 bis del Código Penal Federal derogado en 1994. En descargo debe decirse que la mayoría de esas tesis se generaron cuando la Constitución no reconocía la pluriculturalidad. También se discrimina cuando en algún criterio jurisprudencial<sup>10</sup> se utiliza con relación a un indígena los términos "la incultura del agente" y se hace referencia "a la segregación social en que ha vivido": el indígena —parece sostenerse en la tesis— no tiene cultura ni sociedad: su modo de ver la vida no cuenta, sus conocimientos ancestrales y su modo de organización no tienen valía; constituyen resabios que merecen el calificativo de *incultura*; sociedad sólo puede ser la nuestra no la del indio, sociedad y cultura —se avizora en el criterio— es sólo la que hacemos nosotros los civilizados.

El Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, recientemente, generó una tesis aislada relativa al error de prohibición que sostiene:

*"...la sociedad mexicana cuenta con una evolución y nivel sociocultural suficiente para que cualquiera de sus miembros, con excepción de quienes se encuentren en estado de*

---

<sup>10</sup> Me refiero a la tesis ERROR O IGNORANCIA INVENCIBLE. CASO EN QUE PROCEDE LA PENA ATENUADA con número de registro: 218,174, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, X, Octubre de 1992, Tesis: Página: 333



*inimputabilidad, generalmente y salvo prueba en contrario, entiendan, comprendan o tengan conocimiento o noción que las actividades relacionadas con el narcotráfico están prohibidas y su realización constituye delito o es una conducta socialmente reprochable, y es esa conciencia de ilicitud o incorrección del comportamiento, meramente genérica, elemental o de noción, lo que se configura como elemento de culpabilidad sin que sea factible la pretensión de que ese conocimiento tuviese que ser técnico o especializado desde un punto de vista jurídico".<sup>11</sup>*

Líneas adelante, establece una regla probatoria: "lo ordinario se presume y lo extraordinario se prueba".

La finalidad —presumo— de la tesis es inhibir *de facto* la procedencia del error de prohibición tratándose de delitos contra la salud con el argumento de la homogeneidad: si todos los mexicanos sabemos que las actividades relacionadas con el narcotráfico constituyen delito entonces no habrá lugar a la aplicación del error de prohibición porque la procedencia de la causa de exclusión implica el desconocimiento. Permite entrever la visión dominante: todos los mexicanos hemos tenido las mismas oportunidades y como consecuencia, todos tenemos el mismo estándar básico de conocimientos entre los que se encuentra que las actividades relacionadas con el narcotráfico son delictivas. Pero no es así, el país no ha *evolucionado* de manera uniforme ni todos los miembros tienen el mismo *nivel sociocultural* lo que implica que no todos tienen la posibilidad de comprender la naturaleza delictiva de un hecho.

La realidad desmiente al prejuicio: el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) ha señalado que en tres entidades del país, Guerrero, Oaxaca y Chiapas, el 22.04 % de los

---

<sup>11</sup> La tesis tiene el rubro siguiente: ERROR DE PROHIBICIÓN. LA PERTENENCIA A UN DETERMINADO GRUPO ÉTNICO O EL BAJO NIVEL ESCOLAR NO SON SUFICIENTES POR SÍ MISMOS PARA ACREDITAR AQUEL COMO CAUSA DE INculpABILIDAD Y, POR CONSIGUIENTE, DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. No. Registro: 179,912, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XX, Diciembre de 2004, Tesis: II.2o.P.151 P, Página: 1342.

mayores de 15 años son analfabetas; el 12.64 % de los niños de seis a 14 años no asisten a la escuela; el 33.21% de los adolescentes de 12 a 17 años tampoco lo hacen; el 86.60% de la población no cuenta con servicio telefónico; el 19.17% de la población no cuenta con radio, radiograbadora o televisión; el 54.02% de la población no cuenta con drenaje; el 11.90 % no cuenta con energía eléctrica; el 40.86% tiene su vivienda con piso de tierra.<sup>12</sup>

Pero eso no es todo, muchas personas están imposibilitadas para conocer la existencia y alcance de la ley penal por otra razón. El Censo de Población y Vivienda correspondiente al año 2000 determinó —me limito a comentar únicamente los resultados de Oaxaca— que la población de esa entidad era, en la fecha indicada, de 3 019 103 personas y que 1,120 312 eran (son) indígenas.<sup>13</sup> El resultado censal es detallado, analiza la cantidad de hablantes de lenguas indígenas por comunidad y el número de monolingües (hablantes exclusivos de la lengua indígena). Así el 99.0% de los habitantes de Coycoyán de Las Flores hablan la lengua mixteca y el 67.2 % son monolingües; el 98.9 % de los habitantes de San Martín Peras se expresan en mixteco y el 66.4 % solamente hablan esa lengua; en Santa María La Asunción 98.7 % de la población habla la lengua mixteca y el 65.5 % es monolingüe; en Huatepec el 99.0 % son hablantes del mazateco y el 50.0% es monolingüe; en Santo Domingo Tepuxtepec, pueblo de la zona mixe, el 99.7% de la población habla la lengua *ayuuik* y el 48% es monolingüe; etc.<sup>14</sup>

La idea de la igualdad sociocultural y del grado de evolución del país se rompe ante la evidencia reseñada. Como pudo observarse la tesis de jurisprudencia contiene, en primer lugar, lo que Anthony Weston llama la falacia de la generalización a partir de una información incompleta:

<sup>12</sup> Véanse los Indicadores por Estrato Según Clasificación de la Entidades Federativas 2005, consultable en <http://jweb.inegi.gob.mx/niveles/jsp/indicadores.jspx?estrato=1&tipo=ef>

<sup>13</sup> Censo Nacional de Población y Vivienda 2000. Anuario Estadístico 2005 del Estado de Oaxaca. INEGI, página 629.

<sup>14</sup> Toda esta información fue tomada de Marginación Municipal Oaxaca 2000, que tomó como base el resultado censal del año 2000. Esta obra fue elaborada por la Dirección General de Población de Oaxaca, 2002, Oaxaca, página 49.

"Usted —dice Weston— no puede extraer una conclusión acerca de todo el colectivo de estudiantes de su universidad basada en usted mismo y en sus compañeros de estudios ... no puede extraer una conclusión acerca de todo el colectivo de estudiantes de su universidad basándose en los estudiantes que son sus amigos aun cuando tenga un montón de ellos."<sup>15</sup>

No existe estudio del INEGI que indique, de una muestra representativa de las regiones del país, que la totalidad de los integrantes de la sociedad mexicana cuente con el conocimiento *meramente genérico* de que las actividades relacionadas con el *narcotráfico* constituyan un delito. Estimar lo contrario sin datos estadísticos constituye una especulación.

En segundo lugar, la tesis contiene un razonamiento autoritario al indicar que basta el conocimiento de la "conciencia de ilicitud o incorrección del comportamiento, meramente genérica, elemental o de noción" para hacer improcedente el error de prohibición. Bajo esta consideración se interpreta de manera restrictiva —en perjuicio del reo— la causa de exclusión. El artículo dispone otra cosa: basta para hacerla procedente que el enjuiciado desconozca la ley o el alcance de ésta (o que crea que está justificada su conducta). Decir que basta para hacer improcedente la causa de exclusión de delito que las personas tengan conocimiento de la "conciencia de ilicitud o incorrección del comportamiento, meramente genérica, elemental o de noción" es desprender un significado que la ley no tiene.

La *regla* de que "lo ordinario se presume y lo extraordinario debe probarse" no cabe en el derecho penal. Atenta contra el principio de presunción de inocencia. La carga de probar que una persona ha cometido un delito corresponde al Ministerio Público: el inculpado —es sabido por todos— no está obligado a demostrar la inexistencia del delito ni que no lo ha cometido. El estado natural de inocencia impide presumir, dar por sentado un hecho, probarlo por

---

<sup>15</sup> Weston Anthony, *Las Claves de la Argumentación*, Ariel, 10a. edición, España, 2005, página 124.

defecto o tenerlo por probado de manera negativa así sea el hecho más ordinario<sup>16</sup>, El riesgo, llevado al absurdo, es el siguiente: si una persona ha sido sentenciada veinte veces por el delito de robo, al enfrentar un nuevo proceso por el mismo delito —si aceptamos la regla— el Ministerio Público no debe probar nada porque lo ordinario —que el enjuiciado es ladrón— se presume. Otro de los peligros de la *regla* es saber qué es lo ordinario y qué lo extraordinario.

La tesis discrimina porque contiene la equivocada visión de la homogeneidad. Discrimina porque interpreta de manera restrictiva la procedencia del error de prohibición buscando inhibir su aplicación y porque establece una *regla* que, inaceptable para el derecho penal, releva al Ministerio Público de probar los hechos *ordinarios*.

### 3.- EL INDÍGENA ANTE EL DERECHO PENAL

El diagnóstico es lamentable: los indígenas que, generalmente, no han intervenido en la elaboración de la ley penal —que para su plena validez debe ser producto de una asamblea democrática y la democracia implica dar voz a todos, incluidas las minorías— son frecuentes beneficiarios del ejercicio punitivo del Estado<sup>17</sup> que los juzga por infracciones que ellos no han acordado, con reglas que les son desconocidas, en una lengua que no es la suya. Pobres entre los más pobres<sup>18</sup>, los indígenas enfrentan su proceso ante autoridades

<sup>16</sup> Algunos jueces, con menoscabo del principio de presunción de inocencia acostumbran tener por probado de *manera negativa* los elementos normativos del tipo: "al que sin permiso", "al que sin autorización", "ilícitamente"; sostienen que como el acusado no demostró contar con el permiso o la autorización se tiene por cierta la carencia del mismo. Esto es incorrecto porque corresponde al Ministerio Público demostrar la totalidad de los elementos entre ellos la ausencia del elemento normativo.

<sup>17</sup> Según la relación de indígenas patrocinados por personal de la delegación del Instituto Federal de Defensoría Pública en el Estado de Oaxaca, en el año 2005, 414 indígenas recibieron el servicio de defensa pública en materia penal.

<sup>18</sup> Los pueblos indígenas a pesar de ser los más pobres, son los que más contribuyen a la riqueza de la nación con su patrimonio de recursos humanos, naturales, territoriales y culturales: el 70% de los recursos petroleros se extrae de yacimientos marinos y terrestres del trópico mexicanos, en municipios con fuerte presencia indígena; las principales presas hidroeléctricas del país se ubican en territorios indígenas y se abastecen de agua de esos territorios; los pueblos indígenas aportan 67 % de su población ocupada en actividades agrícolas, mientras que el resto de la nación sólo colabora con menos del 22 por ciento de ellas, fuente: [www.cdi.gob.mx](http://www.cdi.gob.mx)

judiciales que, renuentes a la aplicación del error de prohibición, los miran entre la conmiseración y el desprecio, que les hablan de tú y los escuchan como si estuvieran perdiendo el tiempo: "los mestizos con poder o autoridad, tratan a la gente de los pueblos con tono paternal y actitud de estar perdiendo el tiempo, como quien habla con un niño molesto o con un necio".<sup>19</sup>

#### 4.- LA UTILIZACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DEL DERECHO POSITIVO

En la búsqueda de alternativas que permitan paliar o reducir la desventaja en la que se encuentran los indígenas con relación al derecho penal es necesario, utilizar todas las herramientas que proporciona el derecho positivo. Es necesario referir los casos ejemplificativos en los que el indígena se ve inmerso en un proceso penal federal.

a) El indígena que porta un arma de fuego porque desempeña un cargo relativo a la seguridad pública dentro del sistema tradicional de asignación de cargos;<sup>20</sup> b) el indígena que transporta artificios pirotécnicos como parte de su encomienda como mayordomo o encargado de las festividades patronales; c) El indígena que consume, como parte de su relación con la divinidad, el peyote o los hongos alucinógenos; d) el indígena que captura algún animal (o sus derivados) en peligro de extinción para su alimento; e) el indígena que corta árboles para el procedimiento tradicional de tumba, roza y quema, o para elaborar carbón vegetal; f) el indígena zapoteca

<sup>19</sup> Carlos Inchaustegui Díaz, en *Coloquio sobre Discriminación, Memoria*, página 7.

<sup>20</sup> El sistema de cargos —siguiendo las ideas de Cancian Frank— "es un sistema donde el hombre adulto desempeña una serie de cargos jerárquicamente ordenados y dedicados tanto a los aspectos políticos como a los ceremoniales de la vida comunitaria (...) la jerarquía abarca un número de cargos que los hombres de la comunidad asumen por un período de un año (esto puede variar entre los diversos pueblos indígenas). Los cargos son ordenados de dos maneras: primero, son organizados en niveles de servicio de manera que un hombre tiene que servir en un cargo de primer nivel antes de ser elegible para uno de segundo nivel, etcétera, y segundo, la autoridad tiende a concentrarse en los niveles superiores, creando de esta manera una jerarquía de autoridad al mismo tiempo que de servicio. en "Organizaciones Políticas y Religiosas" en Korsbaek, Leif, *Introducción al Sistema de Cargos*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1996, páginas 193-226.

del Istmo de Tehuantepec, que se opone a la construcción de una obra relativa a aerogeneradores porque afecta su derecho tradicional a la tierra; y g) el indígena que utiliza la marihuana como medicina tradicional.

Algunos de estos casos pueden ser confrontados desde las perspectivas del error de prohibición invencible, otros desde la perspectiva del ejercicio de un derecho a la diversidad cultural y alguno más desde la aplicación de la prohibición constitucional del principio *non bis in idem*.

#### 4.1. EL ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE

El error de prohibición fue incorporado al sistema penal mexicano en la gran reforma penal de 1984 como atemperador de la pena. Fue, posteriormente, en la reforma penal de 1994 regulado con mayor amplitud al eliminarse el artículo 59 bis y establecerse ahora sí, como causa de exclusión de delito. La inclusión de esta figura de raigambre finalista en el sistema penal mexicano persiguió la erradicación del principio *nemini liceo ignorare ius*, fundamento de la sociedad romana imperialista y esclavista, que no puede ser extrapolado a sociedades que se reputan democráticas.<sup>21</sup> El principio según el cual la ley debe ser aplicada porque es obligatoria con independencia del conocimiento que los súbditos tengan de su existencia —dice Cárcova— está vinculado al modelo de un Estado autocrático en el que la legitimidad de los mandatos deriva exclusivamente de su origen y no a su contenido, forma o efecto que transmiten.<sup>22</sup>

Desde otra perspectiva, el establecimiento del error de prohibición reconoció la desventaja histórica de una minoría —la indígena— al reducir, para ellos, el nivel de las exigencias establecidas para los no indígenas. Constituye, de alguna manera, una acción

---

<sup>21</sup> Es obvio, —dice Carlos María Cárcova— que un sistema de derecho inaugurado por la modernidad, basado en la universalidad, generalidad y abstracción de las leyes no podría funcionar sin apelar al viejo principio romano *nemini liceo ignorare ius*. No es menos obvio, por cierto, que tal supuesto ha implicado siempre enormes injusticias, que la condición postmoderna ha venido a profundizar. *La Opacidad del Derecho*", Trotta, Madrid, 1998, página 24.

<sup>22</sup> Cárcova, Carlos María, op. cit. página 25.

afirmativa. Tiene su origen en el reconocimiento de que el Estado nacional está integrado por múltiples pueblos. Y que estos tienen variadas concepciones normativas distintas a las concepciones occidentalizadas. Con hablantes monolingües y un grupo de la población expresándose en castellano funcional,<sup>23</sup> hasta esas comunidades no llegan los diarios, revistas, los programas televisivos, las campañas de prevención del delito, escasamente llevan los programas asistenciales del Estado. La instrucción educativa es escasa y deficiente. El atraso escolar genera la imposibilidad de descifrar los códigos del lenguaje escrito, y como consecuencia de ello, el desconocimiento de la ley que tiene como requisito su escrituralidad. Las únicas normas conocidas y obedecidas son las consuetudinarias. Éstas se han establecido como reglas de convivencia a través de los años, pero difieren —en su construcción, cosmovisión y contenido— de las occidentales. Juzgarlos y castigarlos por faltar a leyes que desconocen porque el Estado no las ha hecho de su conocimiento, constituye una injusticia.

#### 4.1.1. ¿CÓMO PROBAR EL ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE?

Aun cuando el error de prohibición es una causa de exclusión que procede no sólo respecto de indígenas (puede aplicarse a mestizos, incluso a extranjeros que desconozcan la ley, el alcance de la misma o crean que su conducta está justificada) el enfoque del presente trabajo se hará únicamente con relación a indígenas, habitantes de comunidades marginadas, que desconocen la ley o el alcance de ésta.

Previamente, es necesario advertir que el desconocimiento de la existencia del alcance de la ley penal no sólo es "culpa" del indígena que vive en comunidades alejadas, también es responsabilidad

---

<sup>23</sup> Los indígenas han tenido que aprender lo elemental del castellano y lo utilizan funcionalmente: para realizar operaciones comerciales básicas, entender órdenes, guiarse en la ciudad, es decir, para sobrevivir. Pero este menguado conocimiento es insuficiente para comprender las nociones procesales o sustantivas de las leyes occidentalizadas. Términos como *acusación*, *denuncia*, *notificación*, *ministerio público*, *delito*, *licencias*, *ley federal de armas de fuego* y *explosivos*, les resultan ajenos e incomprensibles.

del Estado que no les ha llevado el conocimiento de la ley.

A.- Para probar que una persona forma parte de una comunidad indígena y, como consecuencia de ello, es integrante de una minoría nacional y diversa con una visión del mundo diferente a la mayoritaria:

1.- Bastará con su manifestación de pertenencia a la comunidad indígena, es decir, basta se autoadscriba como tal. Así lo disponen los artículos 2, de la Constitución Federal,<sup>24</sup> 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>25</sup> Para el caso de que existan dudas sobre la pertenencia de una persona a una comunidad indígena, deberá presentarse la constancia a que alude el artículo 220 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>26</sup>

2.- Además, deberá ofrecerse la prueba pericial en materia cultural, con la que se establecerá, entre otros aspectos, la existencia de una comunidad descendiente de los antiguos pobladores de América; que el inculpado pertenece a la comunidad; que participa de las actividades comunitarias (tequio, sistemas de asignación de cargos, resolución tradicional de conflictos, festividades religiosas, etc.); que la conducta efectuada: corte de árboles, portación de arma de fuego, consumo de especies de animales, utilización de artificios pirotécnicos, etc., no es considerada por los integrantes de la comunidad como delito, como algo indebido o como algo malo. Esta prue-

<sup>24</sup> José Ramón Cossío sostiene que el artículo 2 de la Constitución, al hacer referencia a "la conciencia de su identidad indígena" como criterio de pertenencia a un pueblo y por ende a una comunidad otorga "el derecho de los individuos para ser considerados, no ser considerados o dejar de ser considerados, indígenas" *Los Problemas del Derecho Indígena en México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Primera Edición, México 2002, página 164.

<sup>25</sup> El artículo 32 de la Declaración dispone: "1. Los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven".

<sup>26</sup> La exigencia de presentar constancias de las autoridades comunitarias para demostrar que una persona es indígena contraviene el artículo 2 de la Constitución Federal que establece como único criterio para considerar que una persona es indígena a su propia conciencia de su identidad. Antonio Román Yeny "Estudio de la Prueba Pericial en Nuestro Proceso Penal Mexicano" Tesis Profesional, 2005.



ba deberá ser desahogada por un antropólogo o etnólogo.

3.- Para probar que el defendido vive en una comunidad apartada (lo que generará la certidumbre de que no ha estado en posibilidades de conocer la existencia o el alcance de la ley) deberá desahogarse una prueba pericial socioeconómica. El perito deberá hacer notar la marginación, la escasez de recursos económicos por la falta de oportunidades laborales y educativas, la carencia de servicios públicos, de medios de transporte y de comunicación. La respuesta al cuestionario deberá tener como base un estudio de campo y la consulta de fuentes bibliográficas y electrónicas de información. La información del INEGI y de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas resulta de gran utilidad. Esta prueba deberá estar a cargo de un trabajador social.

4.- Para evidenciar gráficamente la lejanía en que vive el enjuiciado deberá presentarse la carta topográfica (elaborada por el INEGI) del lugar de residencia. Este documento puede ser tan detallado como se requiera, aparecen en él los accidentes geográficos, barrancas, arroyos, cerros, etc.

5.- En refuerzo de lo anterior, deberá ofrecerse una prueba pericial terrestre. El perito deberá acudir hasta el lugar donde el miembro de la comunidad indígena tiene su domicilio y reseñar las distancias, las características del recorrido, la lejanía con las ciudades, etc.

6.- Para probar que el enjuiciado no ha tenido instrucción escolarizada o que la ha tenido de manera escasa lo que ha nulificado la posibilidad de conocer la existencia de la ley o de su alcance, deberá solicitarse al instituto estatal de educación pública que informe si cuenta con instrucción escolar. Para el caso de que tenga algún grado de instrucción deberá cuestionarse a la institución si en esos grados o niveles se proporciona algún tipo de información sobre el delito que se atribuye al inculpado.

7.- Cuando el procesado hable el castellano de manera *funcional* deberá ofrecerse la pericial en traducción (es posible designar a un perito práctico hablante del castellano y de la lengua indígena) para que indique si términos como *Ministerio Público*, *acusación*,

*querella, declaración preparatoria, caución, antijuridicidad, tipo penal, cuerpo del delito, elementos normativos, audiencia de vista, proceso penal, prueba pericial, etc., tienen equivalentes en la lengua indígena de la persona defendida. Para el caso de que la respuesta sea positiva, el perito deberá determinar si el inculcado comprende tales términos.*

B.- Para probar que el Estado no ha dado cumplimiento al deber de difusión de las leyes deberán ofrecerse las siguientes pruebas:

1.- El informe del gobernador del Estado. Este servidor público deberá informar si ha publicado o no el Código Penal Federal o la ley especial federal en el Periódico Oficial del Estado. El deber de publicar las leyes federales deriva del artículo 120 de la Constitución Federal que dispone: "Los Gobernadores de los Estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales." El titular del Poder Ejecutivo en Oaxaca no ha publicado el Código Penal Federal ni sus reformas.<sup>27</sup> Es posible que tal situación se repita en otras entidades.

2.- Para reforzar lo anterior deberá solicitarse al presidente de la República y al gobernador del Estado, como titulares de los poderes ejecutivo federal y estatal, respectivamente, que informen si han dado cumplimiento al artículo 7 de la Ley General de Derechos Lingüísticos, es decir, si han difundido a través de textos, medios audiovisuales e informáticos, la ley penal en la lengua indígena del procesado:

*"ARTÍCULO 7. Las lenguas indígenas serán válidas, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público, así como para acceder plenamente a la gestión, servicios e información pública. Al Estado corresponde garantizar el ejercicio de los derechos previstos en este artículo, conforme a lo siguiente:*

...

<sup>27</sup> En el proceso penal 25/2005 (Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Oaxaca) en el que el suscrito fue defensor de la indígena mazateca María Ramírez Baltazar, el gobernador del Estado informó, a petición de la defensa, que no ha publicado el Código Penal Federal ni sus reformas en términos del artículo 120 de la Constitución Federal.

La Federación y las entidades federativas tendrán disponibles y difundirán a través de textos, medios audiovisuales e informáticos: leyes, reglamentos, así como los contenidos de los programas, obras, servicios dirigidos a las comunidades indígenas, en la lengua de sus correspondientes beneficiarios."

3.- Deberá ofrecerse además, el informe de las autoridades municipales que deberán indicar si autoridades civiles o militares han acudido a la comunidad a proporcionarles información sobre el delito que se atribuye al acusado.

#### 4.2. EL EJERCICIO DE UN DERECHO (A LA DIVERSIDAD CULTURAL)

El ejercicio de un derecho —afirma Raúl Plascencia— constituye una causal de justificación que elimina la antijuridicidad de un comportamiento. Su fundamento proviene de la expresa autorización, emanada de la ley, para la realización de una determinada acción, no obstante ser lesiva o peligrosa para un determinado bien jurídico. En tal circunstancia, el sujeto, al realizar ésta, ejerce un derecho reconocido en la propia ley, y si al obrar realiza una conducta típica, ésta resulta plenamente justificada. Los casos más comunes, según el autor citado, son el derecho de corregir, la *offendícula*, las lesiones ocasionadas en tratamientos médico quirúrgicos, las lesiones ocasionadas en la práctica del deporte y la actividad periodística.<sup>28</sup>

Alfonso Reyes Echandía, contempla como hipótesis más frecuentes: el derecho de corrección, el empleo de la fuerza pública, las medidas disciplinarias en el régimen laboral, el derecho de retención, el ejercicio de una profesión (abogados, periodistas y médicos) la actividad deportiva y las vías de hecho (o ejercicio arbitrario de las propias razones).<sup>29</sup>

Ninguno de los tratadistas consultados —tampoco el maestro Sergio Vela Treviño— hacen referencia al ejercicio de un derecho a

<sup>28</sup> Plascencia Raúl, *Voz Ejercicio de un derecho*, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo III, coeditado por el IJUNAM y Porrúa, Segunda Edición, México, 1994. página 685.

<sup>29</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *Antijuridicidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, página 218—251.

la diversidad cultural previsto en el artículo 2 de la Constitución Federal. Sólo refieren las hipótesis de procedencia apuntadas. Empero, en la búsqueda de medidas que amplíen el ejercicio defensivo con relación a indígenas, es necesario, interpretando extensivamente la causal, comenzarse a plantear la posibilidad de incluir dentro del concepto de *derecho* aludido por la causa de exclusión los derechos que a los indígenas otorga el artículo 2 de la Constitución Federal.

El artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal, dispone:

*ARTÍCULO 15.- El delito se excluye cuando:*

*VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;*

Veamos como podría ser aplicada la causa de exclusión en el siguiente caso:

El 5 de enero de 2006, Héctor Jiménez Valdivia<sup>30</sup> fue detenido por elementos del Ejército Mexicano en el tramo carretero Acatlán de Pérez Figueroa a Cosolapa, Oaxaca, porque portaba una pistola tipo escuadra calibre .38 *súper* de uso exclusivo del Ejército. El inculpado aceptó la portación del arma que —indicó— es propiedad de la agencia municipal de Tetela, Oaxaca y que la portaba en ejercicio de sus funciones como segundo comandante de la Policía Municipal. Señaló, posteriormente, que pertenece a la comunidad indígena chinanteca, que el cargo le fue conferido por el sistema de cargos por usos y costumbres a través de una asamblea comunitaria.

Una de las líneas de defensa consistió en sostener y demostrar que la conducta del procesado estaba amparada por la causa de exclusión de delito denominada ejercicio de un derecho a la diversidad cultural. Se dijo que el derecho del indígena chinanteco Héctor Jiménez Valdivia, a ser diverso culturalmente (ya que la portación se efectuó dentro del ejercicio de sus sistemas normativos y

---

<sup>30</sup> Proceso penal número 5/2006, Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca.

organizativos internos) deriva del artículo 2 de la Constitución. Aún cuando el juez dictó sentencia absolutoria porque consideró que estaba demostrado el error de prohibición invencible, estimo que era procedente el pronunciamiento de la absolución por el ejercicio de un derecho. Para mayor claridad transcribo parcialmente el escrito de conclusiones:

*"Mi defendido, es un indígena chinanteco, que vive y ha vivido en la agencia municipal de Tetela, Acatlán de Pérez Figueroa, Oaxaca. Tetela, —el vocablo significa, según Manuel Zarate Aquino, junto o entre lo pedregoso, tetetl, reduplicativo de tetl, piedra, pedregoso, lan variante de tlan, junto o entre— es una comunidad indígena pluricultural que se rige por el sistema tradicional de asignación de cargos por usos y costumbres.*

*Ese sistema de asignación de cargos, ha sido institucionalizado en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, en la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas y en el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca.*

*(...) El sistema de cargos constituye por una parte, un uso y costumbre de las comunidades indígenas del Estado de Oaxaca y, por otra, el derecho de los miembros de esas comunidades indígenas al ejercicio de su diversidad cultural.*

*Mi defendido Héctor Jiménez Valdivia, es un indígena chinanteco que efectuó la portación del arma de fuego en ejercicio de un cargo que le fue asignado a través del sistema de asignación tradicional del cargo.*

*La pertenencia de Jiménez Valdivia a la comunidad indígena chinanteca está demostrada, además (de la autoadscripción) con el contenido del estudio cultural elaborado y ratificado el día 14 de junio de 2006, por Nahieli Gómez Sánchez, antropóloga de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y con el resultado del interrogatorio efectuado a Leomagno Hernández Antonio, agente municipal de Tetela, Oaxaca.*

*Mi defendido efectuó la portación del arma de fuego en ejercicio*

*de su cargo de segundo comandante de la Policía Municipal de Tetela, Oaxaca. El inculpado indicó que estaba realizando una actividad inherente a su cargo. Esto fue corroborado por el dicho del agente municipal de Tetela, Oaxaca, quien, en la diligencia efectuada el día 24 de mayo de 2006, indicó que el cargo de segundo comandante le fue conferido al ahora procesado en una asamblea comunitaria, indicó, además:*

*"6.-Que diga el testigo atendiendo a que la comunidad de Tetela se rige por el sistema de usos y costumbres, qué cargos tuvo que ocupar Héctor Jiménez Valdivia antes de ocupar el que actualmente ostenta. Respuesta: Inicialmente las personas antes de un cargo como policía o como segundo comandante por usos y costumbres se dedican primero a ser mensajero, topil, para que posteriormente mediante asamblea se aprueba que ocupe un cargo como policía o segundo comandante; 7.-Que diga el testigo si a Héctor Jiménez Valdivia una asamblea lo designó con el cargo que actualmente tiene. Respuesta: Sí, fue mediante asamblea la elección del cargo, como Segundo Comandante;"*

*Si mi defendido es un indígena chinanteco, y efectuó la portación del arma de fuego en ejercicio de un cargo —de naturaleza policiaca— que le fue asignado atendiendo al sistema tradicional de asignación de cargos de la comunidad a la que pertenece, que constituye una forma de organización indígena alentada y protegida por el artículo 2 de la Constitución Federal que establece: "A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:*

*I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.*

*II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la digni-*

*dad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes."*

*Debe concluirse legítimamente que la conducta de mi defendido escapa a la facultad punitiva del Estado, porque esta facultad no puede atentar contra un derecho reconocido expresamente en la Constitución Federal. Como consecuencia de ello, debe estimarse que favorece a mi defendido la causa de exclusión de delito ejercicio de un derecho a la diversidad cultural, que le otorga a los miembros de las comunidades indígenas el artículo 2 de la Constitución Federal.*

*Conviene señalar, finalmente, que para probar el ejercicio de un derecho a la diversidad cultural es necesario, en primer lugar, demostrar plenamente la pertenencia de la persona a la comunidad indígena (porque ello, lo ubica dentro de una lógica jurídica cultural diferente de la de la sociedad mayoritaria) y, segundo, que la conducta efectuada queda enmarcada dentro de sus propios sistemas normativos indígenas (sistemas con plena validez ya que la propia Constitución autoriza la aplicación de los sistemas normativos), por lo cual, se hace necesario ofrecer entre otras pruebas, el dictamen antropológico o cultural.*

*Es necesario citar como argumento de autoridad la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se establece el deber de los Estados de otorgar una protección efectiva a los ciudadanos que tome en cuenta, entre otras cosas, las particularidades de los pueblos indígenas, su derecho consuetudinario, valores y usos y costumbres.<sup>31</sup> Además, deberá invocarse la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que establece el derecho de las comunidades indígenas a practicar y revitalizar sus costumbres culturales.*

---

<sup>31</sup> Sentencia de fondo del caso Comunidad Indígena Yakie Axa versus Paraguay. CIDH.

#### 4.3. LA GARANTIA DE *NON BIS IN IDEM* COMO ESTRATEGIA DE DEFENSA

Esta garantía consiste en la prohibición de juzgar a una persona dos veces por un mismo delito. Está reconocida constitucionalmente por el artículo 23 de la Constitución Federal: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene."

Esta estrategia de defensa operaría de la siguiente manera: un indígena ha derribado árboles en el interior de su comunidad sin la autorización o permiso de los servidores públicos de las dependencias encargadas de la protección de los bosques ni de las autoridades tradicionales de su pueblo. Las autoridades tradicionales, al enterarse, estiman necesario sancionar al infractor conforme a su sistema normativo y le imponen una medida resarcitoria. Posteriormente, el personal de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente visita el paraje y observa restos de los árboles, por lo que denuncian la tala ante el Ministerio Público de la Federación; éste inicia la averiguación previa que consigna ante la autoridad judicial. Posteriormente se libra la orden de aprehensión por el delito previsto en el artículo 418 del Código Penal Federal, finalmente, el indígena es sometido al proceso penal.

Estimo que en ese caso, operaría en favor del inculpado la prohibición constitucional del doble juzgamiento en virtud de que el indígena ya ha sido juzgado mediante el sistema normativo interno y posteriormente es sometido a la jurisdicción del Estado. No hay que olvidar que el artículo 2 Constitucional reconoce y garantiza, en el apartado A, fracción II, el derecho de los pueblos a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos.

#### CONCLUSIONES

En la búsqueda de aminorar la desventaja del indígena frente al proceso penal es necesario buscar nuevos caminos. Ante la falta de regulación en México del error culturalmente condicionado o de la



causa de extinción de delito por juzgamiento de las autoridades comunitarias, se torna indispensable, en primer lugar, dar plena vitalidad a la aplicación del error de prohibición, que constituye una importante herramienta de defensa.

Es necesario también hacer una interpretación extensiva de la causa de exclusión de delito denominada ejercicio de un derecho para que dentro del término *derecho* a que alude la causa de exclusión, se incluya el derecho que al indígena mexicano le otorga el artículo 2 constitucional. Esto aún cuando la doctrina no contemple esa posibilidad.

Es necesario plantear que el principio *non bis in idem* opera cuando las autoridades tradicionales han aplicado su sistema normativo tradicional y las autoridades judiciales pretenden volver a juzgar al indígena por los mismos hechos. Es cierto que la jurisprudencia de los órganos del Poder Judicial establece que sólo existirá el doble juzgamiento cuando exista inicialmente una sentencia ejecutoriada, pero ese criterio es ya insostenible a la luz del texto actual del artículo 2 Constitucional.

Es necesario, por otra parte, invocar como sustento de la estrategia que se elija, los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De mucha importancia resultan los criterios expresados en los casos *Comunidad Indígena Yakie Axa versus Paraguay* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay*. En estas resoluciones se sostiene que es indispensable que los Estados otorguen "una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación especial de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres".

Es necesario también citar ese valioso instrumento denominado "Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" y el Convenio 169 de la OIT.

Es necesario también buscar la sensibilización de los operadores del derecho. La defensa de los indígenas es también una lucha contra la discriminación.

## REFERENCIAS DE INFORMACIÓN:

### BIBLIOGRAFÍA.

1. Barabás, Alicia M. (1999), *Configuraciones Étnicas en Oaxaca*, México, editado por INI, CONACULTA-INAH.
2. Bartolomé, Miguel Alberto (2004) *Gente de Costumbre y Gente de Razón*, México, editorial Siglo XXI.
3. Bonfil Batalla, Guillermo (2005) *México Profundo*, México, editorial Randon House Mondadori.
4. Cárcova, Carlos María (1998) *La Opacidad del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta.
5. Cossío Díaz, José Ramón, (2002), *Los Problemas del Derecho Indígena en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.
6. Dirección General de Población de Oaxaca (2002), *Marginación Municipal*, Oaxaca.
7. Gómez, Magdalena (1995), *Derechos Indígenas, lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, Instituto Nacional Indigenista.
8. Hernández Díaz, Jorge, (2002), *Las Imágenes del Indio en Oaxaca*, Oaxaca, Instituto Oaxaqueño de las Culturas.
9. INEGI (2005), *Anuario Estadístico 2005 del Estado de Oaxaca*, México, INEGI.
10. Instituto de Investigaciones Jurídicas (2004), *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.
11. Instituto Nacional Indigenista (2000), *Indigenismos Reflexiones Críticas*, México, INI.
12. Instituto Nacional Indigenista (2003), *Coloquio Sobre Discriminación Memoria*, Oaxaca, INI-CIDPO.
13. Korsbaek Leif, (1996), *Introducción al Sistema de Cargos*, México, Universidad Autónoma del Estado de México.
14. Navarrete, Federico (2004), *Las Relaciones Interétnicas en México*, México, editado por la Universidad Nacional

Autónoma de México.

15. Reyes Echandía, Alfonso (1999), *Antijuridicidad*, Santa Fé de Bogotá, editorial Themis
16. Rodríguez Zepeda, Jesús (2005), *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, México, Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación.
17. Warman, Arturo (2003), *Los Indios Mexicanos en el Umbral del Milenio*, México, editorial Fondo de Cultura Económica.
18. Weston, Anthony (2005) *Las Claves de la Argumentación*, España, editorial Ariel.
19. Zolla, Carlos, et al (2004) *Los Pueblos Indígenas de México, 100 Preguntas*, México, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México.

#### LEGISLACIÓN Y NORMAS INTERNACIONALES.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Penal Federal.
3. Código Federal de Procedimientos Penales.
4. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
5. Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

#### OTROS.

1. IUS 2005 actualizado a diciembre de 2005, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## Seguridad social. Los retos del sistema de capitalización individual

*Enrique Peña Gómez*  
Director de Área

"La libertad es la madre de todos los bienes  
cuando va acompañada de la justicia"  
Marqués de Argenson

La Seguridad Social fue postergada por los gobiernos emanados de la Revolución Mexicana, ya que hasta 1943 se establece el Instituto Mexicano del Seguro Social obedeciendo al mandato Constitucional y a su ley orgánica de ese mismo año.

Al escribir este artículo, como el salario mínimo general diario es el parámetro para otorgar pensiones y jubilaciones, así como prestaciones en especie y en dinero, teniendo a la vista el artículo 123 Constitucional en su fracción VI que establece que "los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural y para proveer a la educación obligatoria de los hijos". Al ver la triste realidad, llegó a mi mente una canción popular que queda muy bien en este supuesto y que dice así: "Oye Bartola, allí te dejo esos \$2.00 pesos, pagas la renta, el teléfono y la luz". Lo cierto está en que hoy por hoy el salario mínimo nos sirve sólo para establecer un parámetro en la imposición de las multas. De tal manera, que si llegara al Congreso de la Unión una serie de diputados y senadores con mentes revolucionarias y progresistas, aumentando sensible y justamente el salario mínimo del trabajador para cumplir

exactamente con el mandato constitucional, la imposición de las multas se elevaría a sumas astronómicas pero como vivimos en el país de las maravillas, la situación actual no lleva visos de componerse.

Para el que suscribe, el Sistema de Reparto vigente hasta 1997 que consistía en constituir un fondo global solidario, compuesto por las aportaciones del trabajador, del patrón y del Gobierno, era el esquema jurídico de seguridad social para afrontar el costo de las eventualidades ocurridas al asegurado, como el caso de enfermedades profesionales, accidentes de trabajo, pensiones por viudez, pensiones por incapacidades o muerte y finalmente pensiones por jubilación.

Pero este sistema llevaba en su seno el cáncer que lo llevaría a la ruina económica compuesto por varios factores como fueron:

a) A la Dirección de nuestra máxima institución de seguridad social como lo es el Instituto Mexicano del Seguro Social, arribaron extraídos del medio político sin visión alguna de la seguridad social.

b) Se excedió en prestaciones, no estrictamente de carácter social, (como fue la ayuda para matrimonio).

c) Desviación de su objeto social al abordar actividades ajenas a éste, como fue el sostenimiento económico del Club de Fútbol Atlante, la de construcción de teatros y su operación.

d) Simultáneamente, las actividades desarrolladas por el sector salud para la prevención de las enfermedades epidemiológicas, la influencia de nuevos y mejores sistemas alimenticios, y de vida, provenientes del Oriente, hicieron que el promedio de vida del mexicano se elevará de 50 años a 77 actualmente y por lo tanto las pensiones de cesantía en edad avanzada y vejez se extendieran mayormente.

e) México se distingue por sus bajos salarios, por lo tanto la fuerza productiva del país abandonó al empleo institucional y se sumó a las filas de la economía informal, tan es así que actualmente representa el 50% de la población económicamente activa. Por consecuencia, se disminuyó notablemente la base de la pirámide de la seguridad social, formada por los trabajadores en activo que cotiza-

ran para el seguro social y en cambio la cúspide de la pirámide, integrada por pensionados y jubilados aumentaba y por consiguiente se incrementaba el monto de las pensiones.

f) Otro factor lapidante fue el sostenimiento económico de su sindicato con prestaciones exorbitantes para sus agremiados que no fueron producto de conquistas laborales sino prácticas de un sistema político corrompido que les otorgó prebendas y privilegios para tenerlos conformes, ya que formaban parte de la elite sindical.

Este sistema llegó por fin a su terminación implantándose uno nuevo denominado Sistema de Capitalización Individual al cual hacemos referencia, esperando que en el futuro pensionados y jubilados ya no se encuentren en las calles vendiendo billetes de lotería, tarjetas telefónicas, empleándose como "viene, viene" o de "cerillos" en los centros comerciales, ya que es deprimente saber que mientras, en España y Argentina el 3% y el 4% de los jubilados regresa a trabajar y en Canadá y Estados Unidos el 1% regresa a trabajar pero ¡por gusto! y hasta forman colonias en Guadalajara, Cuernavaca y San Miguel de Allende. En México el 25% de los pensionados y jubilados regresa a trabajar por necesidad al tener pensiones de miseria.

La seguridad social, tiene como finalidad proteger a todos los individuos de la sociedad, de las contingencias a que están expuestos y ofrecer los medios necesarios para que puedan desenvolverse y logren sus objetivos que se propongan en lo social, moral, cultural, económico y en general en todo el ámbito de la vida. Para que la Seguridad Social cumpla con sus fines, entre ellos al Instituto Mexicano del Seguro Social, siendo su principal instrumento. En la Ley del Seguro Social vigente, existen dos regímenes de aseguramiento: el obligatorio y el voluntario. El régimen obligatorio protege a todas las personas que presten en forma permanente o eventual a otras de carácter física o moral, un servicio personal, subordinado y remunerado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón; a los socios de las de sociedades cooperativas, a las personas que de-

termine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo. Comprendiendo el régimen obligatorio los seguros de: a) Riesgos de trabajo; b) Enfermedades y maternidad; c) Invalidez y vida; d) Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; y, e) Guarderías y prestaciones sociales.

Así, cuando le presenten algunas contingencias sociales al asegurado, en el régimen obligatorio, y cumpla con los requisitos establecidos en la ley, va a recibir algunas prestaciones económicas o médicas, y así evitar que su capacidad económica se vea afectada por el suceso o riesgo. Pero no sólo se protege a los asegurados, también a sus beneficiarios como son sus padres, su esposa y sus hijos. Los beneficiarios sólo van a recibir prestaciones médicas cuando tengan alguna enfermedad o un accidente, y prestaciones económicas a través de una pensión cuando el asegurado o pensionado fallezca, recibiendo una pensión por viudez, orfandad o ascendencia.

El Instituto Mexicano del Seguro Social, va a otorgar a sus derechohabientes dos tipos de prestaciones: económicas y en especie; la primera, a través de: *subsidios*, es decir, su pago se da; cuando por una causa transitoria, el asegurado se encuentre imposibilitado para trabajar, y con este dinero pueda sufragar sus gastos y los de sus dependientes; ayudas económicas, asignaciones familiares, y la pensión, que es una prestación de cuantía y duración superior a cualquier otra, que se otorga mensualmente al asegurado o sus beneficiarios, al acontecer alguno de los riesgos protegidos por la Ley del Seguro Social reunir los requisitos que esta misma establece para hacerse acreedora a ella; y la segunda se brindan a través de la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica, servicios de hospitalización, aparatos de prótesis, de ortopedia y rehabilitación, cuando el asegurado o sus beneficiarios sufran un accidente o una enfermedad o para prevenir ésta, y así puedan recuperar, conservar su salud y restablecer su armonía. Para otorgar las prestaciones antes mencionadas, el Instituto ha utilizado dos sistemas de pensiones: el Sistema de Reparto que imperó en la Ley del Seguro Social de 1943 y el Sistema de Capitalización individual que opera en la Ley del Seguro Social vigente desde 1997.

Cada sistema tiene como finalidad procurar los medios de subsistencia a los asegurados en los casos de desempleo o de interrupción involuntaria de las actividades profesionales por incapacidad para su realización, por vejez, cesantía en edad avanzada o invalidez; y garantizar aunque sea una parte de estos ingresos a los asegurados y a sus beneficiarios.

El Sistema de Reparto propicia la solidaridad entre generaciones. Así, los que trabajan en un tiempo determinado, financian con sus aportaciones, las prestaciones de quienes son pensionistas, así como éstos en su período de actividad, financiaron las prestaciones de quienes les precedieron. A su vez, los activos confían en que quienes les sucedan en el trabajo o en la actividad, financiarán las pensiones que necesitarán en el futuro. En este sistema los trabajadores, el patrón y el Estado, realizan sus aportaciones de acuerdo a lo establecido en las ramas de aseguramiento obligatorio, las cuales ingresan a un fondo común, y lo recaudado en forma corriente servirá para cumplir con las obligaciones que se encuentran presentes, invirtiendo los excedentes (reservas) en títulos del gobierno y en instituciones de crédito, dichas reservas servirán para cumplir con las obligaciones futuras. Aquí cada rama de aseguramiento tiene su propio régimen financiero, es decir, la rama del seguro de riesgos de trabajo; enfermedad y maternidad; invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte y guarderías para hijos de aseguradas tienen que hacer frente a las obligaciones que iban surgiendo, con los recursos acumulados en cada una de ellas; sin tomar recursos provenientes de las otras ramas del seguro.

Las pensiones que se otorgaban a los asegurados en la Ley del Seguro Social de 1943 bajo el sistema de reparto, fueron por riesgo de trabajo; invalidez, vejez y cesantía en edad avanzada, pero para el presente estudio sólo se analizarán las pensiones que se les otorgaban a los trabajadores asegurados cuando se retiraban de laborar por cesantía en edad avanzada o vejez.

En la Ley del Seguro Social de 1973, estableció que para otorgarse las pensiones por vejez era necesario que el asegurado cum-



pliera sesenta y cinco años de edad, hubiera dejado de trabajar y hubiera tenido reconocidas ante el Instituto un mínimo de quinientas cotizaciones semanales, y hubiera formulado su solicitud ante el Departamento de Prestaciones de Dinero del Instituto, o ante la Delegación respectiva. Para otorgarse la pensión por cesantía en edad avanzada, era necesario que el asegurado cumpliera sesenta años de edad, comprobándolo con el acta de nacimiento o documento equivalente y hubiere quedado privado de trabajos remunerados y tuviere 500 cotizaciones reconocidas ante el Instituto. En ambos tipos de pensiones tenían derecho a las siguientes prestaciones: asistencia médica, asignaciones familiares y ayuda asistencial.

Para determinar la cuantía de las pensiones se tomaba en cuenta como salario diario, el promedio correspondiente a las últimas doscientas cincuenta semanas de cotización. El derecho al aumento anual se adquiría por cada cincuenta y dos semanas de cotización, y si eran fracciones de año con trece a veintiséis semanas reconocidas se tenía derecho al cincuenta por ciento del incremento anual; con más de veintiséis semanas reconocidas, se tiene derecho al cien por ciento del incremento anual y la suma de las pensiones por vejez o cesantía en edad avanzada, más las asignaciones familiares y ayuda asistencial, no podía ser inferior en un principio al 70% del salario mínimo general del Distrito Federal, pero en 1989 se dio una reforma al artículo 168 de la Ley del Seguro Social de 1973 y se estableció que la pensión mínima correspondía al 80% del Salario Mínimo general vigente para el Distrito Federal (SMGVDF); el 29 de julio de 1992 se volvió a reformar dicho precepto y se estableció que la pensión no podría ser menor al 90% del SMGVDF, la última reforma que tuvo dicho precepto fue el 1 de julio de 1994, en el cual, se estableció que la pensión no podría ser inferior al 100% del SMGVDF. Así, la pensión por invalidez, vejez y cesantía en edad avanzada, era revisada cada vez que se modificaban los salarios mínimos, incrementándose con el mismo aumento porcentual que correspondía al salario mínimo general en el Distrito Federal.

Las personas que se pensionaron por vejez o cesantía en edad

avanzada bajo el sistema de la Ley del Seguro Social de 1973, viven o vivieron en su mayoría en pobreza o extrema pobreza, lo anterior porque el sistema de reparto tomaba en cuenta las últimas doscientas semanas de cotización de los trabajadores, es decir, de las últimos 5 años de cotización, para otorgar la pensión, perjudicando con lo anterior a los asegurados en virtud, de que, es cuando el individuo obtiene menos recursos, ya que de acuerdo a la curva de la productividad, el ser humano cuando inicia su carrera laboral obtiene bajos ingresos, llegando a su máximo aproximadamente a la edad de los 50 años, después de los 50 años baja su productividad y obtiene salarios más bajos que los anteriores años, y es precisamente en esta etapa donde se tomaban en cuenta las cotizaciones para otorgarles su pensión, además, en un principio las pensiones se ajustaban discrecionalmente cada cinco años, siendo hasta el 1 de julio de 1994, en donde se estableció que la pensión no podría ser inferior al 100% del salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, siendo dicha cantidad insuficiente para cubrir las necesidades básicas que tiene el trabajador y su familia. Con la inflación que vivió nuestro país desde 1970, deterioró las pensiones y en muchos casos pulverizándolas. Otro factor que originó bajas pensiones fue el límite de las aportaciones patronales siendo hasta 10 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, afectando a los que obtuvieran ingresos mayores de 10 salarios mínimos; aunado a lo anterior las aportaciones simbólicas del Gobierno Federal para la rama de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte y los bajos salarios que han imperado en nuestro país, en donde el 70% de la población asegurada en el Instituto ganaba entre uno a seis salarios mínimos y de acuerdo a la división de estudios de Banamex, "el 17.935% de los asegurados recibía como salario entre 1985 y 1997 un salario mínimo, el 35.56% dos salarios mínimos, el 16.67% tres salarios mínimos, el 8.9% cuatro salarios mínimos, el 5.41% cinco salarios mínimos, el 5.7% siete salarios mínimos, el 3.98% diez salarios mínimos, el 2.86% quince salarios mínimos, el 1.2% veinte salarios mínimos, 0.58% veinticuatro salarios mínimos y el 1.21%

veinticinco salarios mínimos."<sup>1</sup> De acuerdo al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática,<sup>2</sup> el 19.4% de pensionados y jubilados ganan menos de \$1,350 pesos, el 27% están entre \$1,350 y \$2,700 pesos y el 45% en más de \$2,700 pesos, lo que obliga a que los pensionados tengan que ingresar a laborar no por gusto, sino por necesidad en empresas de telemarketing, limpieza, comisionista o vendiendo productos de belleza o relativos a la salud. Por lo que podemos deducir que el sistema de reparto no brindó el suficiente ingreso a los asegurados para vivir dignamente y pudiera satisfacer las necesidades que tienen como seres humanos.

El Gobierno Federal a partir de julio de 1997, se hace cargo de las erogaciones derivadas de quienes estuviesen ya pensionados bajo el amparo de la Ley del Seguro Social de 1973 y de los que trabajadores que en un futuro van a pensionarse y crearon derechos bajo el amparo de esa misma Ley.

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley del Seguro Social vigente, se cambió del Sistema de Reparto al de Capitalización Individual, para que los pensionados obtuvieran una pensión más digna y justa bajo éste último sistema.

Con la Ley del Seguro Social vigente, se busca que a cada uno de los derechohabientes, se les concedan los beneficios de Seguridad Social en justicia, calidad, eficiencia, oportunidad y dignidad, además de sanear y fortalecer las finanzas del Instituto Mexicano del Seguro Social, debido a que éstas se han mermado en la rama de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, lo anterior, porque existió un mayor número de asegurados que cumplían con los requisitos para pensionarse, y al no tener el mismo número o mayor de personas que coticen al sistema y que estén jóvenes, los fondos que se tenían para esta rama de aseguramiento se empezaron a extinguir; por lo cual, el sistema de reparto se volvió inoperante. Y en la rama de enfermedad y maternidad por el aumento de las enfermedades crónico-degenerativas y la incorporación de los familiares dependientes del asegurado.

<sup>1</sup> México Social 1996 a 1998. Grupo Financiero Banamex Actival, México, 1998, página 405.

<sup>2</sup> Anuario Estadístico de los Estados Unidos Mexicanos. INEGI, México, 2004 página 24.

El nuevo sistema de pensiones, fue copiado en su mayoría del sistema Chileno, creado en 1980 a través del Decreto de Ley 3.500. El sistema de capitalización individual, va a operar la rama del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en cuanto a las ramas del seguro de enfermedad y maternidad e invalidez y vida, se seguirán rigiendo financieramente por el sistema del reparto, administrando sus recursos el Instituto Mexicano del Seguro Social, a través del Consejo Técnico.

El sistema de capitalización individual, es aquel en el que cada afiliado posee una cuenta individual en la que se depositan sus cotizaciones provisionales por retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, así como aportaciones voluntarias o complementarias de retiro, acumulándose periódicamente, teniendo que generar rendimientos a través de la inversión que se hace de estos recursos en la Bolsa Mexicana de Valores y el Mercado de Derivados. Al término de su vida activa y con el ahorro acumulado, va a permitir disponer al asegurado, o a sus beneficiarios sobrevivientes, de una pensión estable y equivalente al ingreso imponible promedio en su vida activa.

Los elementos bajo los cuales funciona este sistema, son: a) *La cuenta individual*, siendo una cuenta de inversión a largo plazo a nombre y a favor del trabajador o de sus beneficiarios, cuyo fondo se forma por las aportaciones de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en su caso aportaciones voluntarias, y complementarias de retiro; b) *Las Administradoras de Fondos para el Retiro*: Que son las entidades financieras encargadas de administrar de una manera profesional y habitual, los recursos de las cuentas individuales, cobrando una comisión por administrar la cuenta, al igual, administran a las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro; c) *Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro*: cuya función es invertir los recursos de las cuentas individuales, propiedad de los trabajadores en valores bursátiles en el mercado de valores; d) *La autoridad que regule a los participantes*: Siendo la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, cuya función es inspeccionar y vigilar a las Administradoras de Fondos para el Retiro,

a las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro y cualquier otra entidad financiera que participe en el sistema.

Las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro (SIEFORE), invierten los recursos de los trabajadores en acciones, obligaciones, bonos, certificados, y demás títulos de crédito y documentos que se emiten en serie o en masa, inscritos en el Registro Nacional de Valores, en la Bolsa Mexicana de Valores, a plazos mayores de un año (mercado de capitales), en el mercado de deuda, divisas y en su caso en el mercado de derivados. Pero las Sociedades de Inversión por sí mismas no pueden comprar y vender los instrumentos financieros, las Administradoras de Fondos para el Retiro que administran las SIEFORES, tiene que celebrar un contrato de intermediación bursátil con las Casas de Bolsa, siendo éstas las únicas autorizadas para celebrar las transacciones en la Bolsa Mexicana de Valores a través de sus agentes promotores.

Entre las principales ventajas que tiene este sistema es: a) El trabajador es el propietario de los recursos de su cuenta individual; b) El trabajador elige libremente qué AFORE le administre su cuenta individual; c) El trabajador puede conocer en cualquier momento su saldo a través de la página de la CONSAR en Internet o a través de su AFORE, teniendo esta última la obligación de enviar dos veces al año el estado de cuenta en el que establezca los montos de las respectivas subcuentas, las comisiones que cobran, los rendimientos generados y el monto total; d) El trabajador puede realizar aportaciones voluntarias, fomentando con lo anterior el ahorro de los trabajadores, para formar un fondo superior y obtener una mejor pensión por vejez o cesantía en edad avanzada; e) El trabajador puede cambiarse a otra administradora para que le opere y administre su cuenta individual; f) las pensiones se actualizan cada año en el mes de febrero, conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor, y g) aumentó el límite para realizar las aportaciones en las diferentes ramas de aseguramiento a 25 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Con el sistema de capitalización individual se pueden realizar

retiros parciales, disponiendo de una parte de la cuenta individual, como ayuda para gastos de matrimonio, o por desempleo. La cantidad que se va a retirar como ayuda para gastos de matrimonio, proviene de la cuota social, equivalente a 30 días del salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. La cantidad de dinero que se va a retirar por concepto de ayuda para desempleo, proviene de la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, consistente en la cantidad que resulte menor entre 75 días de salario base de cotización del promedio de las últimas 250 semanas de cotización o el 10% del fondo de la subcuenta.

La pensión de cesantía en edad avanzada se otorga a los asegurados que queden privados de trabajos remunerados a partir de los sesenta años de edad, tenga reconocidas ante el Instituto un mínimo de mil doscientos cincuenta cotizaciones semanales y soliciten el otorgamiento de esta pensión al Instituto. La pensión por vejez, se da cuando las personas que cumplan sesenta y cinco años de edad, tengan reconocidas ante el Instituto un mínimo de 1250 cotizaciones semanales y soliciten dicha pensión al Instituto, además que dejen de laborar. Ambas pensiones, se recibirán por dos modalidades: renta vitalicia y retiro programado, siempre que cumplan con los requisitos de ley, y en dado caso no haya utilizado las aportaciones provenientes del INFONAVIT, éstas se utilizarán para acrecentar su pensión. Si el monto del saldo de su cuenta individual es insuficiente para adquirir una pensión por renta vitalicia o retiro programado, el Gobierno Federal otorgará una pensión mínima garantizada (consistente en un salario mínimo general vigente para el Distrito Federal); pero en este caso la única modalidad que se tiene para obtener la pensión es por retiro programado.

Si el asegurado para obtener su pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, escogió la modalidad de renta vitalicia, elegirá libremente qué compañía de seguros quiere que le proporcione la pensión y la compañía de seguros a cambio de recibir el saldo de su cuenta individual, se compromete a pagarle una renta mensual vitalicia, y una pensión de sobre vivencia a los beneficiarios, con el

seguro de sobre vivencia que el asegurado contrató para esto. Si escogió la modalidad de retiro programado, la Administradora de Fondos para el Retiro que haya elegido el trabajador, le otorgará una pensión, dividiendo el saldo de su cuenta individual entre el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el asegurado y sus beneficiarios, y por lo menos igual al valor correspondiente a la pensión garantizada; correspondiendo la pensión mensual la doceava parte de dicha anualidad, al igual, a la muerte del pensionado a sus beneficiarios como es su esposa o concubina, hijos menores de 16 años o hasta 25 años de edad si siguen estudiando en planteles del sistema educativo nacional o se encuentren incapacitados para trabajar por un defecto físico o mental; y a falta de los anteriores a sus ascendientes, se les otorgará una pensión por viudez, orfandad o ascendencia.

Para que el sistema de capitalización individual funcione y los asegurados puedan obtener una pensión con una cuantía suficiente, es necesario que los asegurados obtengan salarios altos, cuestión que no se da en nuestra realidad, ya que de acuerdo a estimaciones del INEGI, el 79 por ciento de la población asegurada al Instituto Mexicano del Seguro Social obtiene ingresos entre uno a seis salarios mínimos; que los trabajadores aporten largos periodos al sistema, cuestión que tampoco se cumple por el constante despido y la no contratación de personal por las empresas, la introducción de maquinarias, y en general de tecnología que sustituye la mano de obra; también es necesario que las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro por conducto de las sociedades operadoras obtengan mayores rendimientos o rendimientos positivos, cuestión que tampoco se puede asegurar, ya que al invertir los recursos en instrumento bursátiles, siempre hay un riesgo de obtener un rendimiento menor al esperado o inclusive pérdidas o grandes pérdidas, además, es imposible tener controlados los movimientos bursátiles, cuestiones sociales, políticas y económicas que pueden afectar a nuestro país o a otros países pero que repercuten en nuestro país por la globalización imperante. Se necesita también que las admi-

nistradoras cobren comisiones bajas por administrar la cuenta individual, pero al ser sociedades anónimas, que lo que buscan es el lucro, es decir, obtener altas ganancias, debido a lo anterior el cobro es excesivo para los trabajadores, en especial, la comisión sobre flujos, que disminuye severamente el saldo de la cuenta individual del trabajador, y por consecuente al disminuir su capital antes de invertirse en el mercado de valores, se obtienen menores rendimientos. Y además que exista una mayor aportación para esta rama por parte de los trabajadores, patrones y el Gobierno Federal, cuestión que tampoco se da, ya que el patrón para la rama del seguro de retiro aporta el 2% del salario base de cotización del trabajador (SBC), en la rama de cesantía en edad avanzada y vejez el patrón aporta 3.150% del salario base de cotización y el trabajador aporta el 1.125% del SBC y el Estado el 7.143% del total de las aportaciones patronales, siendo equivalente al 0.225% y una aportación mensual por concepto de cuota social consistente en el 5.5% del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Para que el sistema de capitalización cumpla con sus objetivos de otorgar una pensión digna y decorosa a los asegurados que se van a retirar de laborar por vejez o cesantía en edad avanzada es necesario:

a) Que exista un aumento real del salario mínimo general, que pueda cubrir las necesidades básicas de una familia, de acuerdo al mandato constitucional.

b) Existan políticas antiinflacionarias, tendientes a frenar o controlar la inflación, ya sea a través de políticas financieras, fiscales, productivas, monetarias, entre otras.

c) Impulsar el crecimiento de la producción o productividad.

d) Aplicación flexible de tasas de interés bancarias, para favorecer el crédito a favor de las actividades productivas, para que éstas crezcan y puedan generar fuentes de empleo para los demandantes de éste.

e) Existencia de inversiones productivas que generen empleos, y evitar las inversiones extranjeras que descapitalizan al país, que se



van por lo general al mercado de valores y no generan empleos.

f) Regulación de las comisiones que cobran las administradoras, en especial la comisión sobre flujos, que reducen severamente las aportaciones tripartitas que se van a invertir en el mercado de valores.

g) Las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro, obtengan rendimientos positivos en los recursos de los trabajadores.

h) Exista una mayor aportación en la rama de cesantía en edad avanzada y vejez, por parte del patrón, trabajadores y el Estado, para que se pueda obtener un mejor saldo en la cuenta individual y a su vejez una mejor cuantía en su pensión cuando se retiren de laborar.

i) Eliminación de la ayuda para desempleo y matrimonio, porque disminuyen el saldo de la cuenta individual del trabajador y en un futuro puede ocasionar que obtenga una pensión con una cuantía menor.

De lo contrario tampoco el sistema de capitalización individual cumplirá con sus cometidos, de otorgar una pensión digna a los trabajadores que se retiren de laborar por cesantía en edad avanzada o vejez, y al igual, que los trabajadores pensionados bajo la Ley del Seguro Social de 1973, van a vivir en pobreza o pobreza extrema y se tendrán que incorporar a la laborar no por gusto, sino por necesidad y no van a satisfacer sus necesidades básicas que tienen como seres humanos.

# Punibilidad. ¿Elemento o consecuencia del delito?

Joel Ronaldo Pérez Álvarez  
Defensor Público Federal

"...Las construcciones sistemáticas de la ciencia penal alemana le resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico superfluas. Sin embargo, constituye actualmente una de las más importantes 'exportaciones' de la ciencia penal jurídica alemana y la obra que verdaderamente le ha dado renombre internacional".<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Los objetivos fundamentales del presente tema de investigación son de llegar a conocer si la legislación penal mexicana contempla la punibilidad como consecuencia, o bien, como elemento del delito; así como su repercusión jurídico penal, dentro de nuestra legislación penal federal mexicana, respecto al criterio que se adopte.

El presente tema de investigación, hoy en día, es de gran importancia, en virtud, de que en la actualidad recobran mayor importancia los tecnicismos legales existentes en la doctrina jurídico penal, mismos que son aplicables a los casos concretos que se nos presentan en nuestra vida diaria, ya sea como Defensor o como Juzgador y, por ende, nos ayuda a estar en condiciones de llevar a cabo una defensa adecuada, o bien, poder resolver los problemas jurídicos que se nos presenten, pues no se debe pasar por alto que depen-

<sup>1</sup> Schünemann, Bernd, *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En el sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Ed., Tecnos, Madrid, 1991, página 31.

diendo la ubicación sistemática que se le dé a la punibilidad, al presentarse una excusa absolutoria, estaremos en aptitud de determinar si en el caso concreto, se actualiza o no el "delito" o bien, si únicamente no se aplica una pena al sujeto activo, no obstante de haber cometido un injusto penal y culpable, en otras palabras, si el sujeto activo queda en libertad por no haber cometido delito alguno, o bien, porque se le exime de pena; asimismo, cabe mencionar que el presente tema es de actualidad, pues no obstante que la problemática planteada surgió desde el mismo momento en que Von Liszt, al estudiar el código penal Alemán de 1871, definió al delito como una acción antijurídica y luego culpable y finalmente amenazada con una pena, hoy en día no existe un criterio unánime al respecto, ya que en la actualidad existen autores dentro de la dogmática jurídico penal nacional que ubican la punibilidad como elemento del delito y, otros, como consecuencia del mismo.

Ahora bien, para llevar a cabo la presente investigación partimos de la siguiente hipótesis:

I. Consideramos que la legislación penal mexicana contempla a la punibilidad como una consecuencia del delito y no como un elemento del mismo; lo anterior, tomando en consideración los artículos 7, 15 y 24 del Código Penal Federal, los cuales son determinantes para normar un criterio jurídico respecto al tema que nos ocupa; aunado a ello, lo preceptuado por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que si bien es cierto se trata de una ley adjetiva, también lo es, que el espíritu del legislador fue recoger en sus diversas etapas (cuerpo del delito y probable responsabilidad), al delito mismo, y con ello dar seguridad jurídica al gobernado.

El presente tema de investigación fue desarrollado desde un punto de vista doctrinario, y consecuentemente se respalda en textos nacionales y extranjeros, así como en la legislación penal federal. Las corrientes ideológicas citadas con antelación fueron seleccionadas en virtud de que la problemática planteada en la presente investigación, es básicamente hacer un estudio acerca de los diversos criterios que se han adoptado respecto de la punibilidad,

así como los argumentos utilizados para sostener un criterio u otro, y con ello, estar en aptitud de determinar si nuestra actual legislación penal mexicana contempla a la punibilidad como un elemento o bien como una consecuencia del delito y sus repercusiones jurídico penales en la legislación penal mexicana.

## 1. CONCEPTO DE PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

El Doctor Orellana Wiarco, por punibilidad entiende en sentido abstracto la sanción que el legislador prevé para cada tipo penal; es decir, la punibilidad para el penalista mexicano antes mencionado es entendida como los límites mínimos y máximos que el legislador establece para cada tipo penal, mismos que constituyen el marco del arbitrio judicial para la determinación o individualización de la pena.<sup>2</sup>

Con frecuencia en forma impropia se utilizan como sinónimos los conceptos punibilidad, sanción, pena y ejecución de la pena; sin embargo, los estudiosos señalan la conveniencia de distinguirlos entre sí, haciendo dicha diferenciación de la siguiente manera:

*Punibilidad.* Siguiendo al Doctor Orellana Wiarco, la punibilidad es entendida como los parámetros mínimos y máximos que el legislador prevé para cada tipo penal, mismos que constituyen el marco del arbitrio judicial.

*Sanción.* En términos generales es la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.<sup>3</sup> Como toda consecuencia de derecho, la sanción se encuentra condicionada por la realización de un supuesto, o acto determinado. De la naturaleza del acto depende la índole de la sanción correspondiente; es decir, si el sujeto activo realiza un acto

<sup>2</sup> Orellana Wiarco Octavio, *Curso de derecho penal*, Parte General, primera edición, México, 1999, página 408.

<sup>3</sup> García Máynez Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 50a. edición, México, 1999, página 295.

de naturaleza administrativa o civil, consecuentemente se le aplicará una sanción de la misma naturaleza, e igualmente cuando el sujeto activo realice un acto jurídico de naturaleza penal (delito), se le aplicará una o varias sanciones de carácter penal, que en el caso que nos ocupa, puede consistir en la imposición de alguna o varias de las penas o medidas de seguridad a que se refiere el artículo 24 del Código Penal Federal.

*Pena.* Es la imposición concreta de una sanción penal determinada que se impone a un sujeto que ha sido declarado culpable de la comisión de un ilícito. La pena es la sanción aplicable, al caso concreto, dentro de los límites de la ley.<sup>4</sup>

A los ojos del profano, la pena es lo que caracteriza al derecho penal, en virtud que como hemos apuntado en líneas anteriores, la pena es aquella que se impone al sujeto como consecuencia de su conducta que resultó ser típica antijurídica y culpable (delito). La pena únicamente puede ser impuesta por el propio Estado a través de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial)<sup>5</sup> por ser el titular del *ius puniendi* (derecho de castigar).

La facultad del *ius puniendi* o derecho de castigar que ejerce el Estado ha sido arduamente criticado por un sector minoritario de la doctrina jurídico penal, y en particular, por quienes niegan que el Estado tenga la potestad para perseguir los delitos e imponer penas a sus autores, entre ellos podemos mencionar al penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en los últimos años se ha presentado, desde perspectivas aledañas a la criminología crítica como un defensor de la teoría limitadora de la potestad punitiva del Estado.<sup>6</sup> No obstante lo anterior, cabe mencionar que en la actualidad el criterio mayoritario al respecto se encausa por aceptar que la facultad del *ius puniendi*

<sup>4</sup> La sanción, es el género, la pena y medida de seguridad es la especie, ya que la sanción engloba en su seno conceptual tanto las penas como a las diversas medidas de seguridad, que al efecto contempla nuestra legislación penal federal, o bien, cualquier otra rama del derecho.

<sup>5</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Editorial Porrúa, primera edición, México, 1998, página 251.

<sup>6</sup> Ibidem, página 244.

debe ser ejercida en forma discrecional únicamente por el Estado a través de sus diversos poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Al lado de las penas, o medidas *represivas*, existen las medidas de seguridad, o *preventivas*, a las primeras corresponden las penas que tienen un fin de retribución; a las segundas, las medidas de seguridad que tienen un fin de seguridad; nace de aquí una doble categoría de sanciones criminales: represivas o retributivas (penas) y preventivas (medidas de seguridad).<sup>7</sup>

Para Liszt, tanto la pena, como la medida de seguridad, corresponden al ámbito penal y sólo cabe su diferenciación práctica más no teórica; a juicio de Castellanos Tena, la diferenciación radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, la retribución, las medidas de seguridad, sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos.

*Ejecución de la pena.* Es la acción específica de imponer a los delincuentes, la pena decretada por el órgano jurisdiccional; es decir, el cumplimiento efectivo de la llamada amenaza normativa.

Con la diferenciación que hemos hecho de los conceptos punibilidad, sanción, pena y ejecución de la pena, queda de manifiesto que los conceptos en mención no pueden ser utilizados como sinónimos, pues si bien es cierto que dichos conceptos se relacionan entre sí, su seno conceptual es diverso, e igualmente que los mismos pertenecen a momentos e instancias diferentes. Por ejemplo: la punibilidad emana del Poder Legislativo al momento de punir conductas; la pena la impone concretamente el Poder Judicial a través de la individualización de la pena; y por último, la ejecución de la pena corresponde concretamente al Poder Ejecutivo, en virtud de que es quien hace efectiva la pena impuesta por el órgano jurisdiccional.

---

<sup>7</sup> García Máynes, Eduardo, *Introducción* op. cit., página 306

## 2. CRITERIOS DOCTRINARIOS ACERCA DE LA PUNIBILIDAD

A). *CRITERIO DOCTRINARIO QUE SOSTIENE A LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.*

A juicio de Zaffaroni en la sistemática de Liszt, Beling y Radbruch (sistema clásico), la punibilidad fue considerada como un elemento del delito;<sup>8</sup> lo anterior, debido a la definición del delito dada por los autores en mención, pues recordemos que para Von Liszt el delito era concebido como acciones antijurídicas, culpables, amenazadas con una pena, y para Beling el delito era definido como la acción típica, antijurídica y culpable colocada bajo la amenaza de una pena.<sup>9</sup>

El Doctor Polaino Navarrete, haciendo una clara distinción entre punibilidad y pena considera la punibilidad como un elemento del delito, exponiendo al efecto:

La pena es una consecuencia jurídica del delito, como se ha indicado prevista por la norma incriminadora para el autor culpable, del injusto típico, en cuya realización concurren las exigencias requeridas por el último carácter esencialmente configurador del delito.

La punibilidad afecta al concepto jurídico de delito, que es la acción típica, antijurídica, culpable y punible; por ello, la punibilidad es un elemento esencial del delito, una característica constitutiva de su estructura, que indica la susceptibilidad, la necesidad y el merecimiento de pena desde el punto de vista jurídico-penal y político-criminal, es acreedora a la realización del injusto típico y culpable por un determinado sujeto.<sup>10</sup> De lo anterior, se desprende que para todos aquellos autores que definen al delito como la conducta típica, antijurídica culpable y punible, la punibilidad consecuentemente se ubica como un elemento del delito por afectar su

<sup>8</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal parte general*, cuarta reimpresión, México, 1998, página 857.

<sup>9</sup> NOTA: Sistemáticamente la definición de Von Liszt y Beling, difieren entre sí en que este último al concepto de delito expuesto por Liszt, agregó, el elemento tipo penal, mismo que descubrió en el año de 1906, al exponer su teoría del tipo penal.

<sup>10</sup> Polaino Navarrete, Miguel, op., cit., páginas 85,86.

seno conceptual, tal y como lo puso de relieve el Doctor Polaina Navarrete; en el mismo sentido se expresa Francisco Pavón Vasconcelos<sup>11</sup> al mencionar que desde la aparición del primer volumen de su obra "Nociones de Derecho Penal" escrita en 1981, se afilia el concepto pentatómico del delito y consecuentemente considera que la punibilidad es un elemento con carácter fundamental del delito, ya que a su juicio no se debe confundir la pena con la punibilidad, pues al igual que Polaina Navarrete nos menciona que la pena es una consecuencia del delito y la punibilidad es la amenaza de la pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social; e igualmente Vasconcelos rechaza el argumento vertido por Luis Silvela, para sostener que la punibilidad es una consecuencia del delito, el cual, se hace consistir en que existen delitos no punibles, conforme a la ley, cuando por razones de convivencia se otorga una verdadera excusa absolutoria, ya que a su juicio dicho pronunciamiento no es un argumento sólido para combatir el criterio de que la punibilidad es carácter esencial en la noción del delito.

Para los sostenedores del criterio anterior, se presenta la problemática de tener que aceptar en contra de toda lógica jurídica, que una misma acción típica, antijurídica y culpable llevada a cabo en coautoría puede ser considerada como delictiva, y a la vez no ser delictiva, lo cual resulta ilógico, tal y como lo pondremos de relieve en el punto subsiguiente.

*B). CRITERIO QUE SOSTIENE A LA PUNIBILIDAD COMO CONSECUENCIA DEL DELITO.*

En contraposición al criterio mencionado en el inciso que antecede, destaca la teoría de Max Ernesto Mayer que nos menciona: La punibilidad surge como un resultado del delito y no como uno de sus elementos o componentes conceptuales.

---

<sup>11</sup> *Diccionario de Derecho Penal*, Segunda edición, México, 1999, páginas 582, 583.



Zaffaroni se afilia a la postura que considera, la punibilidad como una consecuencia del delito al decir: *"entendemos con casi toda la doctrina nacional, que la punibilidad no es un carácter del delito, sino un resultado de su existencia."*<sup>12</sup>

Por su parte, Cuello Contreras nos menciona que delito es un hecho punible, pero no inexorablemente penado, aunque los hechos penados son en todo caso delitos. La punibilidad por consiguiente es una nota conceptual pero no un elemento de la estructura del delito.<sup>13</sup> Por su parte el jurista Ignacio Villalobos, nos menciona que la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor su consecuencia ordinaria y, por ende, la punibilidad es una consecuencia del delito, toda vez que acorde a la justicia retributiva, suena lógico decir: que el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa en la sociedad. "Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible"; e igualmente menciona:

*"Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se le sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente. Más no se pueden tildar como delitos por ser punibles."*<sup>14</sup>

En el mismo sentido se pronuncia el Doctor Marco Antonio Díaz de León,<sup>15</sup> quien retomando al autor antes mencionado e igualmente señala que existen sendas infracciones administrativas, disci-

<sup>12</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*. op., cit., página 676.

<sup>13</sup> Nota que aparece a pie de página en la obra de Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos*. op., cit., página 86.

<sup>14</sup> Nota que aparece en López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, Novena edición, México, 2001, página 265.

<sup>15</sup> *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, tomo II, cuarta edición, Méx.2000 p.p. 1828- 1838

plinarias que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hayan sancionado por la ley sin ser delitos.

Por su parte, Luis Silvela expone un importante argumento a favor del repudio de la punibilidad como elemento del delito, al poner de relieve que existen delitos no punibles conforme a la ley, cuando por razones de conveniencia se actualiza una verdadera excusa absolutoria, ya que en dicha hipótesis el delito está integrado plenamente y, sin embargo, no es punible por razones de conveniencia para la política criminal.

Para los sostenedores del criterio anterior se presenta el problema de aceptar que existen delitos que no son punibles (sin consecuencia penal), pues cuando se presenta una "excusa absolutoria" el delito queda intacto y, sin embargo, no se aplica sanción alguna a su autor. Al respecto Zaffaroni nos dice que cuando se presenta una excusa absolutoria, ello no obedece a que falte ningún carácter de delito, sino una cuestión que tiene lugar y opera dentro de la misma teoría de la coerción penal. La afirmación de que el delito es punible, surge de la afirmación de que es delito, pero la coercibilidad a que da lugar el delito no siempre opera, porque hay una problemática que le es propia y que ocasionalmente impide su operatividad. La anterior problemática no se presenta para quienes consideran a la punibilidad como elemento del delito, pues al actualizarse una excusa absolutoria se genera un aspecto negativo del delito y, por ende, el mismo no se integra, de donde se desprende que para dichos autores no existen delitos impunes ya que el delito siempre es un concepto que expresa una acción humana susceptible, necesitada y merecedora de una pena.<sup>16</sup>

En México, Porte Petit en un primer momento siguiendo los lineamientos dados por el artículo 7º del Código Penal Federal, sostuvo que la punibilidad es un elemento del delito, sin embargo posteriormente, después de nuevas y fecundas investigaciones, tomando en consideración que cuando existe una hipótesis de ausencia de

---

<sup>16</sup> Polaino Navarrete, Miguel, op., cit., página 87.

condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho típico, antijurídico y culpable, pero no punible, en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, llegó a la conclusión de que la punibilidad no es un elemento del delito, sino una consecuencia del mismo;<sup>17</sup> en el mismo sentido se pronuncian Ignacio Villalobos, Castellanos Tena, Raúl Carrancá y Trujillo, Octavio Alberto Orellana Wiarco, entre otros, quienes son coincidentes en definir al delito como la acción típica, antijurídica y culpable.

Por su parte, Carrancá y Trujillo expuso que las excusas absolutorias afirman certeramente que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena; a lo anterior, el Doctor Orellana Wiarco agregó, las excusas absolutorias que impiden aplicar la pena, son válidas para quien la ley los ampara, pero no para sus cómplices; es decir, para el autor pueden operar las excusas absolutorias y para el cómplice no, en ambos casos el delito se integra; sin embargo, en el primer supuesto no existe consecuencia, es decir pena, y en el segundo supuesto, sí existe consecuencia penal; es decir, una misma acción típica antijurídica y culpable llevada a cabo en coautoría, en un primer término, se considera delictiva, y en segundo término, no se considera delictiva dicha conducta, lo cual resulta absurdo, siendo por ello que desde nuestro punto de vista la punibilidad es una consecuencia del delito, mismo que lo comete el autor y el cómplice, pero por razones de política criminal la pena a unos se aplica y a otros no. A fin de ejemplificar lo anterior me permito exponer el siguiente ejemplo: Juan y Pedro, deciden comprar 4 gramos de cocaína a Carlos, y posteriormente, son detenidos en posesión del narcótico que de común acuerdo compraron, y puestos a disposición del Ministerio Público Federal, quien al llevar a cabo la investigación correspondiente, se percata que en los términos del Certificado de toxicomanía emitido por el perito médico de la institución, Juan es farmacodependiente al consumo de la cocaína y la cantidad que le fue asegurada no excede de la

---

<sup>17</sup> Nota que aparece en Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos...* op. cit., página 278.

necesaria para su consumo personal y que Pedro, no es farmacodependiente al consumo de la cocaína y, por ende, la cantidad de cocaína asegurada excede para su consumo personal; e igualmente que es la segunda ocasión en que Pedro es detenido en posesión de narcóticos; con fundamento en lo anterior, el Representante social determina dejar en libertad a Juan por operar en su favor la excusa absolutoria prevista por el artículo 199 del Código Penal Federal,<sup>18</sup> e igualmente determina ejercitar acción penal en contra de Pedro por un delito contra la salud en su modalidad de posesión simple de cocaína, previsto y sancionado por el artículo 195 bis del Código Penal Federal.

#### ANÁLISIS:

a). Si consideramos la punibilidad como elemento del delito, tendríamos que aceptar que la conducta típica, antijurídica y culpable de Juan y Pedro realizada en coautoría, tiene una doble valoración, ya que se calificaría dicha conducta de delictiva sólo en lo que atañe a Pedro y no así en lo que se refiere a Juan.

b). Al considerar la punibilidad como consecuencia del delito únicamente se le daría una sola valoración a la conducta realizada en coautoría por Juan y Pedro; es decir, se consideraría dicha conducta como delictiva; sin embargo, a Juan no se le aplicaría pena alguna, por operar en su favor una causa que deja subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impidiendo únicamente la aplicación de la amenaza penal que el legislador prevé en los tipos penales.

### 3. PUNIBILIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

De una interpretación sistemática, coherente y ordenada del Código Penal Federal, se desprende que nuestra Ley Penal contempla la

---

<sup>18</sup> El precepto legal en comento nos menciona que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 del código Penal Federal, no se le aplicará pena alguna.

punibilidad como consecuencia del delito y no como un elemento del mismo, lo anterior tomando en consideración la definición que al respecto nos proporciona el artículo 7° de la ley penal en estudio, precepto legal este que define al delito "como el acto u omisión que sancionan las leyes penales", pues a nuestro juicio la definición anterior no lleva implícito en su seno conceptual a la punibilidad, ya que al referirse el precepto en mención que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, se refiere en forma enunciativa más no limitativa a cualquier sanción penal que se imponga a la persona que comete un injusto penal culpable (delito), como podría ser cualquiera de las penas o medidas de seguridad,<sup>19</sup> a las que hace alusión el artículo 24 de la ley penal en estudio y no exclusivamente la pena corporal que resulte aplicable al sujeto activo, los cuales se deben de regir por los parámetros señalados por el legislador al momento de punir las conductas (punibilidad). De los razonamientos vertidos con antelación e igualmente se desprende que nuestra legislación no contempla al delito como la acción típica, antijurídica, culpable y punible, requisito este que a nuestro juicio es necesario para que se pueda ubicar la punibilidad como elemento del delito, pues no se debe pasar por alto que los sostenedores de dicho criterio son unánimes en definir al delito como la acción típica, antijurídica, culpable y punible.

Asimismo, es dable mencionar que desde nuestro punto de vista, en un estado democrático de derecho como el nuestro no se le puede aplicar pena o medida de seguridad a una persona que no haya cometido un delito, ya que ello contraviene el principio fundamental que rige en nuestro país que reza: no hay pena, sin delito *nullum crimen nulla poena sine lege*; y más aún se le aplicaría al sujeto un derecho penal de peligrosidad, en contravención al principio de culpabilidad implícitamente reconocido por nuestra Carta Magna, lo anterior, en virtud de que conforme al principio de legalidad plasmado en el artículo 14 constitucional, el Estado en ningún caso podrá

<sup>19</sup> Tal y como lo hemos mencionado con antelación, tanto la pena como la medida de seguridad, es designada bajo la denominación común de sanciones.

imponer pena o medida de seguridad, sino es por la realización de una conducta que previamente haya sido descrita en la ley, como delito o sin que la sanción esté igualmente establecida en la ley.<sup>20</sup>

Al efecto, cabe mencionar, que en ocasiones no obstante que opera en favor del inculcado alguna excusa absolutoria, se aplica una medida de seguridad, por ejemplo: al operar la excusa absolutoria prevista por el artículo 199 del Código Penal Federal, al sujeto activo se le impone la medida de seguridad a que hace referencia el punto 3 del artículo 24 del Código Penal Federal, al mencionar que las penas y medidas de seguridad son: Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.<sup>21</sup> De donde se desprende que se actualiza el delito no obstante de operar una excusa absolutoria, lo cual es acorde con el criterio doctrinario sostenido por el jurista mexicano Marco Antonio Díaz de León,<sup>22</sup> quien afirma que la medida de seguridad recae sobre la peligrosidad postdelictual y, por ende, solamente pueden ser impuestas por la comisión de un delito, respetando siempre las garantías consagradas a favor del gobernado por nuestra Carta Magna.

Lo anterior, reafirma el criterio que la punibilidad es una consecuencia del delito, pues siguiendo a Sebastián Soler, la excusa absolutoria es el aspecto negativo de la punibilidad, mismo que impide jurídicamente que se actualice dicho elemento, y por ende, para quienes sostienen que la punibilidad es un elemento del delito lógicamente no se actualiza el delito mismo, y por consiguiente se estaría en una imposibilidad jurídica de aplicar una medida de seguridad al sujeto activo, ya que su conducta no sería delictiva y, por ello carece de razón el aplicar una medida de seguridad.

Ahora bien, del contenido y análisis del Artículo 15 del Cód-

---

<sup>20</sup> Moisés Moreno, *Política Criminal y reforma penal*, primera edición, México, 1999, páginas 114, 115.

<sup>21</sup> Lo anterior se complementa con lo dispuesto por los artículos 523 y 524 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que dichos preceptos en su conjunto nos señalan que el farmacodependiente, deberá ser puesto a disposición de la autoridad sanitaria para su tratamiento y rehabilitación, lo cual constituye una medida de seguridad.

<sup>22</sup> *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Editorial Porrúa, México, 2000, página 1385.

go Penal Federal, igualmente se desprende que a la punibilidad nuestra legislación penal la contempla como una consecuencia del delito, lo anterior tomando en consideración, que dicho precepto legal únicamente contempla como causa de excluyente de delito la falta de tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, y no prevé como excluyente del delito la ausencia de punibilidad, de donde se desprende que sistemáticamente nuestra actual legislación contempla la punibilidad como consecuencia del delito, ya que de lo contrario sería necesario que en el precepto legal en comento contemplara como excluyente del delito la falta de punibilidad, pues no se debe pasar por alto que la responsabilidad es fruto de la concurrencia que integran el delito, y las excluyentes se clasifican como el aspecto negativo de los elementos que integran el mismo; es decir, como la ausencia de cada uno de los elementos, de donde resulta que al hablar de punibilidad como elemento del delito nos llevaría lógicamente a la necesidad de plantearnos una excluyente de delito más, que en el caso que nos ocupa sería por ausencia de punibilidad, lo cual a juicio del Doctor Marco Antonio Díaz de León desnaturaría las excusas absolutorias.

Por último, cabe mencionar que el Código Penal en estudio al tratar el tema de las excusas absolutorias, no lo hace dentro de la parte general del código penal en estudio, ni mucho menos en el capítulo primero del libro primero que se denomina "Reglas generales sobre delitos y responsabilidad", sino que lo hace en la parte especial en forma subsidiaria a la descripción típica legal de ciertos delitos, por ejemplo: la excusa absolutoria que prevé en su artículo 195, párrafo tercero, 199, 375, 379, 423, todos ellos del Código Penal en estudio.

#### **4. EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

Siguiendo el criterio que pregona que la punibilidad es una consecuencia del delito, y no un elemento del mismo, podemos decir que las excusas absolutorias son aquellas causas que dejan subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impidiendo únicamente

la aplicación de la amenaza penal que el legislador prevé en los tipos penales, mismas que encuentran su fundamento y su razón de existir en que el Estado haciendo uso de la facultad del *ius puniendi* o derecho de castigar deja impunes o prescinde de la pena de determinadas conductas típicas antijurídicas y culpables realizadas por un sujeto determinado por razones de justicia y equidad, lo anterior ya que de acuerdo a una sana política criminal el legislador por razones de utilidad o de mínima peligrosidad, considera que es preferible la impunidad, al castigo, ya que éste podría resultar más perjudicial, tanto para el sujeto activo, como en ocasiones para el propio ofendido.

Al respecto Jiménez de Asúa menciona que las excusas absolutorias son aquellas causas que hacen que un acto típico, antijurídico imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

El Doctor Orellana Wiarco al mencionar:

"Las excusas absolutorias se pueden definir diciendo que son aquellas específicas causas de carácter personal que el legislador regula expresamente donde un hecho o conducta típica, antijurídica y culpable no resulta punible."<sup>23</sup>

Como una consecuencia lógica, jurídica y sistemática de ubicar la punibilidad como consecuencia del delito, no obstante que no exista acreditado el elemento punibilidad, se podrá afirmar que sí se encuentra acreditado el delito, lo cual legitima la aplicación de alguna medida de seguridad al sujeto activo que haya cometido un injusto penal culpable (una acción típica antijurídica y culpable).

## CONCLUSIONES

De la exposición del presente ensayo, a nuestro juicio ha quedado plenamente justificado que en nuestra actual legislación penal, la punibilidad es contemplada como una consecuencia del delito y no como un elemento del mismo. Lo anterior tomando en conside-

---

<sup>23</sup> Orellana Wiarco Octavio Alberto, *Curso de derecho penal*. op., cit., página 418.



ración que acorde a la interpretación sistemática, coherente y ordenada de los artículos 7, 15 y 24 del Código Penal Federal, es jurídicamente imposible contemplar la punibilidad como un elemento del delito; en virtud de que dichos preceptos legales son acordes al criterio doctrinario que pregona que la punibilidad es una consecuencia del delito, pues no se debe pasar por alto que el artículo 7° antes mencionado, no define al delito como una acción típica, antijurídica, culpable y punible, definición ésta que caracteriza a quienes contemplan a la punibilidad como un elemento del delito; e igualmente porque en los términos del artículo 24 de la ley en cita, existen acciones típicas, antijurídicas y culpables, más no punibles, a las cuales se les aplica una medida de seguridad. Y por último debido a que en los términos del artículo 15 de la Ley Penal en comento no se contempla como excluyente de delito la ausencia de punibilidad, lo anterior no obstante que dicho precepto legal, recoge en su seno conceptual todos y cada uno de los elementos negativos del delito.

El ubicar la punibilidad como consecuencia del delito, trae inmersa la consecuencia jurídica de aceptar que al actualizarse una excusa absolutoria el delito se integra en su totalidad y, por ende, acorde a la división sistemática de los elementos del delito, para hacer efectiva una excusa absolutoria es necesario primeramente constatar que efectivamente el sujeto activo cometió un delito; e igualmente, es necesario que al momento de que se resuelva la situación jurídica del sujeto activo el juzgador primeramente constate la actualización del cuerpo del delito y la probable responsabilidad en los términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y posteriormente lleve a cabo el estudio sistemático respecto a la probable existencia de una causa que elimine la operatividad de la coercibilidad penal (excusa absolutoria), y de ser procedente hacer efectivo en favor del indiciado alguna excusa absolutoria y consecuentemente se dicte auto de libertad.

## BIBLIOGRAFÍA

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Cuadragésima segunda edición., Méx., 2001, pág. 361, Ed. Porrúa.

Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, cuarta edición, México 2000, página 2753, Editorial Porrúa.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 50<sup>o</sup> edición, México, 1999, página 444, Editorial Porrúa.

López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Novena edición, México, 2001, página 313, Editorial Porrúa.

Moreno Hernández, Moisés, *Política Criminal y Reforma Penal*, Primera edición, México, 1999, página 489, Editorial Porrúa.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal Parte General*, Primera edición, México, 1999, página 440, Editorial Porrúa.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, Segunda edición, México, 1999, página 1126, Editorial Porrúa.

Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Primera edición, México, 2001, página 383, Editorial Porrúa.

Schünemann, Bernd, *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En el sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Editorial, Tecnos, Madrid, 1991.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Cuarta reimpresión, México, 1998, página 857, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor.



## Los derechos humanos y la defensa penal

*Marco Antonio Ramos Morales*

Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública

En el debate histórico de establecer límites al poder público en su relación con el individuo, y eventualmente obligar a que el Estado procure y garantice prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, de manera formal desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano emanada de la Revolución Francesa, hasta la decisión del pueblo, -cuando tomó conciencia de que el poder le pertenece sólo a él y decide depositarlo en una constitución-, que se garantice el reconocimiento, protección y procuración de garantías mínimas individuales, el tema no ha dejado de tener desarrollo, observación y estudio.

Actualmente no es sólo al constituyente y al legislador ordinario a quienes preocupa la defensa de los derechos mínimos de la persona. Cada vez cobra mayor fuerza la concepción generalizada de muchos países que admiten a la persona como sujeto excepcional de derecho internacional. Merced a los planteamientos y gestiones de diversos organismos no gubernamentales como institucionales, diversos bloques de países han tomado acuerdos que establecen el reconocimiento y protección de derechos mínimos de todo ser humano.

Afortunadamente, el pueblo mexicano desde el primer momento en que decide depositar el poder soberano en una constitución formal, consideró conveniente incluir en ella un capítulo en el que se

reconocen, protegen y procuran las garantías mínimas del individuo, como un escudo jurídico que por una parte marca los límites del Estado frente a la persona, y por la otra imponen el deber estatal de lograr el bienestar común. Garantías que si bien son definidas expresamente en nuestra norma fundamental, no por ello debemos entender que son limitadas, sino que únicamente consignan lo mínimo que el Estado debe respetar, pero que pueden ser ampliadas por cualquier normatividad secundaria.

Así tenemos, por una parte que nuestra constitución recoge garantías mínimas del individuo, y por otra, que dichas garantías se amplían tanto en la legislación secundaria como en tratados internacionales que son derecho positivo en nuestro país.

Ahora bien, antes de analizar dichas garantías ampliadas, como una herramienta adicional con la que contamos para hacer una defensa penal mas apropiada, revisemos el aspecto técnico jurídico derivado de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Y lo enfocaremos precisamente al ámbito jurídico, toda vez que de igual manera este tema se presta a visualizarlo desde una óptica social política, de la cual prescindiremos ahora en virtud de encontrarnos analizando los derechos humanos en relación con la defensa penal, misma que por supuesto se brinda bajo dogmas legales y jurisprudenciales, espacio en el cual por cierto la doctrina, si bien no es dogma, aporta contribuciones adicionales a la ley y a la jurisprudencia. En un contexto nacional, la protección de los derechos fundamentales del individuo, en la parte que vincula el aspecto técnico jurídico de estas prerrogativas con la defensa penal, se encuentra contemplada tanto en la Constitución como en la legislación ordinaria, ello hace sencillo utilizarlas jurídicamente en favor de nuestros defensos. En efecto, la parte dogmática de nuestra norma fundamental trata precisamente del reconocimiento y protección de los derechos humanos, y la parte orgánica establece mecanismos de control constitucional para que dicho reconocimiento y protección se lleven al plano pragmático, aspecto que por encontrarse debidamente reglamentado por la legislación ordinaria, no

entraremos a su estudio en el presente trabajo. Y respecto a la protección social política de los derechos humanos en nuestro país, éstos se desvinculan formalmente del aspecto procesal jurisdiccional, por lo que de igual manera tampoco serán objeto de nuestro análisis. En tal virtud, y como un complemento adicional a la defensa penal desde el punto de vista técnico jurídico, nos resulta práctico dedicar el estudio al enfoque de los derechos humanos que trascienden procesalmente en la defensa penal. Por ello profundizaremos en el análisis de los tratados internacionales, especialmente los que versan sobre derechos fundamentales. En cuanto a este orden internacional, haremos énfasis solamente en dos enfoques: La incorporación y consecuente aplicación de los tratados internacionales como fuente de nuestro derecho interno, y la injerencia procesal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con ello, dejamos fuera de estudio a la protección social política que brinda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que no produce efectos técnico procesales de índole jurídica para la defensa penal. Y soportamos este criterio con el contenido de las tesis aisladas siguientes:

*Registro No. 183875*

*Localización:*

*Novena Época*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Julio de 2003*

*Página: 1063*

*Tesis: II.2o.P77 P*

*Tesis Aislada*

*Materia(s): Penal, Común*

*CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. NO ESTABLECE EL CARÁCTER OBLIGATORIO Y VINCULANTE (PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO) DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN A QUE DIO SURGIMIENTO. El argumento de que*

*los tratados sobre derechos humanos, dada su naturaleza, ameritan un tratamiento especial o diverso, no puede aceptarse al extremo de romper y desconocer, por otro lado, la naturaleza misma de todo pacto, tratado o convención internacional, que es la de surgir, no por obligación impositiva en planos de imperio y subordinación, sino sobre la base de igualdad de los miembros de la comunidad internacional y el respeto a la voluntad de aceptar los términos en que cada Estado conviene en comprometerse; de manera que si en la mencionada convención, también denominada "Pacto de San José", no se advierte el establecimiento de carácter obligatorio del acatamiento al contenido de las recomendaciones de la comisión formada y, por ende, no puede decirse que exista la aceptación por parte de los Estados que lo subscribieron respecto de reconocer un carácter vinculante que no tiene; es por demás evidente que los aludidos términos del compromiso por parte de los Estados, y alcances y efectos de éste, no pueden ignorarse o pretender rebasarse bajo el argumento diferenciador de la materia del tratado, puesto que toda convención o acuerdo internacional, independientemente de la materia sobre la que verse, parte del principio del respeto a la normatividad establecida en el contexto del derecho internacional, en pro del reconocimiento a la igualdad y libre voluntad de los Estados miembros de la comunidad de las naciones, que son hoy por hoy la máxima expresión de representación de un conglomerado social; de manera que la observación a la normatividad y legalidad establecidas, aun en ese contexto, es sin duda también un derecho de todo integrante de la humanidad.*

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 136/2002. 13 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez.

Registro No. 183899

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Julio de 2003

Página: 1049

Tesis: II.2o.P.73 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal, Común

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL EL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO, POR SÍ, A UNA RECOMENDACIÓN DE LA. Debe destacarse que en el tratado internacional relativo al Pacto de San José en el que se creó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su parte primera, relativa a los Deberes de los Estados y derechos protegidos, capítulo primero, artículo 2, se establece lo siguiente: "Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.-Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.". Por su parte, el artículo 41, inciso b), del mencionado tratado, dispone: "Artículo 41. La comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: ... b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los Gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.". En tal virtud, resulta incorrecta la afirmación



*en el sentido de que el incumplimiento a una recomendación de la comisión interamericana transgrede el artículo 133 constitucional, pues según aduce el recurrente, conforme a dicho precepto, el "tratado de San José" forma parte integral de la legislación nacional. Y el hecho de que ese pacto hubiere sido aceptado por el Estado mexicano con el compromiso de compartir el interés por tomar medidas de acuerdo con la legislación nacional para el respeto a los derechos humanos, no significa que las recomendaciones de la comisión interamericana tengan carácter obligatorio. Según el aludido tratado, el compromiso asumido en el plano de las relaciones internacionales es el de adoptar medidas (entre las que pudieran considerarse las legislativas tendentes a la creación de preceptos legales para regular ámbitos de aplicación, por ejemplo, del contenido de esa clase de recomendaciones), para fomentar el respeto a los derechos humanos. Incluso, se establece que en el caso de que no se tenga garantizado el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas, se deberán adoptar, con base en los procedimientos constitucionales del Estado de que se trate, precisamente las disposiciones legislativas necesarias para ello. Hipótesis esta última que en el caso mexicano no se actualiza, pues es reconocida la existencia del juicio de amparo como medio procesal constitucional que garantiza esa tutela y salvaguarda.*

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.**

*Amparo en revisión 136/2002. 13 de diciembre de 2002. Unanimitad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez.*

## **LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

Para el ámbito externo, tenemos que los derechos humanos deben ser y son un asunto que rebasa a los Estados: la persona es vista como un sujeto de derecho internacional, y es en razón de ello que se ha propiciado la celebración de diversos tratados internacionales en esta materia, mismos que una vez que cumplen las formalida-

des constitucionales, se incorporan al derecho interno de los países suscribientes.

En efecto, los Tratados Internacionales son fuente del derecho interno de los Estados, y para analizar cómo se realiza esta integración, procede hacerlo bajo tres enfoques:

#### POR LOS PROCESO DE VINCULACIÓN

En todo sistema jurídico político, la regulación de las relaciones entre el derecho interno y el internacional parten de las Constituciones de los Estados. Corresponde a la norma fundamental interna reconocer la jerarquía y peculiaridad del derecho internacional, lo cual puede hacer por remisión o por incorporación.

Por remisión: En el caso de nuestro país, los artículos 42 y 89 en su fracción X remiten nuestra normatividad interna a la internacional. En efecto, el artículo 42 constitucional, al disponer que "*El territorio nacional comprende:...El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional*", si bien lo hace ejerciendo su soberanía, implica que en uso de ella es su deseo someterse al orden internacional a efecto de fijar sus propios límites territoriales. Y en cuanto a la fracción X del artículo 89 constitucional, si bien faculta al Presidente de la República a dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado, también es cierto que lo obliga a observar los siguientes principios normativos en materia internacional: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo y la lucha por la paz y la seguridad internacionales, lo cual es una manera más de vincular el derecho interno con el internacional.

Por Incorporación: En cuanto al proceso de vinculación por incorporación, nuestra constitución da vida jurídica interna a los tratados internacionales a través del contenido de los artículos 133,

76 y 89. El artículo 76 faculta al Senado a aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión; el artículo 89 otorga como facultad del Presidente de la República el de celebrar tratados internacionales a condición de que cuente con la aprobación antes señalada, y el artículo 133 dispone que también éstos son ley suprema de toda la Unión.

Para su mejor comprensión y estudio, cabe mencionar que acorde a la manera en que las constituciones de diversos países vinculan los tratados internacionales con el derecho interno, existen dos clasificaciones doctrinarias:

I. Monista.- Suscrito el documento, lo aprueba el órgano legislativo y lo ratifica el Ejecutivo, quedando dicho tratado incorporado al ordenamiento jurídico interno. Para efectos prácticos, en esta vertiente solamente se da un proceso: la suscripción, aprobación, ratificación y publicación del tratado internacional.

II. Dualista.- por disposición de algunas Constituciones, se requerirá de transformar el tratado en ley y demás disposiciones necesarias para su aplicación, o incluso, reformar aquella legislación que sea contraria al tratado que se incorpora. En esta vertiente, se dan dos procesos: En uno primero se celebra el tratado; posteriormente en el segundo habrá que realizar el proceso legislativo propio del país de que se trate, para así transformar el tratado en ley, o reformar para adaptarla la ley interna que lo contravenga.

POR LAS FORMAS DE RECEPCIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES  
En México los tratados requieren para incorporarse, estar de acuerdo con la Constitución y celebrarse por el Presidente de la República con aprobación del Senado.

En materia de derechos humanos y seguido el procedimiento antes mencionado, esta incorporación es automática. Al momento de incorporarse al sistema jurídico nacional, los tratados tienen la misma posibilidad de ser aplicados como cualquier otra norma de la constitución, de la ley, o de la jurisprudencia obligatoria, sin embargo, hay normas que requieren reordenar el régimen jurídico interno para su aplicación.

Por otra parte y en ejercicio de la soberanía, la propia constitución establece limitaciones. El artículo 15 dispone que no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano; y el artículo 117 establece que los Estados que conforman la Federación no pueden, en ningún caso celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las Potencias extranjeras.

#### POR LA JERARQUÍA DE NORMAS

La jerarquía de los tratados internacionales la establece la constitución de cada país. Así tenemos que de acuerdo a dichas normas fundamentales, encontraremos 4 categorías: Supranacional, cuando por disposición de la propia constitución, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a la misma, (por ejemplo Guatemala, Honduras y Colombia); Constitucional, cuando la constitución dispone que los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que ésta, (p.ej. Argentina), Supralegal, en el caso de que los tratados internacionales tengan mayor jerarquía que la legislación ordinaria pero menor jerarquía que la constitución, (p.ej. Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Ecuador) y Legal, cuando los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que la legislación ordinaria interna. En esta última categoría podemos incluir formalmente las constituciones que tienen como modelo la Constitución de Estados Unidos, aún cuando la interpretación interna de los países miembros pueda dar categoría diversa, tal como ha ocurrido en el nuestro. En efecto, si bien nuestra constitución es inferida por la propia de los Estados Unidos de Norteamérica, no señala con precisión cuál es la jerarquía que tienen los tratados internacionales. De la simple lectura que podamos dar al contenido del artículo 133 constitucional, podríamos deducir que éstos tienen la misma jerarquía en la pirámide de Kelsen que la legislación ordinaria, sin em-

bargo en la tesis 192,867 del pleno de la SCJN, se ha ubicado por ahora a los tratados internacionales en la categoría Supralegal (Jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal).

Ahora bien, no debemos concluir el análisis de la jerarquía de los tratados internacionales, sin antes revisar lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual establece que *"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"*. Por otra parte, el artículo 46 de esta Convención, establece que respecto a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados:

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno; y 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Ello nos invita a reflexionar respecto a la verdadera jerarquía de los tratados internacionales. En efecto, en el caso del derecho interno de nuestro país, parece quedar claro que tienen menor jerarquía que la constitución. Sin embargo, llevados al ámbito internacional, esto no ocurre así. ¿Qué sucedería si nuestra constitución contraviene lo dispuesto en un tratado internacional del cual somos parte? Mientras el asunto se ventile únicamente en tribunales internos, ello no presenta mayor complicación. La dificultad existe al momento en que dicho asunto llegara a revisarse en organismos internacionales. En este caso, no podría nuestro país argumentar que se limitó a aplicar el derecho interno, sin importar que éste contraviniese lo dispuesto por el tratado internacional. Con toda

seguridad la corte internacional respectiva al emitir su fallo desecha-  
ría este argumento, mediante la invocación del citado precepto de  
la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados.

Como un argumento adicional, cabe reflexionar que en todo  
sistema jurídico, en materia de Derechos Humanos, habiendo con-  
flicto de jerarquías entre diversas normas, ya se trate de un tratado  
internacional, la constitución o la legislación ordinaria, procede  
invocar como principio el que permite se aplique la norma que más  
favorezca a la víctima de la violación de sus derechos fundamentales.

Hay que considerar, se reitera, que las garantías individuales que  
contiene nuestra constitución son mínimas, no limitativas. Esto es,  
que en cualquier momento pueden ser ampliadas, ya sea por la le-  
gislación ordinaria o bien por tratados internacionales, los cuales se  
incorporan a la vida jurídica de nuestro país una vez que observan  
las formalidades ya estudiadas. Entonces, resulta inconcuso afirmar  
que debe de prevalecer la norma que más favorezca al individuo por  
ser éste el objeto de la protección constitucional en su capítulo de  
derechos fundamentales, y este principio no rompe de fondo con el  
espíritu constitucional en ningún momento. Este criterio se reafir-  
ma al tener presente que nuestra constitución formal recoge la vo-  
luntad popular, misma que en su evolución permanente se actualiza  
si no de manera formal, sí de manera material, por lo que la inter-  
pretación jurisdiccional de la norma fundamental siempre deberá  
tener presente los momentos históricos ya no solamente internos,  
sino en el contexto internacional.

Por otra parte, en el caso de haber contravención entre nuestro  
derecho interno y el contenido de un tratado internacional en ma-  
teria de derechos humanos, si la balanza se inclinara a favor de la  
ley nacional, habría responsabilidad internacional para el Estado.  
Si nuestro país ha tomado la decisión de formar parte de un tratado  
internacional, y después incumple con él, al dar preferencia en fa-  
vor de la ley cuando hay contravención con el primero, es obvio  
que tendríamos responsabilidad internacional. Se podría hacer  
internacionalmente responsable al Estado, cuando desconocieran

un tratado, como lo sería el preferir una norma inferior a aquél. Este argumento es válido de considerarse al tomarse una decisión al respecto.

Por otra parte, en caso de que el juzgador persista en la duda, considerando que los tratados tienen una jerarquía legal, esto es, se encuentren en el mismo plano que la legislación ordinaria, entonces tendrá que estarse a la temporalidad y a la especialización, dando prioridad a la ley especial sobre la general, o la posterior respecto de la anterior, según sea el caso.

## APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

### ORDEN INTERNO

Hemos analizado con anterioridad que los tratados internacionales, una vez cubiertas las formalidades que indica nuestra constitución, entran de manera monista a la vida jurídica de nuestro país. Dichos tratados no constituyen un orden jurídico propio, sino que se incorporan a los órdenes jurídicos ya existentes en nuestro derecho interno.

En lo concerniente al orden jurídico federal, es sencillo comprender la incorporación de dichos tratados con su simple iniciación de vigencia, y en consecuencia, deducimos que los mismos son aplicados por los juzgadores federales sin dudarlos cuando así se requiere.

Las dudas pudieran surgir cuando estos tratados deban ser incorporados a los órdenes jurídicos del Distrito Federal y de los Estados. Para desvanecer estas dudas, reflexionemos que como nación, somos un todo; nos une un pacto federal plasmado en nuestra constitución formal, en la cual, emulando a la constitución originaria que sirvió como modelo de la nuestra, las entidades federativas ceden parte de su soberanía a favor de la Federación. Y dentro de esa soberanía cedida, se incluye lo relacionado con las relaciones internacionales y la celebración de tratados. Así tenemos que si el gobierno federal celebra un tratado internacional, lo hace en ejercicio de ese poder conferido, pero en representación de todos los mexica-

nos, como sistema representativo y federal, y en tal virtud no solamente beneficia y obliga a la propia federación, sino también al orden interno de cada Estado, al ser éstos parte misma de la Unión. Bajo este razonamiento, los jueces del fuero común deben superar la creencia que la aplicación de los Tratados Internacionales es facultad exclusiva de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, y decidirse a tomar su responsabilidad en este sentido, aplicando lo dispuesto en ellos cuando así se requiera en el área de su competencia.

En cuanto al orden jurídico constitucional, específicamente en materia de amparo, cuando se invoquen cuestiones de legalidad conforme a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, puede alegarse la violación a disposiciones contenidas en tratados internacionales.

Procedimientos y órganos competentes para examinar la constitucionalidad de un tratado internacional:

Acorde a la jerarquía que en el derecho interno otorga nuestra constitución a los tratados internacionales, parecería claro afirmar que el juicio de amparo es la vía idónea para impugnar la inconstitucionalidad de un tratado.

Además, confirma lo anteriormente plasmado, las recientes adiciones al artículo 105 constitucional, al otorgar como facultad adicional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la propia Constitución, en concreto, aquellas que podrá plantear la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en dicha Constitución.

Asímismo, y a manera de comentario, cabe agregar que la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos habrá de perfeccionarse, de aprobarse el proyecto de la



Suprema Corte de Justicia de la Nación de Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, que en su artículo 1º dispondría que "El juicio de Amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con aquélla, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado."

#### POR ORGANISMOS INTERNACIONALES

Actualmente, en el contexto internacional la protección de los Derechos fundamentales se organiza de manera regional, funcionando en tres continentes: europeo, americano y africano, y en cada uno de ellos se han creado diversos organismos para tales efectos. En el Continente Americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene su sede en Washington, D.C. y actúa en representación de todos los países miembros de la OEA. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal, que no representan a ningún país en particular y que son elegidos por la Asamblea General.

En 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978 y que ha sido ratificada, a septiembre de 1997, por 25 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala,

Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. La Convención define los derechos humanos que los Estados ratificantes se comprometen internacionalmente a respetar y dar garantías para que sean respetados. Ella crea además la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, y define atribuciones y procedimientos tanto de la Corte como de la CIDH. La CIDH mantiene además facultades adicionales que antedatan a la Convención y no derivan directamente de ella, entre ellos, el de procesar peticiones individuales relativas a Estados que aún no son parte de la Convención.<sup>1</sup>

### *¿CUÁLES SON LAS FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA CIDH?*<sup>2</sup>

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato:

a) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales que alegan violaciones de los derechos humanos, según lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención.

b) Observa la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros, y cuando lo considera conveniente publica informes especiales sobre la situación en un Estado en particular.

c) Realiza visitas in loco a los países para profundizar la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular. Generalmente, esas visitas resultan en la preparación de un informe respectivo, que se publica y es enviado a la Asamblea General.

d) Estimula la conciencia de los derechos humanos en los países de América. Para ello entre otros, realiza y publica estudios sobre temas específicos. Así por ejemplo sobre: medidas para asegurar mayor independencia del poder judicial; actividades de grupos irregulares armados; la situación de derechos humanos de los menores, de las mujeres, de los pueblos indígenas.

<sup>1</sup> Tomado de la página web <http://www.cidh.org/que.htm> el día 11 de septiembre de 2006.

<sup>2</sup> Ibidem.

e) Realiza y participa en conferencias y reuniones de distinto tipo con representantes de gobiernos, académicos, grupos no gubernamentales, etc., para difundir y analizar temas relacionados con el sistema interamericano de los derechos humanos.

f) Hace recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas para contribuir a promover y garantizar los derechos humanos.

g) Requiere a los Estados que tomen "medidas cautelares" específicas para evitar daños graves e irreparables a los derechos humanos en casos urgentes. Puede también solicitar que la Corte Interamericana requiera "medidas provisionales" de los Gobiernos en casos urgentes de peligro a personas, aun cuando el caso no haya sido sometido todavía a la Corte.

h) Somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y actúa frente a la Corte en dichos litigios.

i) Solicita "Opiniones Consultivas" a la Corte Interamericana sobre aspectos de interpretación de la Convención Americana.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 1º de sus estatutos señala que es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y de dicho Estatuto. El artículo 2º señala como competencia y funciones de la Corte, el ejercer función jurisdiccional y consultiva.

Respecto a la función jurisdiccional, que es la que interesa en este estudio al vincularlo con la defensa penal, el artículo 61 de la Convención dispone que sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, y para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

En efecto, el tratado que origina la creación de la Corte, permite que además de la Comisión solamente sus miembros puedan someter un asunto ante ella. Y respecto a estos estados suscribientes

del tratado, se representan como un todo, como una unidad, por lo que si bien en lo interno el estado mexicano divide el ejercicio del poder acorde a 5 órdenes jurídicos (Federal, Estatal, Municipal, Distrito Federal y Constitucional), sólo la representación oficial de nuestro país en materia de relaciones exteriores puede acceder a este sistema de justicia, por lo que no puede aisladamente un organismo interno acudir a dicha Corte.

Ahora bien, en el caso de nuestro tema, la defensa penal del individuo y los derechos humanos, aún sin tener la representación oficial del Estado Mexicano, el mismo precepto antes señalado nos ofrece una vía para acceder a esta justicia internacional, siempre y cuando se cumpla con las formalidades que señala la multicitada Convención. Así se abre un camino procesal más a favor de la defensa de los derechos fundamentales del individuo: Acudiendo a la Comisión primero, y a través de ésta a la Corte.

En este aspecto, podemos favorablemente mencionar grandes avances. Por ejemplo, los medios utilizados para probar la violación de algún derecho fundamental del individuo que se ofrezcan ante dicha Comisión, serán valorados dentro del procedimiento que se llegare a instaurar en la Corte Interamericana, lo que evita un doble esfuerzo en materia procesal.

#### *EFFECTOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS*

1. Deber Genérico de respeto, proteger, satisfacer y garantizar los derechos previstos en el tratado.
2. La necesidad de adecuar el ejercicio de sus funciones a las pautas contenidas en los tratados, tales como la expedición de leyes u otras disposiciones.
3. Modificación de prácticas administrativas y de criterios judiciales.
4. Establecimiento e instrumentación de políticas públicas y la aplicación de recursos que permiten la realización de los derechos establecidos por el tratado.

Reparaciones posibles a la violación de derechos humanos.

- Preventivas.- Evita la reiteración o continuidad del agravio.
- Restitutivas.- Enfrenta las consecuencias del agravio (P. ej. indemnización por daño moral y material, reposición en el trabajo y dignidad de la persona).

En materia penal, como ilustración, mencionaremos a manera de ejemplo una forma de restituir la garantía violada en nuestro país. Si consideramos que para acudir a la Comisión es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, incluyendo por supuesto el juicio de amparo, nos podríamos preguntar cuál recurso nos queda o de qué manera se puede hacer posible el cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sin violentar el orden jurídico interno. Pues bien, la salida que se ha encontrado a la fecha es mediante el procedimiento de reconocimiento de inocencia. En efecto, si se considera que en un fallo inacatable de un órgano jurisdiccional en materia penal contiene una violación de derechos humanos de un individuo, cubiertas las formalidades y requisitos, y con ese motivo es llevado el caso a la Corte por la Comisión, demostrándose dicha violación, la resolución de la Corte Interamericana que ordena la restitución del derecho violado deberá ser acatada por el país infractor acorde a su derecho interno, y en nuestro caso, agotados por supuesto los recursos legales, cabe entonces utilizar el procedimiento de reconocimiento de inocencia previsto en nuestra propia legislación, vinculando así procesal y jurídicamente la protección internacional de los derechos humanos con el orden jurídico interno.

- Cumplimiento.- Los tratados, al igual que los contratos, se celebran para cumplirse, obligándose las partes que lo suscriben a acatarlo, salvaguardando así el Estado de derecho.

## La producción derivativa del Derecho

*Omar Julián Román Peña*  
Asesor Jurídico Federal

Se deberá poner de manifiesto que el ordenamiento jurídico positivo regula él mismo su propia producción, es decir, la producción de sus normas.

Sea cual fuere el origen real concreto de las diversas normas y aun del orden cronológico de su producción, todas ellas se articulan en un sistema unitario jerárquico o escalonado; de suerte que cada una tiene en otra superior, el fundamento formal de su vigencia; y, al mismo tiempo, ellas constituyen la base de la vigencia de otras inferiores. Los grados o escalones del sistema jurídico se organizan en una serie, que va desde la norma fundamental, pasando por las normas superiores más abstractas y generales -constitución positiva, legislación ordinaria, reglamentos- pasando a través de otros grados intermedios (órdenes, estatutos, negocios jurídicos) hasta las más concretas e individualizadas -sentencias, resoluciones, actos ejecutivos-.

En contra de esta doctrina de Merkl y de Kelsen, se ha argüido que ella puede ser válida para explicar determinados ordenamientos jurídicos -v. g. el de la República Austriaca, el de la República Checoslovaca, el de la República Mexicana, etc.-, que han sido contruidos según ese patrón de sistema jerárquico; pero que, en cambio, no sería aplicable a otros ordenamientos jurídicos, como el inglés. Pero en esa objeción anida un grave error. Se supone indebidamen-

te que la doctrina de la jerarquía de las normas o construcción escalonada del orden jurídico trata de afirmar que, en la historia, real y efectivamente, los ordenamientos jurídicos se han producido según ese patrón; y entonces resultaría que esto no sería aplicable al Derecho inglés, ni a otros muchos ordenamientos. Pero no es éste el sentido de la doctrina; ella no pretende de ninguna manera ser la copia fotográfica de la realidad de los elementos que constituyen un orden jurídico, cuyo origen efectivo puede ser heterogéneamente dispar y variar en el tiempo; sino que esta teoría se propone otra cosa. Se propone interpretar todos esos elementos varios, es decir, todos los múltiples y diversos preceptos -sean cuales fueren las peripecias reales de su gestación- como formando un *sistema jurídico*, que sólo puede basarse en una articulación jerárquica de competencias formales. Se proponen explicar, no los azares reales a través de los cuales han surgido las diversas normas, antes bien, el fundamento de validez formal de cada una de ellas. Por ejemplo, dos personas celebran un contrato ignorando la legislación civil y, por tanto, sin tener conciencia clara de que ellas están obrando con una competencia recibida del código civil; pues bien, sin embargo, las cláusulas de ese contrato son válidas, como Derecho vigente para determinadas relaciones entre las partes, en virtud de la delegación que el código establece a favor de los particulares para que dentro del ámbito por éste concedido regulen contractualmente sus relaciones. Una sentencia puede enunciar expresamente por primera vez una norma, que antes no estaba formulada; pues bien, sin embargo, se estima que esa norma, aunque antes no se hallaba formulada, estaba ya de antemano vigente, y que ella es precisamente la que concede validez al fallo dictado en la sentencia, que de otra manera no podría ser considerado como un precepto inserto en el orden jurídico vigente. Una corporación puramente privada crea sus propios estatutos, sin intervención de ninguna autoridad oficial; pero esos estatutos forman parte del Derecho vigente, tan solo a virtud de que una norma superior del mismo admite que ése sea un medio de producción de Derecho. En algunos Estados america-

nos, de hecho el Ejecutivo podrá ser el poder más fuerte, el que en realidad obre con prepotencia decisiva; pero sus determinaciones valen jurídicamente, en tanto en cuanto podemos interpretarlos como ejercicio de competencias que le concede la constitución, o como delegaciones recibidas del Legislativo. -Así, pues, la teoría de la estructura jerárquica de las normas o construcción escalonada del orden jurídico no es un relato de realidades, ni una narración histórica, sino que es el instrumento metódico mediante el cual el jurista puede construir el sistema del orden jurídico positivo vigente, con los materiales que recibe.

Esta serie escalonada parte de la norma fundamental en sentido lógico-jurídico por ejemplo: "Será Derecho aquello que establezca el poder constituyente X"-. De esta norma fundamental o primera constitución en sentido lógico-jurídico, se deriva la primera constitución en sentido jurídico-positivo, esto es, el conjunto de normas (establecidas por el poder constituyente, supuesto como válido) que regulan la creación de las demás normas posteriores.

La constitución positiva puede establecer una diferencia de rango o grado entre sus normas y las leyes ordinarias posteriores, en tanto en cuanto determine que las modificaciones o enmiendas de la misma deban ser elaboradas siguiendo un procedimiento diverso del de la legislación ordinaria (bien porque se confíe su producción a un órgano legislativo especial, distinto del órgano legislativo ordinario; bien confiriéndosela a este mismo, pero imponiéndole un procedimiento especial o determinados requisitos extraordinarios). Cuando se produce esta diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria, podemos formular entonces un concepto formal de constitución, que representa un rango supremo en la jerarquía de las normas positivas, por encima de las leyes ordinarias. Y bajo esta forma constitucional pueden ser reguladas materias diversas; de ordinario ocurre que mediante esta forma de legislación constitucional se determina no sólo la elaboración de las leyes, sino también el ejercicio del Poder Ejecutivo, la administración de justicia, la ley económica suprema; de otra parte, asimismo, los llamados derechos



fundamentales o de libertad individual (de conciencia, de pensamiento, de locomoción, seguridad, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia); los derechos políticos (igualdad ante la ley, petición, sufragio, acceso a cargos públicos etc.); los derechos a prestaciones positivas del Estado (los relacionados con el trabajo, con la asistencia social, con la educación, etc.) Pero algunas constituciones incluyen además la regulación de otras materias, con objeto de dotar a esa regulación de una especial y más fuerte protección. Y, así, hay preceptos constitucionales que norman la institución del matrimonio y la del divorcio, la autonomía municipal, los derechos de los funcionarios, los derechos de los trabajadores, etc. La regulación constitucional de esas instituciones tiene por objeto hacer imposible que sus normas sean suprimidas o reformadas por vía de la legislación ordinaria. Naturalmente que esto tiene tan solo sentido cuando la constitución no pueda ser reformada por el procedimiento de la legislación ordinaria; porque en el caso de que la constitución pueda ser modificada por una ley ordinaria, entonces no tiene finalidad práctica ninguna el incluir tales materias dentro de la norma constitucional.

La *legislación ordinaria* representa, en el sistema jurídico, el grado inmediatamente inferior a la constitución. En sentido material se llama ley a toda disposición jurídica escrita, de carácter general; y, por lo tanto, dentro de ese concepto caen también los reglamentos y, en suma, todas las reglas jurídicas generales, dictadas deliberada y conscientemente por los órganos con competencia para ello. Ahora bien, se llama ley en sentido más estricto, en sentido formal, a las reglas generales emanadas del poder legislativo y según los trámites que la constitución preceptúa para la función legisladora. También suelen recibir el nombre de leyes en sentido formal, aunque impropriamente, todos los acuerdos y actos del poder legislativo, aunque no sean el establecimiento de normas de carácter general. Así, pues, ley en sentido material equivale a norma jurídica escrita de carácter general. Y ley en sentido formal es la norma emitida bajo la forma establecida por la constitución para la legislación or-

dinaria, sea cual fuere su contenido -general o particular.

Los *reglamentos* son disposiciones generales dictadas por órganos del llamado Poder Ejecutivo (Jefe de Gobierno, Gobernador, Secretarios, Directores Generales). Aparte de las diferencias por el respectivo rango de la jerarquía administrativa de que emanen, pueden distinguirse varias clases de reglamentos. En primer lugar debemos registrar los reglamentos, que, aunque dictados por el Ejecutivo, tienen un rango parejo a las leyes *stricto sensu*, y que son de dos clases: a) los que emite en virtud de una delegación expresa recibida del poder legislativo, para regular determinadas materias con rango de ley (Artículo 90 de la Constitución); b) los llamados reglamentos de necesidad, que puede dictar el Poder Ejecutivo, en circunstancias especialmente graves, teniendo fuerza de ley, pero que, en su momento, deben ser sometidos a la consideración del Legislativo. En segundo lugar, encontramos los reglamentos, propiamente tales, que representan un rango inferior a las leyes en la jerarquía de las normas: y estos reglamentos pueden ser: a) una especificación o concreción detallada de normas formuladas más ampliamente en las leyes; b) normas supletorias de las leyes, en puntos no regulados por éstas y en lo que no se opongan a ellas. Finalmente, hay lo que podríamos llamar reglamentos de reglamentos, es decir disposiciones aclaratorias y concretadoras de otros reglamentos superiores, dictadas por autoridades de menor categoría, a saber órdenes generales de subsecretarios, directores generales, etc.

De otro lado, encontramos normas de carácter particular que regulan las relaciones recíprocas de varios sujetos, y que representan un grado inferior en la jerarquía del orden jurídico; se trata de las *normas convencionales* o *corporativas* y de las nacidas de los *negocios jurídicos* (contratos, testamentos, etc.) Suele llamarse Derecho corporativo al contenido en los estatutos de las fundaciones, de las corporaciones autónomas, de las asociaciones. Las reglas contenidas en esos estatutos no proceden materialmente de órganos del Estado, pues han surgido en el mismo seno de las mencionadas entidades. Pero esas reglas son normas jurídicas, insertas en el sistema

de Derecho vigente, porque éste concede a tales entes (corporaciones, asociaciones, fundaciones, etc.) competencia dentro de cierta esfera y con arreglo a determinadas condiciones, para dictar normas jurídicas que regulen determinadas relaciones recíprocas entre sus miembros y aún del grupo con otros sujetos. Tienen dimensión de normas jurídicas vigentes, porque quien las dicta ha recibido de la ley una competencia delegada para ello. Tanto es así, que dichos estatutos -en cuya elaboración no ha intervenido materialmente ningún órgano público- si son aplicados por los tribunales, es porque se entiende que formalmente valen como voluntad del Estado. Y si, por el contrario, no fuesen aplicados por los tribunales, por entender éstos que no podían tales reglas valer como voluntad del Estado, entonces tendríamos que reconocer que dichas normas no constituirían normas jurídicas vigentes, y tendrían meramente el carácter de reglas sociales -que quisieron ser Derecho, pero que no lo llegaron a ser-. Así sucede también en los contratos colectivos de trabajo que prevé la Ley Federal del Trabajo y que son normas particulares que el mismo Estado debe de respetar.

Lo mismo podemos decir respecto de las normas concretas e individualizadas, que son creadas en los negocios jurídicos, mediante una declaración de voluntad, a la que el Derecho atribuye competencia para producir preceptos aplicables a determinadas relaciones. Las partes que intervienen en un contrato elaboran ellas mismas las cláusulas del mismo, que constituirán las reglas jurídicas según las cuales tendrán que regirse determinadas relaciones entre aquéllas. Pero esa declaración de concorde voluntad, que constituye el acto jurídico llamado contrato, es una norma de Derecho, porque la ley autoriza a los particulares para que establezcan reglas concretas sobre determinados aspectos de su compartimiento, dentro de ciertos límites y con sujeción a unos especiales requisitos. Por eso, refiriéndonos al ejemplo del contrato, puede decirse que las partes al establecer sus pactos obran como delegadas por la ley. La ley establece determinados supuestos para los contratos en general, y otros especiales para cada tipo de contrato en particular; pero deja a las

partes -la mayoría de las veces- un margen de autonomía, para que ellas mismas acuerden libremente la regulación concreta de varias de sus pretensiones y deberes. Lo que acuerden las partes es una norma jurídica individualizada (es decir, de contenido concreto, concreto lo mismo en lo que se refiere a las personas que a la materia de la relación) porque así lo establece la ley; porque ésta ha delegado en las partes la facultad de dictar de común acuerdo tales reglas. Tanto es así, que cuando dos sujetos (capaces) realizan un convenio sobre materia no admitida, por la ley, ésta no reconoce como norma jurídica lo que hayan acordado; es decir, no reconoce efectos jurídicos a ese convenio (Objeto, motivo o fin que sean ilícitos). Y lo mismo ocurre, cuando la ley exige que un determinado convenio para que tenga validez haya de ser celebrado según ciertas formalidades (*v. g.*, la hipoteca, mediante documento notarial); pues bien, en ese caso, si falta la forma, el convenio no crea precepto jurídico, en suma, no es jurídicamente válido (tal ocurrirla verbigracia con un contrato verbal de hipoteca); y entonces nos encontraríamos pura y simplemente ante un convenio social, pero que nada tendría que ver con el Derecho. Podría haber acuerdo auténtico de voluntad entre sujetos capaces y sobre materia lícita; pero no habría contrato jurídico; de esa relación social no surgiría ningún precepto jurídico; porque de ninguna manera se podría imponer coercitivamente lo acordado en el convenio. Así, pues, dentro del ámbito de un determinado ordenamiento jurídico positivo, las normas emanadas de los contratos -y de los demás actos jurídicos- son normas jurídicas vigentes, porque y en tanto que ese ordenamiento jurídico otorga a las partes la delegación para que establezcan reglas de Derecho en determinadas relaciones, dentro de ciertos límites y a condición de cumplir determinados requisitos.

Los grados inferiores en el sistema jurídico están constituidos por las normas de tipo más concreto e individualizado: las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas. Las normas generales regulan situaciones de hecho abstractamente determinadas, adscribiendo a esos supuestos (es decir a esas situaciones de hecho)

unas consecuencias también abstractamente determinadas. Pero la norma general (ley, reglamento, estatuto, etc.) para ser llevada a la práctica y obtener así su aplicación efectiva, precisa de una individualización, tanto respecto del sujeto de la misma, cuanto de la conducta que impone. Este es el papel que cumplen las normas individualizadas y concretas de la sentencia judicial y de la resolución administrativa. Mediante la sentencia judicial se comprueba de un modo cierto si se da concretamente la situación de hecho prevista en abstracto por la ley -como condición para el deber jurídico, que ésta establece-; se determina concretamente, además el contenido concreto de ese deber jurídico, y por fin se le impone a un sujeto singularmente determinado. Muchas veces, entre la ley y la sentencia se interpone la norma creada en un acto jurídico; y, entonces, la sentencia no sólo cumplirá las prescripciones de la ley, sino también las normas más concretas establecidas en el acto jurídico (v. g. en el contrato).

Finalmente, llegamos al último extremo de la cadena jurídica, a saber, al acto de ejecución material, en el cual se impone -si es preciso por la fuerza- el cumplimiento de un precepto jurídico individualizado; v. g.: los actos de los agentes de la autoridad que practican la ejecución de una sentencia o de una resolución administrativa, o que evitan por medio de la fuerza la comisión de un delito, etc.

Así, pues, todo el proceso de producción y desarrollo del Derecho aparece como un sistema de sucesivas delegaciones, que va desde la constitución hasta los actos individualizados de ejecución forzosa.

Relación entre las normas generales y las individualizadas.

Puede decirse que esa relación de delegación entre las normas generales y las individualizadas pueden ser de tres tipos:

a) *Taxativa*. La norma general señala taxativamente la pauta a que forzosamente deben atenerse los que han de elaborar las normas concretas e individualizadas. Así, por ejemplo: los casos en que

la ley determina previamente -de modo general- cuál debe ser el contenido de los fallos judiciales o de las resoluciones administrativas, sin dejar al juzgador ningún margen de apreciación discrecional; también el contenido de ciertos contratos, cuyas normas son taxativamente determinadas por la ley, sin admitir que las partes puedan elaborarlas por su cuenta, verbigracia el matrimonio, en cuanto a las relaciones personales entre los cónyuges; pues solamente es libre el *si* ha de celebrarse o no (es libre el casarse o no); pero no es libre el contenido de las relaciones matrimoniales (no se puede acordar por mutuo consentimiento de las partes un matrimonio temporal a plazo fijo, o exento de los deberes de fidelidad y mutuo auxilio, o sin la obligación de residir conjuntamente, etc.)

b) *Supletiva*. La ley concede a las partes que intervienen en una relación jurídica autonomía para que ellas mismas determinen por su propia voluntad la norma que ha de regir la relación creada por el negocio en cuestión; y sólo para el caso de que las partes, al crear una determinada relación jurídica, no hiciesen uso de esas facultades que se les conceden, la ley determina entonces supletivamente las normas a que deberá acomodarse el desarrollo de la relación creada. Así, pues, en este caso la norma fijada por la ley entra en vigor sólo con la condición de que las partes no hayan dispuesto otra cosa. Por ejemplo: esto es lo que ocurre en muchos códigos civiles respecto de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges: se concede a quienes van a unirse en matrimonio, antes de celebrarlo, la facultad de otorgar un contrato en el que libremente determinen cuál va a ser el régimen patrimonial de la futura sociedad conyugal; pero si no hacen uso de la facultad de otorgar ese contrato, entonces, la ley impone un determinado régimen (el de gananciales según algunos códigos, el de comunidad según otros, el de separación según otros). Análogamente, cuando algunos códigos civiles determinan que, salvo pacto en contrario, el depósito civil se considerará gratuito. Y también hay algunos casos en que ese tipo de regulación determinada, pero de modo supletorio, se da con respecto al juez; es decir, la ley señala una solución al juez, pero no con

carácter necesario, sino tan solo para el caso de que éste no estime que está especialmente justificada otra solución diversa por motivos que la ley no puede prever, pero que sí pueden ser concretamente apreciados por el juez. Este es el tipo de regulación que propugna el llamado movimiento del "Derecho libre" o "libre jurisprudencia" (Magnaudo, Kantorowicz, etc.), el cual propone la disminución del Derecho taxativo y su substitución por regulaciones de tipo supletorio.

c) *Delegación en las partes, en los jueces, o en los funcionarios administrativos.* La ley no impone una determinada norma taxativa ni tampoco ofrece una regla supletoria para regir unas especiales relaciones, sino que delega en las partes o -en su caso-, en las autoridades, para que fijen la norma que estimen más justa y adecuada; y concede vigor de norma jurídica a lo que dispongan las partes o a lo que resuelva el juez (o el funcionario administrativo). La delegación (expresa o tácita) puede ser *particular* para determinadas relaciones; o *general* para todos los casos no previstos en la ley ni en la costumbre (ni en otras normas previamente formuladas).

Veamos algunos casos de delegación particular o singular. Uno de ellos es el de los llamados contratos innominados, para los cuales, la ley concede a las partes plenas facultades para determinar, dentro de las condiciones generales de la contratación, los pactos que tengan por conveniente, sin ofrecer regulación supletoria (lo cual no sería posible, precisamente por tratarse de figuras no delineadas de antemano en la ley). Un ejemplo de delegación especial en el juez lo hallamos cuando la ley confía a éste la determinación del plazo de las obligaciones que no lo tuvieren señalado, o cuando el plazo hubiese quedado a voluntad del deudor. Otro ejemplo de delegación particular o especial es el de todos aquellos casos en que la ley o el reglamento confieren a determinados funcionarios una esfera de facultades discrecionales, para llevar a cabo la articulación y la ejecución de unas actividades administrativas.

El tipo de delegación general es el principio esencial, de todo orden jurídico, de que los tribunales no podrán en ningún caso rehusar el fallo por causa de que no exista previamente formulada una

norma, pues entonces deberán resolver según los principios generales del Derecho. Hay algunos ordenamientos jurídicos que contienen explícitamente este principio, en forma de precepto inserto en el código civil; y que expresamente ordenan al juez que cuando se halle frente a un caso no previsto por la ley, ni por la costumbre, sin embargo deberá resolverlo según el criterio que estime como obligatorio: según los principios generales del Derecho, dicen el código español, el mexicano, el argentino, el peruano; según la equidad, dice el código hondureño; según el Derecho natural dice el código austríaco; según las reglas que el juez establecería si tuviese que obrar como legislador e inspirándose en la doctrina y jurisprudencia más autorizada, dice el código suizo. Pero hay varios ordenamientos jurídicos que no contienen la manifiesta expresión de un precepto similar, cual ocurre por ejemplo con los códigos civiles francés, belga, alemán y otros, que no se ocupan de la cuestión de las lagunas, ni indican las fuentes subsidiarias para los casos en que no haya regla formulada aplicable. Ahora bien, en tales ordenamientos rige exactamente el mismo principio expresado en otros, de que no podrá de ninguna manera denegarse el fallo en caso de laguna de la ley y de la costumbre y que, entonces, el juez deberá dictar sentencia ateniéndose a la regla que estime procedente. Y es que este principio no constituye un precepto jurídico positivo que haya dictado el legislador en determinados ordenamientos y que en cambio, no figure en otros; sino que es un principio esencial de todo ordenamiento jurídico, lo mismo si se halla formulado explícitamente, como si no lo está; es una necesidad absoluta de todo orden jurídico; es un postulado forzoso de todo Derecho positivo. A este principio le denominamos: la *plenitud hermética del orden jurídico vigente*. El Derecho es esencialmente una relación de seguridad social, impuesta autárquicamente; y, por eso, cuando surge un conflicto social, el Derecho ha de pronunciar forzosamente una solución -bien de regulación positiva, por ejemplo atribuyendo a alguien un determinado deber; bien de garantía negativa, consagrando una esfera de libertad (v. g. a nadie se puede obligar a una creencia religiosa)-;



pero en uno y otro caso se trata de una solución que es impuesta inexorablemente, y que deslinda la incertidumbre que implicaba el conflicto planteado. Por eso, dice Del Vecchio, que no hay interferencia o controversia social entre los hombres, por complicada que parezca, o por imprevisible que se nos antoje, que no exija o deba tener solución en el campo del Derecho vigente. Y la solución debe ser ejecutiva. Las dudas pueden persistir largo tiempo en el campo de la teoría -la misma filosofía del Derecho puede discutir durante siglos sus cuestiones-; pero la vida jurídica práctica no admite dilación. A cualquier cuestión jurídica debe darse un fallo -que teóricamente podrá no ser infalible, pero -que prácticamente tiene que ser definitivo. Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y de seguridad en la vida social. El Derecho pretende constituir necesariamente una regulación total -se entiende, desde su punto de vista jurídico-, por lo cual hay que predicar de él esencialmente la plenitud hermética, es decir, hay que afirmar que debe dar solución jurídica a todo conflicto planteado. Y no se diga en contra de esta tesis, que es posible que alguien acuda a los tribunales pretendiendo que éstos resuelvan una controversia que puede ser por entero ajena al Derecho, como verbigracia lo sería la discusión acerca de una cuestión filosófica; porque, aún ese caso, debe tener solución jurídica -que desde luego no sería la solución del problema filosófico, pero sí la solución del conflicto práctico planteado con respecto al mismo. Tomemos un ejemplo: Juan demandaría ante el juzgado a Pedro para que éste fuese condenado a reconocer la verdad de tal doctrina filosófica a lo cual se negaba; y entonces lo que ocurriría es que el juez dictaría sentencia absolviendo al demandado de la pretensión del demandante, porque estimaría como un principio vigente del orden jurídico que la conciencia y el pensamiento, son libres y que a nadie se puede inquietar por sus opiniones y, en consecuencia, mandaría al demandante que se abstuviese de molestar al demandado.

Mas si bien el sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente como completo, como plenario, como hermético

tico, sin poros, es decir, sin lagunas, en cambio es evidente que de hecho éstas existen en el conjunto de materiales del Derecho positivo. Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, etc., que integran el Derecho formulado de un orden jurídico, hay vacíos. Pero esos vacíos efectivos deben ser necesariamente rellenos por quien ejerce la función jurisdiccional (juez o funcionario administrativo). De suerte que se puede decir que el Derecho formulado, el explicitado en leyes y costumbres, presenta muchos vacíos o lagunas; pero que el orden jurídico vigente, que por esencia debe ser total -herméticamente pleno- contiene en principio respuesta a toda controversia práctica; porque si hay alguna laguna, ésta deberá ser necesariamente llenada por el juez. Claro que esto se predica del Derecho vigente. En cambio, los ordenamientos históricos, que rigieron en el pasado, pero que hoy no rigen, como no desempeñan ya ninguna función práctica, muestran todos sus vacíos. Radbruch dice con expresión afortunada: "se nos ofrece el espectáculo de que el ropaje de la ley se le aparece al jurista mientras él lo lleva como un manto real; pero tan pronto como se lo ha quitado o se lo quiere quitar, o lo lleva otro, se transforma entonces en una harapienta y manchada capa de mendigo".

Y lo mismo que decimos de las lagunas puede aplicarse a las contradicciones. El conjunto de materiales (leyes, costumbres, reglamentos, etc.), que integran un orden jurídico positivo vigente, presenta más de un caso de normas contradictorias entre sí; pero el orden jurídico como tal, como vigente en un determinado momento, no puede albergar ninguna contradicción. Ahora bien, como de hecho sus elementos la tienen, el jurista debe proceder mediante sus métodos de interpretación y de construcción jurídica a eliminar esas contradicciones; pues el orden vigente debe dar una respuesta unívoca a todos los casos que se planteen.

Bien ¿pero cómo se deben rellenar las lagunas? Ya hemos visto que hay un considerable número de ordenamientos que remiten al juez a los principios generales del Derecho, a la equidad, al Derecho natural, al criterio que él aplicaría si fuese legislador, etc. Y otros

ordenamientos no manifiestan expresamente cuál deba ser este criterio, tal vez por haber hallado dificultad en expresarlo mediante una fórmula, y de ese modo, en definitiva, confían a la ciencia y a la técnica del juez la resolución de las lagunas.

Ahora examinemos, los problemas que plantea la necesidad de que el juez rellene las lagunas del Derecho formulado, determinando la norma aplicable al caso planteado, que no estaba previsto ni en la ley, ni en la costumbre.

Cuando ni la ley ni la costumbre resuelven el caso planteado, es el jurista quien debe determinar la norma. Ahora bien, el juez no dispone del mismo margen de arbitrio que tiene el legislador; pues el juez no puede aplicar puramente y sin restricciones su propio criterio personal, sino que está ligado por los principios cardinales que inspiran el ordenamiento positivo. En primer lugar, el juez debe tratar de extraer de los principios generales formulados en el ordenamiento positivo las consecuencias que sean aplicables al caso que tiene que resolver y que no estaba especialmente previsto. Y si esto no fuese posible, es decir, si no se lograra un resultado mediante tal procedimiento, entonces deberá probar de obtenerlo mediante el *método de analogía*, que consiste en trasladar a una situación de hecho "a" una regla "b", que no le es directamente aplicable, pero que se refiere a una situación de hecho análoga. Es decir, la analogía se funda no sobre la identidad de los hechos jurídicos, sino sobre la identidad del motivo de la norma; esto es, descubre que dos casos suscitan igual razonamiento jurídico, y entonces aplica a uno de ellos (no previsto) la ley dictada para otro, pues entre ambos descubre que debe haber un mismo punto de vista de regulación.

Cuando tampoco haya sido posible determinar la norma por vía analógica, entonces el juez deberá acudir a otros procedimientos, que según el Código Civil Suizo, el juez puede decidir conforme a las reglas que él establecería si tuviera que obrar como legislador. No creemos que sea plenamente acertada esa fórmula del código suizo; porque el juez no dispone de la holgura que tiene el legislador. El juez no es libre de guiarse por su personal convicción, sino

que debe rellenar el vacío del ordenamiento según los principios positivos efectivamente inspiradores de éste y acudiendo, además, al trasfondo de convicciones sociales de hecho vigentes, que enmarcan y condicionan la interpretación de la ley. De suerte que en esa labor de rellenar las lagunas, el juez no tiene franquía para guiarse por su personal opinión, sino que debe procurar que se conserve el criterio de las valoraciones que inspiran al conjunto del ordenamiento positivo; debe conservar el estilo valorativo del sistema vigente, sin que le sea lícito substituirlo por una opinión personal discrepante. En cambio, tales limitaciones no se dan para el legislador, quien sólo está ligado por los preceptos constitucionales de rango formal superior. La norma que el juez formule para rellenar la laguna no debe hallarse en contradicción con el espíritu informante del ordenamiento positivo, y debe, además, atenerse al complejo de convicciones sociales vigentes, que integran, junto con las normas expresas, el orden jurídico en vigor.

Claro que, en última instancia y a falta de todo criterio positivo vigente, el juez deberá acudir a una operación de estimativa ideal, es decir, a lo que considere como principios ideales del Derecho. Y ésta es realmente la situación de hallarse realmente y con todo rigor ante una laguna. Pues no es un caso de auténtica laguna, sino más bien tan sólo de aparente deficiencia, aquél en el cual pueda recabarse una norma mediante la aplicación concreta de principios generales formulados, o mediante el procedimiento analógico, o mediante una generalización inductiva, o mediante la aplicación de los criterios valorativos que de hecho y efectivamente inspiran el ordenamiento. Pero el caso extremo que ahora tenemos planteado, el de la auténtica laguna, es otro: es aquél, para el cual no se ha podido obtener solución no sólo en la ley ni en la costumbre, sino tampoco en la generalización, ni en la analogía, ni en los criterios cardinales del ordenamiento, ni en las convicciones sociales que también lo integran. Y, entonces, en última instancia subsidiaria, el juez debe inspirarse en un juicio de valor, en una estimativa jurídica ideal.

La creencia en unos principios de justicia, la idea de unos prin-

cipios de Derecho natural o de Derecho racional -mejor se diría en unos valores que deben inspirar al Derecho positivo- ha sido siempre patrimonio de las convicciones tanto individuales como colectivas, a través del desarrollo histórico de la humanidad. Esta creencia sólo ha sufrido algunos breves eclipses en la teoría, con las irrupciones del escepticismo- el de los sofistas, el escepticismo propiamente dicho de Pirron, algunos conatos escépticos en el Renacimiento con Charron y Montaigne, y con el positivismo y el materialismo del siglo XIX. Pero el humano espíritu ha superado siempre satisfactoriamente todas esas breves crisis escépticas, saliendo de ellas más fortalecido. Cuando, en el siglo XIX, algunas escuelas se jactaban de excluir o de ignorar una medida ideal del Derecho, sin embargo esta idea se reafirmaba vigorosamente en la vida. Y, así, toda la política estaba impregnada de ella. Toda revolución implica una creencia iusnaturalista (sustituir un orden que es, por otro que debiera ser); pero especialmente la Revolución Francesa, magna apoteosis de la fe en el Derecho Natural, de la que derivaron los movimientos constitucionales del siglo pasado. Esta misma idea triunfó en la legislación positiva, que recogió las máximas fundamentales iusnaturalistas de las doctrinas liberales y democráticas y esta idea domina también en la jurisprudencia, que constantemente se refiere a ella, bajo expresiones varias ("buenas costumbres", "moral", "exigencias éticas" "naturaleza de las cosas", "equidad", "buena fe", "recta razón", "espíritu de justicia", etc.).

Basta señalar que cuando el juez no halle solución para un caso en los criterios positivos insertos de modo expreso o de modo tácito en el ordenamiento, entonces debe acudir a un criterio de estimación ideal.

Quedó ya expuesta la articulación formal de la multitud de normas que integran el orden jurídico positivo, como un sistema jerárquico o escalonado de delegaciones entre los diversos grados de la producción del Derecho. La ley regula mediante normas generales el conjunto habitual de las situaciones jurídicas (o reconoce con vigencia jurídica las reglas del Derecho consuetudinario); y, para

los casos imprevistos, que la inagotabilidad de la vida humana puede plantear, delega bien de modo expreso, o bien de modo tácito - en virtud del postulado de la plenitud hermética del orden jurídico positivo- en el juez (y en los demás funcionarios encargados de la aplicación de las leyes) para que elaboren los correspondientes preceptos individualizados, inspirándose en los criterios normativos, que resulten pertinentes. El juez deberá inquirir esos criterios primeramente en los principios que presiden el ordenamiento positivo. Para ello se servirá de los procedimientos de extracción de consecuencias de los preceptos generales; de la analogía; de la generalización inductiva; de la interpretación de los puntos de vista valorativos del sistema jurídico positivo, y también en el trasfondo de convicciones sociales vigentes. Pero a defecto de un resultado mediante todos esos métodos enumerados, entonces el juez deberá determinar por su cuenta y mediante un juicio de valoración la norma que estime como idealmente válida y no incompatible con los principios formulados del ordenamiento vigente; y, en virtud de ella, dictar la sentencia. De este modo, la norma en que el juez funde su sentencia obtiene un grado de formulación o determinación, cuyo alcance mayor o menor en el futuro dependerá de la virtualidad de normatividad general que tenga la jurisprudencia de los tribunales dentro del ordenamiento positivo. Cabría decir que el legislador provee a los casos imprevistos, firmando un documento en blanco, que será llenado por el juez, quien deberá inspirarse en un principio de justicia, en una estimación ideal, que es, en definitiva, el mismo propósito intencional, que anima a la legislación formulada. Y, así, el juez reconoce a esos principios una vigencia positiva dentro del ordenamiento jurídico.

Adviértase que el juez estima que esos principios ideales, base de su sentencia, constituyen normas jurídicas, que estaban ya vigentes, antes de que él las proclamase, aunque no se hallasen formuladas de manera explícita. Entiende que ya antes de que él dicte el fallo, regla la norma sobre la cual se funda éste. Pues si no fuese así, el fallo habría de contener un pronunciamiento especial en que

se declarase la fuerza retroactiva de la norma que en él se formula; pero no es esto lo que ocurre. Se entiende que la norma no nace o cobra vigencia en el momento de la resolución judicial, sino que se considera que, aun cuando no hubiese obtenido anterior formulación expresa, esa norma regía ya antes y que por ende se hallaban ya sometidas a ella las situaciones jurídicas a las cuales atañe.

Las normas ideales a que el juez acuda en caso de rigurosa laguna, no pueden estar en contradicción con otras normas formuladas del sistema positivo; porque si así fuese, no le sería lícito al juez inspirarse en estos criterios ideales, ya que ello equivaldría a hacer saltar en pedazos el ordenamiento positivo; equivaldría a destruir la certeza y seguridad, raíz esencial de todo Derecho. Pero, en cambio, se reconoce a tales principios ideales un imperio positivo en los huecos de las normas formuladas, merced a la función judicial, que, por delegación de la ley los aplica a los casos no previstos en ésta. Así, pues, no hay dualidad ni pugna de sistemas, positivo e ideal, sino un sistema único, el positivo. Porque los principios ideales aplicados por el juez, constituyen auténtico Derecho positivo, ya que la nota esencial de éste es la imposición inexorable o protección coercitiva, la cual obtiene su consagración en la sentencia o resolución dotada de ejecutividad.

Por otra parte, los principios ideales se entrecruzan con las normas formuladas en los casos en que la interpretación de éstas requiere valoraciones no contenidas ni siquiera tácitamente en las mismas. Pero esos principios ideales, utilizados por la jurisprudencia como criterio de interpretación, quedan por eso sólo ya positivizados.

# Jurisprudencia y actividad jurisdiccional. Su relación intrínseca

José Fernando Sánchez Salas  
Defensor Público Federal

Sumario: 1. *Delimitación del tema.* 1.1. *La jurisprudencia como ciencia del derecho y como teoría del precedente judicial. Cuestiones generales y toma de postura* 1.2. *La actividad jurisdiccional. Cuestiones generales y toma de postura.* 2. *Jurisprudencia y actividad jurisdiccional. Su relación intrínseca.* 2.1. *La actividad jurisdiccional y la creación de la jurisprudencia.* 2.2. *La actividad jurisdiccional y la aplicación de la jurisprudencia.*

## 1. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Citando a Kelsen, Rolando Tamayo y Salmorán dice que "cualquier intento por definir un concepto tiene que tomar como punto de partida el uso común de la palabra que denota el concepto en cuestión",<sup>1</sup> empero tratándose de términos multívocos y en alguna medida de "uso técnico" como los son "jurisprudencia" y "jurisdicción", palabras que si algo tienen en común es precisamente su pluralidad de significados, éstos habrá que delimitarlos antes de abordar cualesquier tema desde su uso no en el lenguaje común, sino en el ámbito de lo jurídico; acción que trataremos de concretar en los puntos que siguen; señalando de antemano que en cuanto a la delimita-

<sup>1</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, IIJ/UNAM, D.F., México, 1989, página 20.



ción espacial, una vez que se haya acotado el significado de los temas principales, nos referiremos a la relación de la jurisprudencia y la actividad jurisdiccional en el México de estas horas.

### 1.1. LA JURISPRUDENCIA COMO CIENCIA DEL DERECHO Y COMO TEORÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL. CUESTIONES GENERALES Y TOMA DE POSTURA

Como suele ser común en el mundo del Derecho, los antecedentes más remotos y significantes de la mayor parte de las figuras jurídicas los encontramos en la Roma clásica, tal y como es el caso del vocablo "jurisprudencia", pues es en el Imperio Romano, entre los siglos II y II d.C., donde encontramos la existencia de un cuerpo de personas encargadas del estudio y análisis de las *Doce Tablas* —el derecho de la época— para determinar el alcance de su contenido y elaborar una terminología propia de este saber al que se le llamó, precisamente *iurisprudentia*; en un primer momento dicha actividad fue desarrollada por el colegio romano de pontífices y con posterioridad por los *iurisconsulti* romanos, quienes sólo interpretaban el derecho contenido en las *Doce Tablas*, sin permitirse variar su contenido bajo ninguna circunstancia.<sup>2</sup> En ese tiempo se consideraba a la *iurisprudentia* como la ciencia perfecta del derecho y se definía como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto.<sup>3</sup> Todo un reto para quien quisiera aprender jurisprudencia en aquellos tiempos, pues instruirse en ella implicaba el conocimiento de las leyes, la costumbre y los usos, tanto en lo profano como en lo divino; requiriéndose además estar versado en la geografía, cronología e historia del lugar donde se ejerciera, pues a decir de Jorge Magallón Ibarra, quien lo cita, "No se puede conocer bien el espíritu de una ley sin saber aquello que le ha dado lugar, y los cambios que han sido hechos."<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Vid. *ibídem*, páginas 123-127.

<sup>3</sup> La célebre frase *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti ciencia* consignada en el *Digesto*; vid. Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*, IJ/UNAM, D.F., México, 2004, página 177.

<sup>4</sup> Cfr. y vid., respectivamente, en *ibídem*, páginas 177 y 178.

Después de la caída del Imperio, provocada en parte por las invasiones de las tribus bárbaras germanas, el estudio del derecho cayó en desuso puesto que el Derecho consuetudinario bárbaro tribal —que había no sólo permeado sino prácticamente sustituido a las instituciones jurídicas romanas— se limitaba a demarcaciones geográficas pequeñas, lo que impedía establecer principios o reglas generales válidas para la interpretación y aplicación del Derecho. A pesar de esto, la "ciencia del Derecho" renace al final del siglo XI, gracias al análisis de un viejo manuscrito encontrado en una biblioteca italiana que contenía la compilación del Derecho romano ordenada por Justiniano alrededor del año 530 d.C.; es en ese tiempo cuando surge la "jurisprudencia" moderna, entendida como ciencia del Derecho desde luego, ya que se sistematiza el estudio de la *Compilación Justineana* con base en los siguientes principios que aún permanecen vigentes:

1. Darle al Derecho carácter autónomo;
2. Estudiar el "Derecho Justineano" en los textos genuinos, haciendo a un lado los extractos y los epítomes;
3. Establecer el significado verdadero de la *Compilación Justineana* para llevar a la práctica un ordenado y completo *corpus iuris*, cuyas interpretaciones, recogidas en una basta literatura fueron progresivamente adaptándose a la actividad normal de los tribunales encargados de aplicar el Derecho.<sup>5</sup>

Así pues, tenemos que desde un primer momento la jurisprudencia era más que una actividad interpretativa, la ciencia para interpretar el derecho vigente; esta acepción fue retomada y cultivada en la época moderna principalmente en los países anglosajones y Alemania, lugar este último del cual tenemos un claro ejemplo de su desarrollo en la conocida obra de Karl Larenz *Metodología de la ciencia del derecho*; en ella, desde su introducción, el autor estima que "la jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no sólo una tecnología, aunque también sea esto), porque ha desarrollado métodos

---

<sup>5</sup> Vid. Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, páginas 59-68.

que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del derecho vigente."<sup>6</sup>

Bajo el esquema planteado por Larenz, a quien seguimos para desarrollar este punto, la jurisprudencia como ciencia del derecho debe ocuparse de desarrollar "el sentido de las normas" en un sistema de enunciados tendientes a explicar el contenido del derecho vigente, siendo claro en cuanto a esto pues especifica que sólo esa es su función, pues aun siendo una ciencia normativa, por ocuparse del derecho vigente precisamente, eso no significa que ella misma dé normas o que ponga en vigor nuevas normas jurídicas.<sup>7</sup> Apoyándose en lo que Wittgenstein llamó "juego del lenguaje" —los significados de las palabras no se adhieren a ellas como propiedades estables, sino que resultan en cada caso de su uso en un contexto determinado—, Larenz establece la necesidad de la "jurisprudencia" en razón de que en el mundo del derecho todo está reducido a términos de lenguaje; términos que hay que interpretar siempre —a través de la jurisprudencia desde luego— y no sólo cuando se esté ante un texto de difícil comprensión, ya que:

Sería un error aceptar que los textos jurídicos sólo necesitan interpretación cuando aparecen especialmente "oscuros", "poco claros" o "contradictorios"; más bien *todos* los textos jurídicos, en principio, son susceptibles de y necesitan interpretación. Esta su necesidad de interpretación seguirá existiendo hasta en tanto que todas las leyes, sentencias judiciales, autos, e incluso contratos, no hayan de ser redactados exclusivamente en un lenguaje simbolizado de signos.<sup>8</sup>

Al respecto, consideramos que la lapidaria sentencia establecida en la última parte del párrafo anterior puede ser matizada; los propios usos del lenguaje tienden a delimitar su significado, no creemos necesaria la aplicación de todo un aparato científico y

<sup>6</sup> Larenz, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 2a. edición, Ariel, Barcelona, España, 2001, página 26.

<sup>7</sup> Vid. *ibidem*, páginas 183-185.

<sup>8</sup> *Ibidem*, página 193.

metodológico para establecer ciertos significados entendidos de antemano en cada ámbito y que son de uso común dentro del lenguaje empleado al desarrollarse el rol que corresponde a los operadores del sistema jurídico, en donde incluyo tanto a los funcionarios de las diversas burocracias jurídicas del Estado como a los patronos que representan a los legos en el derecho, excluyendo a estos últimos.

Hasta este punto, el factor común en la acepción de *jurisprudencia* desde el Imperio Romano a la concepción de Karl Larenz es que se trata, por decirlo en términos sencillos, de una ciencia a través de la cual se interpreta el contenido del derecho vigente para su comprensión y posterior aplicación. He aquí el lazo para unir a la concepción de jurisprudencia como ciencia del derecho a la de jurisprudencia como teoría del precedente judicial; el propio Larenz nos dice que la tarea inmediata de la Jurisprudencia encaminada a las praxis jurídica, la jurisprudencia judicial es la interpretación de la ley, pero no simplemente como *art pour l'art*, sino —he aquí el punto de quiebre respecto de la acepción que habíamos venido comentando— para desarrollar judicialmente el Derecho colmando las lagunas legales que presente y adoptando y conformando nuevas ideas jurídicas, en otras palabras: modificando en cierto sentido a la ley.<sup>9</sup>

Recordemos que en sus orígenes el resultado de la labor de los *iurisconsulti* romanos, los aplicadores del derecho de aquellos días, no podía variar el contenido de las *Doce Tablas*, hoy en día es perfectamente válido afirmar que la jurisprudencia judicial, el resultado de la labor de algunos de los aplicadores del derecho de estas horas "constituye una fuente de primera importancia en la práctica cotidiana de los tribunales al grado que se ha llegado a considerar que tiene tanta eficacia como la ley misma, y desde luego, más que la doctrina."<sup>10</sup> En este sistema, cuyos antecedentes en México los encontramos en las leyes de amparo de 1861 y de 1869, aun cuando

---

<sup>9</sup> Cfr. *ibidem.*, página 559.

<sup>10</sup> Carbonell, Miguel citando a Lucio Cabrera, en "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXIX, número 87, septiembre-diciembre 1996, IJ/UNAM, D.F., México, página 772.

el término no se utilice expresamente, *la jurisprudencia deja de ser la ciencia especulativa auxiliar de la labor del jurisdicente o aplicador del derecho para convertirse en una fuente más del mismo concretada en las resoluciones de los tribunales que quedan como precedente y guía para la resolución de casos futuros, obligando u orientando al órgano jurisdiccional a resolver en un determinado sentido.*

Es esta última concepción de jurisprudencia la que atenderemos en lo que resta del presente trabajo, por ser ésta la más cercana a la idea que sobre esa palabra existe en el orden jurídico mexicano y que parte con ese nombre de la ley de amparo de 1882, figura creada por Ignacio L. Vallarta, manifestada en aquel tiempo en la reiteración de cinco precedentes que aprobados bajo ciertas condiciones, resultarían obligatorios para las autoridades judiciales.

## 1.2. LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL. CUESTIONES GENERALES Y TOMA DE POSTURA

Definir o delimitar lo que es la "función o actividad jurisdiccional" es una labor que, como ya lo consignó el ilustre procesalista español Ignacio Colomer, "no es una tarea fácil... dada la multiplicidad de configuraciones existentes";<sup>11</sup> en este caso, y dada la gran variedad de significados, cada autor lleva agua a su molino acuñando conceptos propios, de los cuales, sin embargo, es posible extraer dos vertientes de lo que se ha entendido en la doctrina como jurisdicción: 1. Como potestad del Estado para resolver conflictos intersubjetivos; y, 2. Como la actividad propiamente dicha de ciertos órganos para resolver esos conflictos aplicando el Derecho; vertientes las anteriores que no tienen porque excluirse, sino más bien la segunda deriva de la primera.

Adoptando una postura contractualista, podemos decir que la jurisdicción como potestad del Estado deriva del monopolio en el uso legítimo de la coacción, pues en aras de la convivencia común, el ser gregario renuncia a reclamar privadamente el resarcimiento

<sup>11</sup> Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2003, página 2003.

de un derecho conculcado, cediendo al ente estatal esa facultad, para evitar que en su afán de buscar justicia se exceda en la justa retribución entre el daño ocasionado y el daño que ocasiona, lo cual indudablemente daría lugar a un círculo vicioso que haría imposible la constitución del propio Estado; es por ello que éste debe contar con los medios necesarios para responder a las exigencias de justicia de las personas y de garantizar de igual forma que las determinaciones de los mismos sean efectivamente cumplidas.

Así, tenemos que es de aquí de donde deriva la otra vertiente de la función o actividad jurisdiccional; nos explicamos: para poder cumplir con su labor, el Estado, como ente abstracto que es, debe materializar los medios necesarios para satisfacer las demandas de justicia; uno de ellos es el establecimiento de los términos conforme los cuales los particulares habrán de solicitar se resuelvan los conflictos presentados entre ellos, así como los plazos que el propio Estado tiene para responder a dichas exigencias y los tiempos dentro de los cuales legalmente puede exigirse la pretensión que se pretende deducir de los cuerpos normativos que contienen los derechos que el gobernado considera vulnerados.

El otro medio, el más importante, es la creación de diversos *órganos a los cuales se les ha encargado la tarea, precisamente, de resolver los conflictos planteados por los particulares, aplicando la ley para resolver cada caso concreto que llegue a su conocimiento*, es decir, para que ejerzan la jurisdicción; la cual, entendida así, presenta los siguientes elementos:<sup>12</sup>

- La *notio*, que es la atribución de conocer los conflictos planteados;
- La *vocatio*, que significa la facultad para obligar a las partes a comparecer;
- La *coertio*, la cual representa el poder de emplear la fuerza para el cumplimiento de las medidas que se hayan ordenado;
- El *iudicim*, o parte medular de la jurisdicción, por ser ésta la

<sup>12</sup> Véase Zepeda, Jorge Antonio, "Ejercicio de las potestades judiciales", en Anales de Jurisprudencia, Año 8 Quinta Época, número 234, octubre-diciembre, 1998, página 124.

- potestad de dictar la sentencia que resuelve el conflicto; y, La *executio*, que es el imperio o el poder para ejecutar la sentencia con el auxilio de la fuerza pública.

En México la actividad jurisdiccional, como la función de órganos en específico del Estado para resolver conflictos aplicando el Derecho reiteramos, independientemente de su incorporación a lo que la doctrina ha llamado "poder judicial orgánico",<sup>13</sup> tenemos como ejemplos los siguientes: los juzgados de distrito y de las entidades federativas, los tribunales colegiados de circuito, los tribunales unitarios de circuito, las salas superiores de los poderes judiciales locales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tribunales agrarios, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, los tribunales militares, los tribunales locales electorales, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, las juntas locales de conciliación y arbitraje (órganos con funciones jurisdiccionales y de conciliación); los consejos de menores infractores (con funciones organizativas aparte de las de resolución), los tribunales locales de lo contencioso administrativo, etcétera.<sup>14</sup>

## 2. JURISPRUDENCIA Y ACTIVIDAD JURISDICCIONAL. SU RELACIÓN INTRÍNSECA

Acotados los sentidos de lo que es "jurisprudencia" y "actividad jurisdiccional" para los efectos de este trabajo, tenemos que aún existe un tema más por delimitar, pues resulta que la relación entre jurisprudencia y actividad jurisdiccional puede verse desde dos perspectivas: a) desde el punto de vista de la actividad jurisdiccional que crea la jurisprudencia; y, b) desde la óptica de la actividad jurisdiccional a la que obliga la jurisprudencia. Tenemos aquí dos funciones diferentes, la primera innovadora y creativa, y la segunda

<sup>13</sup> Al respecto véase Armienta Calderón, Gonzalo, *Teoría general del proceso. Principios institucionales y categorías procesales*, Distrito Federal, México, Porrúa, 2003, páginas 55 y 56.

<sup>14</sup> Para una lista exhaustiva de los órganos del sistema jurídico mexicano con funciones jurisdiccionales, véase el capítulo XXI "Los órganos jurisdiccionales en el sistema mexicano" de la antes citada obra del Doctor Gonzalo Armienta, páginas 393 a 412.

limitada en la mayoría de los casos a lo resuelto por la primera.

Es por ello que hemos decidido exponer ambos temas por separado, al tratarse de cuestiones, aunque relacionadas, distintas y no susceptibles de ser medidas con el mismo rasero, dejando claro desde este momento que la relación entre actividad jurisdiccional y jurisprudencia es que la primera produce a la segunda, y ésta le sirve de guía a aquélla.

## 2.1. LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL Y LA CREACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia es necesariamente producto de la actividad jurisdiccional derivado de la interpretación de la ley que debe realizarse para resolver cada caso en concreto. La creación de la jurisprudencia debe estar precedida por todo un proceso interpretativo y argumentativo que se inicia con las dudas que surgen sobre el significado de la norma a aplicar; debiendo establecerse durante ese proceso todos los posibles significados para con posterioridad elegir el más conveniente para la resolución de ese caso y de los que le sigan, debiendo argumentarse siempre sobre las razones que determinaron que fuera esa y no otra la elección. Una vez que se forma, adquiere cierta independencia respecto de las normas que le dieron origen, pues puede aplicarse a casos que no necesitan ser iguales, sino más bien similares en cuanto al punto controvertido que motivó la primera.

Las razones de existencia de la jurisprudencia, consideramos, obedece a las siguientes razones:<sup>15</sup>

PRIMERA. A diferencia de la idea que de Derecho se tenía durante la época de la codificación napoleónica, el Derecho no es un sistema normativo acabado de una vez y para siempre.

SEGUNDA. Los jueces, cuya función es hacer efectivo el derecho consignado en los códigos y leyes tienen que transformar la norma jurídica para adecuarla y así estar en aptitud de resolver el caso concreto que se les presenta.

---

<sup>15</sup> En esto seguimos en lo principal a Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, España, 2000, páginas 111 y 112.



TERCERA. Derivado de lo anterior, el juez crea una nueva norma particularizada cada vez que aplica el derecho objetivo; esta nueva norma queda como precedente y se incorpora al universo de normas que el juez tiene el deber de aplicar en lo futuro, convirtiéndose así en derecho objetivo.

Por decirlo con los hermanos Henri, León y Jean Mazeud: "La jurisprudencia es para la ley, la fuente de la juventud"<sup>16</sup> porque la vuelve aplicable a nuevas situaciones no previstas por el legislador o la adecua a aquellas que previó pero, dado el uso del lenguaje, literalmente no pudiera considerarse que caben todas las representaciones que se hizo. Es de ahí que no pueda concebirse una aplicación automática o mecánica de la ley, la idea del *juez boca de ley* de Montesquieu sostenida por los juristas decimonónicos no puede mantenerse; en primer lugar porque la Ley —lenguaje a final de cuentas— no siempre tiene significados claros y precisos, o bien puede suceder que las condiciones imperantes al momento de ser promulgada no son las mismas que existen al tiempo de su aplicación para resolver un caso presente, aspectos a tomar en cuenta siempre, pues los textos normativos son sólo una parte de lo que debe tener en mente el Juez al momento de resolver un problema; al respecto, es preciso mencionar con Gustavo Zagrebelsky que:

Un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que éstas dirigen su fuerza normativa, serían obras extravagantes de <<juristas puros>> (como existen no pocos, orgullosos e inútiles), que no deberían interesar a nadie.<sup>17</sup>

He ahí la razón de ser de la jurisprudencia. He ahí que la jurisprudencia constituya un complemento de la función legislativa para asegurar la eficacia del sistema jurídico en cada momento y en cualesquier contexto.

<sup>16</sup> Citado por Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*, IJJ/UNAM, D.F., México, 2004, página 202.

<sup>17</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 4a. edición, Trotta, Madrid, España, 2003, página 133.

Por regla general, aunque no en exclusiva, es de los tribunales superiores de donde proviene, la cual, dependiendo de sus alcances y del sistema de Derecho positivo adoptado en el Estado que se trate, las decisiones jurisdiccionales pueden constituir sólo precedentes o bien, normas generales obligatorias para los órganos jurisdiccionales que resuelvan en lo futuro casos similares.

Tratándose de precedentes sin fuerza vinculante legal, o jurisprudencia orientadora, se supone que es por factores sociológicos y psicológicos que los jueces de primer conocimiento se guían con ella, pues a decir de Ulises Carmona Tinoco "los tribunales de mayor jerarquía o de último grado, aparte de la preeminencia jerárquica, formal o material, de que están investidos por sobre los jueces y tribunales que les siguen en grados inferiores, ejercen una cierta autoridad implícita que viene determinada por los siguientes factores:<sup>18</sup>

a) generalmente están integrados por los jueces mejor calificados, con mayor experiencia, aquéllos que gozan de cierto prestigio o reconocidas cualidades al realizar su función;

b) encabezan a un gran número de jueces que por lo regular procuran que sus fallos no sean revocados por sus superiores jerárquicos, con el fin de propiciar las condiciones que les permitan ascender en el organigrama judicial; y,

c) el número de jueces que los integran, permite inferir que los criterios por ellos sustentados tienen como base análisis exhaustivos, seriamente discutidos y razonados acerca de la cuestión planteada, por lo cual deben tomarse como pautas a seguir por el resto de los juzgadores.

Respecto de la jurisprudencia obligatoria, la que en determinadas circunstancias y cumpliendo ciertos requisitos la propia ley abstracta la torna vinculante en lo futuro para los operadores jurídicos, su obligatoriedad deriva de las propias disposiciones legales que así lo determinan. Este sistema nace con la *Ley de Amparo de 1882*,

---

<sup>18</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXVIII, número 83, mayo-agosto 1995, IIJ/UNAM, D.F., México, páginas 524 y 525.

apoyado argumentativamente en el sistema legal norteamericano; en ese momento La Suprema Corte de Justicia de la Nación era el único órgano facultado para emitirla, obligando ésta a los jueces de distrito cuando el criterio se reiterara en cinco ejecutorias, pues se consideraba que desde ahí la interpretación de la Corte era *la regla suprema de conducta*;<sup>19</sup> aunque es preciso señalar que Carla Huerta Ochoa comenta que la jurisprudencia, en el sentido de norma obligatoria, tiene antecedentes en la regulación del amparo en las leyes respectivas de 1861 y de 1869, sólo que el término no se utilizó expresamente, pues es hasta 1882 cuando así se hace, y hasta 1951 cuando adquiere carta de constitucionalización.<sup>20</sup>

La emisión de jurisprudencia obligatoria es facultad exclusiva del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sus Salas y los tribunales colegiados de circuito, y existen tres sistemas para crearla:

1) por reiteración de cinco criterios uniformes sin ninguno en contra aprobados por una mayoría calificada de cuando menos ocho ministros tratándose del Pleno de la Suprema Corte, cuatro tratándose de cualesquiera de las salas y por unanimidad si se trata de tribunales colegiados;

2) el que proviene de la resolución de contradicciones de tesis de las salas de la Suprema Corte o de los tribunales colegiados, estableciéndola el Pleno cuando la contradicción provenga de las salas o de los tribunales colegiados cuando la materia de la contradicción no sea de las que conocen las salas en especial, y fijándola las salas cuando las tesis contradictorias de los colegiados sean de la materia especializada que le corresponde conocer; y,

3) el derivado de la resolución de acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales cuando las sentencias sean aprobadas cuando menos con el voto de 8 ministros.

Tratándose de la creación material tanto de la jurisprudencia

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, páginas 529 y 532.

<sup>20</sup> Vid. Huerta Ochoa, Carla, "La jurisprudencia como técnica", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXII, número 95, mayo-agosto 1999, IIJ/UNAM, D.F., México, página 402.

orientadora como de la obligatoria, es decir, ya el producto de la interpretación de las normas, no existen reglas específicas para ello; sin embargo y dado que la jurisprudencia es el producto de un proceso interpretativo, su elaboración material debe estar regida por los mismos parámetros y métodos que suelen aplicarse para interpretar la norma, como lo son, a manera ejemplificativa que no exhaustiva, los métodos literal, sistemático, histórico, teleológico, valorativo, etcétera.<sup>21</sup>

## 2.2. LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL Y LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Como ya lo dejamos asentado, la actividad jurisdiccional es la función del Estado realizada a través de los jueces, *lato sensu*, para resolver los conflictos que son sometidos a su conocimiento aplicando las leyes que al caso vayan; aplicación que de ninguna forma es una actividad mecánica o automática dadas las razones que expusimos en el punto 2.1. del presente trabajo, al cual remitimos en obvio de repeticiones.

De la aplicación de la jurisprudencia durante la actividad jurisdiccional se derivan un sinnúmero de aspectos que influyen tanto en los actos de jueces, como de los legisladores y hasta de los propios gobernados, como a continuación lo señalamos.

### RESPECTO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

1) Una vez creada, la jurisprudencia es uno de los instrumentos más importantes para el Juez, pues le permite trasladar la generalidad y abstracción de la ley a la concreción del caso particular del cual conoce y que sea similar al que motivó la jurisprudencia, orientándolo o bien determinando su forma de resolver en virtud de la similitud del precedente y de la propia obligatoriedad de la norma jurisprudencial;

---

<sup>21</sup> Sobre la definición de estos métodos interpretativos y su importancia puede consultarse Utrera García, Juan Carlos, "El debate sobre los métodos de interpretación", en *Teoría del Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 2003, páginas 297-300.

- 2) Lo dota de nuevas figuras jurídicas y actualiza las ya existentes;
- 3) Lo orienta en cuanto a la forma que pueden resolverse los recursos que se interpongan en contra de sus resoluciones.

#### RESPECTO DEL LEGISLATIVO

- 1) Le permite al legislador estar al tanto de las variaciones sociales que influyen en el ámbito de lo jurídico; lo que conlleva la necesidad de actualización del sistema.

#### RESPECTO DE LOS GOBERNADOS

- 1) Permite conocer a los gobernados la interpretación que le están dando los tribunales a las normas de un determinado sistema jurídico, contribuyendo así a la seguridad jurídica en un triple aspecto de cognoscibilidad, uniformidad y previsibilidad:<sup>22</sup>

- a) permite conocer la interpretación obligatoria que le están dando los tribunales de superior jerarquía a las normas de un sistema jurídico, de modo que tanto los particulares como las autoridades tengan conocimiento de que existen unos criterios interpretativos obligatorios que deberán ser aplicados al momento de resolver una controversia

- b) le imprime a la interpretación jurisdiccional una cierta uniformidad, al depurar del sistema jurídico aquellas interpretaciones erróneas, fijando de esta forma los criterios correctos y obligatorios de interpretación

- c) Sumando la cognoscibilidad y uniformidad, la jurisprudencia propicia la previsibilidad del comportamiento jurisdiccional, en tanto contribuye a hacer previsible que los jueces y tribunales actuarán o dejarán de hacerlo en un momento concreto y de que, en caso de que actúen, lo harán de una forma determinada y no de otra.

La aplicación de la jurisprudencia orientadora tiene mucho que ver con las propias convicciones del juzgador, que puede optar por no seguirla pues la misma no lo vincula formalmente, pero tiene la

<sup>22</sup> Carbonell, *op. cit.*, páginas 776 y 777.

ventaja de que la abstracción de la norma ya se encuentra materializada en un caso concreto que bien puede aparejarse al que pretende resolver.

Sin embargo, la jurisprudencia obligatoria debe ser seguida por suposición de la ley, debiendo ajustar sus decisiones al criterio definido por la misma. En estos casos el órgano vinculado dependerá del órgano que crea la norma jurisprudencial, conforme al siguiente tenor:

a) La Jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Pleno o en salas, es obligatoria para:

- Los tribunales colegiados de circuito.
- Tribunales unitarios de circuito.
- Juzgados de distrito.
- Tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal.
- Tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales.

b) La de los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para:

- Tribunales Unitarios de Circuito.
- Juzgados de Distrito.
- Tribunales Militares y Judiciales del Fuero Común de los Estados y del Distrito Federal
- Tribunales Administrativos y del Trabajo, Locales y Federales

## BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, España, 2000.

Armienta Calderón, Gonzalo Manuel, *Teoría general del proceso. Principios, instituciones y categorías procesales*, Porrúa, D.F., México, 2003.

Carbonel y Sánchez, Miguel, "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXIX, número 87, septiembre-diciembre 1996, IIJ/UNAM, D.F., México.

Cárdenas Gracia, Jaime, *Argumentación jurídica*, obra sin editar.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXVIII, número 83, mayo-agosto 1995, IIJ/UNAM, D.F., México.

Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2003.

Huerta Ochoa, Carla, "La jurisprudencia como técnica", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXII, número 95, mayo-agosto 1999, IIJ/UNAM, D.F., México.

Larenz, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 2<sup>da</sup> ed., Ariel, Barcelona, España, 2001.

Magallón Ibarra; Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*, IIJ/UNAM, D.F., México, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Mariana Gascón (*Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia* ) 4<sup>ta</sup> ed., Trotta, Madrid, España, 2003.

Zepeda, Jorge Antonio, "Ejercicio de las potestades judiciales", en *Anales de Jurisprudencia*, Año 8 Quinta Época, número 234, octubre-diciembre, 1998.

# C

## onstitución Política y Código Federal de Procedimientos Penales: breves comentarios a las propuestas de reforma del año 2004

*José Candelario Seseña Martínez*

Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública

### I.- INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas existentes en el país es la inseguridad, resultado de diversos factores sociales, económicos, políticos, y una falta de normatividad apropiada que permita afrontar el problema; como consecuencia, existe una impunidad impresionante que de acuerdo a las estadísticas cobra mayor número en los delitos del fuero común. Es necesario que el Estado adopte una política criminal adecuada para lograr la vida ordenada y pacífica en sociedad, debiendo establecer las medidas de prevención general y especial con las que combata el delito, que pueden ser de carácter penal o no; esto no implica que se pretenda incrementar las penas a los delitos o la lista de los considerados graves, sino verificar mediante un estudio e investigación adecuada cuáles son las causas que los provocan, y si la normatividad penal está siendo eficaz en cuanto a la aplicación de sanciones.

Dada la inseguridad que prevalece en el país es necesaria una reforma integral al sistema penal mexicano que nos permita vivir en un estado de derecho, en el que las personas que integramos la sociedad acatemos la ley y respetemos las instituciones públicas establecidas precisamente para garantizar ese estado de derecho; estas reformas deberán emanar de un estudio pormenorizado tomando en consideración los problemas existentes en todo el territorio na-



cional y no tratar de implementar o copiar sistemas que han funcionado en otros países con sociedades diferentes, con delitos de igual manera distintos dadas las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales en las que se desenvuelven; de ser así, las reformas que se realicen por muy funcionales que parezcan estarán destinadas al fracaso y a la inoperancia.

Se requiere una legislación penal derivada del estudio analítico de problemas actuales que existen en la sociedad, que permita la convivencia adecuada y la existencia de un verdadero estado de derecho que implica no sólo el respeto a las leyes e instituciones por los gobernados, sino que además el Estado actúe con estricto respeto a las garantías individuales y a los derechos humanos de éstos; por tanto, las reformas que se pretenda implementar deberán estar sustentadas en los principios del derecho penal moderno que tutelan una legislación garantista, tutelar y humanista. Coincido con el Doctor Moisés Moreno Hernández cuando afirma que para un acorde estado de derecho, el sistema penal debe regirse bajo los principios mínimos siguientes:

1) *Principio de división de poderes.* El Estado debe estructurarse en diversos órganos, en el que cada uno tiene delimitada su función por la propia ley para proteger a los hombres del despotismo.

2) *Principio de legitimidad y legalidad.* Establecen, respectivamente, que el Estado como expresión de la voluntad popular está legitimado para el ejercicio del poder, pero para ello debe moverse dentro del marco de la legalidad que le fije la constitución y las leyes secundarias, de esta manera está legitimado para el ejercicio del *ius puniendi* y hacer uso de determinados medios de control social.

3) *Principio de Igualdad ante la ley.* Según el cual el derecho es igual para todos.

4) *Principio de intervención mínima.* Establece que el derecho penal no debe ser utilizado de manera arbitraria, sino que sólo debe echar mano de él como recurso de *última ratio*, que para el logro de sus objetivos debe previamente acudir a otros medios jurídicos cuyas consecuencias sean menos drásticas, y sólo cuando éstas

resulten ineficientes debe acudir al derecho penal.

5) *Principio del bien jurídico*. El derecho penal como medio político criminal sólo debe utilizarse para la protección de bienes jurídicos y no para cualquier fin, pero además no para cualquier bien jurídico, sino únicamente para la protección de los bienes individuales o colectivos más importantes o esenciales para la vida ordenada en comunidad.

6) *Principio de Jurisdiccionalidad*. Para concretizar una medida penal (pena o medida de seguridad) necesariamente habrá que seguir un procedimiento ante los tribunales previamente establecidos, con la observancia de todas las garantías procesales que son inherentes a ello.

7) *Principio de acto o de conducta*. Las normas sólo podrán prohibir u ordenar acciones u omisiones, y consecuentemente, en cuanto que a un sujeto sólo se le podrá imponer una pena o medida de seguridad por lo que ha hecho y no por lo que es.

8) *Principio de tipicidad*. Ligado al de legalidad exige la presencia de tipos penales y la exacta aplicación de la ley.

9) *Principio de culpabilidad*. Es necesario que el hecho que sirve de presupuesto se realice con culpabilidad, sea reproachable; de donde se deriva que "no debe haber pena sin culpabilidad"; además que la pena no debe rebasar el límite de la culpabilidad.

10) *Principio de inocencia*. Del que se deriva la obligación del Estado de demostrar la responsabilidad del sujeto, previamente a la aplicación de alguna medida penal.

11) *Principio de aplicación racional de penas y medidas de seguridad*.<sup>1</sup>

## II.- SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL Y PRINCIPIOS QUE TUTELARÁN EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL

Es conveniente hacer notar, que el paquete de reformas constitucionales propuestas por el Ejecutivo el 29 de marzo de 2004 al Senado de la República, continúa en estudio dadas las repercusiones que tendrá en nuestra legislación penal y procesal; estas reformas tienen como finalidad principal modificar el Sistema de Enjuicia-

<sup>1</sup> Moisés Moreno, Hernández. *Algunas Bases para la Política Criminal*. Boletín Informativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U. V. números 2 y 3, página 119.

miento Penal Mexicano o Sistema Mixto con tendencias acusatorias que rige actualmente, e implementar un sistema acusatorio pleno, así como la profesionalización de la defensa penal.

Sería complicado analizar el conjunto de reformas que fueron propuestas, por lo que me permitiré emitir mi particular punto de vista en relación a ciertos efectos que tendría su aplicación en el procedimiento penal, en la profesionalización de la defensa, y en la Ley Federal de Defensoría Pública.

Antes de entrar en materia, considero importante hacer algunos comentarios en relación a los sistemas de enjuiciamiento penal que han tenido vigencia en nuestro país y en otras latitudes en alguna época determinada, sin realizar un análisis detallado de éstos debido a que no es el objetivo de este trabajo. De manera breve se afirma que han existido diversos sistemas procesales como el *inquisitivo*, *acusatorio* y *mixto*; el rasgo que caracterizó al sistema inquisitivo fue la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano, el propio órgano jurisdiccional tomaba la iniciativa para originar el procedimiento penal, actuaba de oficio y el proceso era excesivamente formal, riguroso y no público; el sistema acusatorio se caracteriza porque el órgano jurisdiccional se activa siempre ante la acusación de un órgano o de una persona; y en el sistema mixto se conjuga tanto el sistema acusatorio como el inquisitivo, el proceso penal tiene dos etapas: la instrucción (investigación) con rasgos del sistema inquisitivo, y el juicio oral o juzgamiento (sistema acusatorio); el órgano jurisdiccional se activa ante la acusación de un ente ajeno al producirse un delito y el Ministerio Público está a cargo de la etapa de la investigación.

Actualmente el sistema de enjuiciamiento penal en México se regula por el sistema mixto, tomando en consideración que conserva características del sistema inquisitivo y del acusatorio, con tendencia a este último al existir un órgano acusador, un órgano juzgador y la defensa, no obstante, por cuestiones que no siempre se pueden atribuir a los encargados de administrar justicia, los procesos se vuelven lentos y complejos consecuencia de excesivas cargas de

trabajo y la dificultad en el desahogo de las probanzas.

Se intenta con las reformas garantizar el proceso penal mediante la instauración del modelo acusatorio con la observación de los principios de la relevancia de la acusación, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos, así como la oralidad, la inmediación, la publicidad, la contradicción, la concentración y la economía procesal como principios rectores del proceso penal, y el respeto absoluto a los derechos humanos de los indiciados. Se ambiciona la existencia del predominio de la palabra hablada en el desarrollo del procedimiento penal (principio de oralidad); que el juzgador y los sujetos procesales se encuentren presentes para contraponer sus pretensiones sobre la litis (principio de inmediación); que el juez esté presente en el desahogo de las pruebas, y emita la sentencia en una sola audiencia (principio de concentración); que las audiencias se realizan de manera pública ante la presencia de la sociedad (principio de publicidad), y que las partes tengan conocimiento recíproco de los actos procesales de la contraparte para controvertirlos plenamente (principio de contradicción).

Se propone reformar el artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para dar sustento constitucional al proceso penal acusatorio, señalando como una de las garantías del imputado el ser juzgado con respeto absoluto a los derechos humanos, contemplar expresamente la presunción de inocencia y desformalizar la investigación ministerial y la reducción de requisitos para someter a la consideración judicial el asunto con el principio de que sólo aquello que es ofrecido y desahogado en juicio tiene valor probatorio.

### **III.- EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL Y LOS JUICIOS ORALES**

Se proyecta un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales en el que se indican los siguientes procedimientos: el de averiguación previa; el de plazo constitucional; el preliminar que abarcaría las actuaciones preparatorias del juicio a partir del auto de plazo constitucional, hasta antes de la audiencia del juicio oral; el de jui-

cio, que inicia con la audiencia oral, de ofrecimiento y desahogo de pruebas, de conclusiones, sentencia, individualización de la sanción y sobre la reparación del daño; de proceso abreviado, cuando exista confesión ante el juez; el de segunda instancia, y el relativo a adultos inimputables y a quienes tienen el hábito de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Los procedimientos de plazo constitucional, preliminar, y juicio o, en su caso proceso abreviado, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación, constituirán el proceso penal federal.

Es importante puntualizar que en el nuevo Código Federal de Procedimientos Penales se emplean indistintamente los términos Fiscal y Ministerio Público, asimismo, se continúa con la obligación del representante social de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los indiciados como fundamento para el ejercicio de la acción penal, para ello, al realizar sus investigaciones formará un expediente con constancias, minutas, video grabaciones y grabaciones que se levanten en las investigaciones policiales y ministeriales; por cuerpo del delito se entenderá el conjunto de 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, y la probable responsabilidad se acreditará cuando de los elementos existentes se deduzca la intervención del indiciado en el posible delito como autor o partícipe.

En el proceso penal se establecen las siguientes reglas:

*Una vez que el Ministerio Público de la Federación ejercite acción penal, el juez radicará de inmediato el asunto calificando la detención, para posteriormente dar a conocer al inculpado sus derechos y el nombramiento del defensor, en caso de que no se designe defensor o no se presente en el juzgado dentro de 24 horas se le designará defensor público; después de las veinticuatro horas y antes de las cuarenta y ocho posteriores a que el indiciado quede a disposición del juez o se presente voluntariamente ante él, se celebrará la audiencia inicial, la que iniciará con la fijación de los hechos que se le imputan al inculpado a*

cargo del fiscal, posteriormente, se dará intervención al inculpa-  
do, y finalmente al defensor. En caso de que el inculpa-  
do no declare y la defensa no se pronuncie sobre los hechos imputados  
se entenderán negados los hechos, con lo que quedará fijada la  
litis del proceso.

El juez dictará auto de sujeción a proceso o de falta de elementos  
para procesar en esta audiencia salvo que la defensa haya ofreci-  
do pruebas, caso en el cual deberá de citar a la ampliación de la  
audiencia inicial para llevar a cabo el desahogo de las mismas, a  
efecto de que al término de la citada audiencia dicte su resolu-  
ción. El juez puede dictar la resolución dentro del resto del tér-  
mino constitucional, cuando la complejidad del asunto lo  
amerite.<sup>2</sup>

En los procesos ordinarios y sumarios, después de haberse dicta-  
do el auto de sujeción al proceso, el juez señalará fecha para la  
celebración de la audiencia preliminar la cual se llevará a cabo  
dentro de los quince días posteriores. Diez días antes de la cele-  
bración de la audiencia el Fiscal deberá anunciar la relación de  
pruebas que pretende ofrecer en ella. En la audiencia preliminar  
el inculpa-  
do y su Defensa pueden ofrecer las pruebas para des-  
acreditar el cuerpo del delito y probable responsabilidad, y el  
Fiscal sólo puede ofrecer pruebas que consten en la relación pre-  
sentada al juez con antelación, salvo que sean supervenientes.  
En la audiencia preliminar se ofrecerán, en su caso se objetarán,  
y se admitirán las pruebas procedentes, estableciendo un plazo  
de preparación no mayor a tres meses tratándose del proceso or-  
dinario y de un mes en el sumario. Dicho plazo, que pudiera  
parecer amplio, obedece a que en el fuero federal constantemente  
se requiere preparar pruebas complejas o ubicadas fuera de la  
jurisdicción territorial del juez, sin perjuicio de que si existen  
circunstancias específicas como la necesidad de contar con una

---

<sup>2</sup> No se dictará auto de formal prisión, se sustituye por la figura de auto de formal procesa-  
miento, tomando en cuenta el derecho del imputado a ser considerado inocente hasta que se  
dicte sentencia que determine su responsabilidad penal.

*asistencia jurídica internacional, el juez podrá otorgar un plazo mayor, siempre que se observen los plazos constitucionalmente establecidos para ser enjuiciado.*

*Después de que el juez admita las pruebas, dictará el auto de apertura al juicio en el que establecerá día y hora para la celebración de la audiencia principal, así como los nombres de los participantes y la relación de pruebas que deben ser desahogadas en dicha audiencia, así como el juez que deberá de conocer de la audiencia principal. Cabe advertir, que la razón de que exista un juez que conozca de la audiencia principal, diverso al de la etapa preliminar, es garantizar la objetividad del juez en la resolución final del caso.*

*La audiencia principal comenzará con la intervención del Fiscal para fijar su acusación, luego lo hará la víctima quien si lo desea alegará lo que a su derecho convenga, después se recibirán los del abogado defensor y en su caso, el inculcado, quien manifestará lo que a su interés corresponda; al término de estos alegatos preliminares, se recibirán y se desahogarán las pruebas que se señalan en el auto de apertura al juicio, comenzando por las del Fiscal, pudiéndose aceptar y desahogar pruebas supervenientes. Desahogadas las pruebas se abrirá la etapa conclusiva y al término de la misma el juez se retirará a resolver en privado, debiendo emitir su fallo en la misma audiencia o dentro de las setenta y dos horas siguientes a que declare cerrado el debate.*

*Emitida la sentencia de forma oral, el juez convocará a la celebración de una audiencia de individualización de la sanción, que se deberá llevar a cabo dentro de quince días posteriores al término de la audiencia principal, en la que sólo podrán ofrecerse pruebas, respecto de la reparación del daño y dicha individualización.*

*Las partes podrán debatir sobre la admisibilidad de las pruebas y el juez resolverá; concluida la etapa probatoria el juzgador en la misma audiencia, deberá fijar las sanciones que*

*deberá cumplir el sentenciado; notificará formalmente la sentencia escrita dentro de los tres días posteriores al término de la audiencia de individualización de la sanción.*<sup>3</sup>

#### **IV.- ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL ACTUAL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL**

Como se puede observar, no se distingue el inicio del proceso y procedimiento penal como se percibe en los títulos primero y segundo del código adjetivo vigente en el que se indican las reglas generales y la iniciación del procedimiento penal, únicamente se detallan las fases de averiguación previa y las que constituyen el nuevo proceso penal federal determinándose como inicio de la actuación judicial cuando el Ministerio Público ejercita acción penal.

El término procedimiento se entiende literalmente como un trámite específico dentro del proceso, sin que se pueda diferenciar lo que corresponde a éste y al procedimiento penal. De acuerdo al ordenamiento vigente, el procedimiento penal comprende desde la etapa de averiguación previa hasta la sentencia ejecutoriada y el proceso penal desde la preinstrucción hasta la sentencia ejecutoriada, incluyendo la segunda instancia; sin embargo, algunos tratadistas conciben al proceso como el todo y al procedimiento como una parte; otros conceptúan como sinónimos los términos proceso y procedimiento penal y algunos al juicio o proceso como equivalente de expediente o causa; aún y cuando no es el tema que se pretende discutir, considero importante tratar de dilucidar estos conceptos permitiéndome enunciar diferentes puntos de vista y opinión personal al respecto.

Aarón Hernández López señala que "al procedimiento penal se le ha considerado como la combinación o concatenación de actos en que consiste el proceso, habla de acto complejo y procedimiento y define al último como coordinación de actos que tienden a un efecto jurídico común. Afirma que no se puede alcanzar un efecto

---

<sup>3</sup> Iniciativa de Decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, y otras leyes, de fecha 29 de marzo de 2004, sucrito por el titular del Ejecutivo Federal.



sin una sucesión de actos, de los cuales el primero hace posible al segundo, el segundo al tercero y así sucesivamente hasta el último, al cual va unido al efecto querido; señala que mientras en el acto complejo cada uno de los actos singulares están ligados directamente el efecto común, en el procedimiento cada uno menos el último se relaciona con aquel mediatamente a través del efecto de los actos sucesivos; de esta forma se comprende que los actos singulares reunidos en el procedimiento se representan mas bien como partes de un todo, como fases de un desarrollo o como etapas de un camino; afirma que la suma de actos que se realizan para la composición del litigio corresponden al proceso, el orden y la sucesión de su realización al procedimiento".<sup>4</sup>

Marco Antonio Díaz de León, afirma que el procedimiento penal es el conjunto coordinado de actos procesales que sirven para la obtención de un fin determinado dentro del proceso. El procedimiento equivale en realidad a una parte del proceso, es decir aquel se desarrolla dentro de éste, concatenando a los actos de que consta, uniéndolos como si se tratara de eslabones, hasta producir la situación jurídica que corresponde en el proceso.

Juan José Gonzáles Bustamante sostiene que el procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el derecho procesal penal, que se inicia desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de las relaciones del derecho penal.

Leopoldo de la Cruz Agüero, argumenta que el procedimiento penal es el conjunto de normas o actos sujetos a determinadas solemnidades, derivados de leyes previamente establecidas y de observancia obligatoria que se materializan mediante una secuela procedimental involucrándose en su desarrollo, Juez, Ministerio Público, acusado y terceros extraños cuando procede la reparación

---

<sup>4</sup> Aarón Hernández López, *El proceso penal Federal*, Editorial Porrúa, México 2000, página XXIII.

del daño, actos sucesivos que se inician desde la primera fase de la acción penal (averiguación previa) continuando con la instrucción y concluir con la sentencia.<sup>5</sup>

Estoy de acuerdo en que el procedimiento es la concatenación de actos cuyo efecto común es resolver un caso determinado, así como que no se puede alcanzar un efecto sin una sucesión de efectos ordenados, además que los actos singulares que conforman el procedimiento son partes de un todo, dentro de los cuales debemos considerar al proceso, que desde su concepción literal se ha concebido como un conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial, o acción de seguir una serie de cosas que no tiene fin; sin embargo, para hablar de proceso y procedimiento penal federal se debe considerar lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, en el que se determinan plenamente los procedimientos que constituyen el proceso y el inicio del procedimiento penal federal, consecuentemente, desde mi particular punto de vista y de acuerdo al ordenamiento en cita, considero que el proceso es una parte del procedimiento penal y no a la inversa, como se ha indicado cuando se hace una concepción gramatical del significado de los términos proceso y procedimiento.

Coincido con los dos últimos conceptos de procedimiento penal cuando refieren que es un conjunto de actos procesales solemnes regulados por leyes vigentes y previamente establecidas, que se desarrollan de manera concatenada desde que la autoridad administrativa tiene conocimiento de un ilícito penal hasta que se dicta la resolución que declara al sujeto activo culpable mediante la imposición de la pena correspondiente, comprendiendo la segunda instancia.

De manera ilustrativa se puede señalar que el procedimiento penal federal inicia en la etapa de averiguación previa, artículos 113 a 135 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales; la preinstrucción que comprende desde que el Ministerio Público ejer-

<sup>5</sup> Leopoldo de la Cruz Agüero, *Procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 2000, páginas 2-4.

cita acción penal e inicia con el auto de radicación, (artículo 142 C. F. P. P.), continúa con la declaración preparatoria y concluye con el auto de término constitucional, (artículos 153 a 167 C.F.P.P.); la instrucción que inicia una vez dictado el auto de término constitucional, dentro de la cual se ofrecerán y desahogarán las pruebas en los términos previstos en los artículos 147, 150 y 152 del Código Federal de Procedimientos Penales, y concluye con el auto que ordena el cierre de la instrucción una vez que se ha dictado el auto que declara agotado tal procedimiento; la primera instancia que inicia con el periodo otorgado a las partes para formular conclusiones, continúa el periodo denominado "juicio" durante el cual se presentan las conclusiones y se celebra la audiencia de vista continuando con la emisión de la sentencia definitiva (artículos 291 a 307 del C.F.P.P.); la segunda instancia en la que se desarrollan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos ante el tribunal de apelación (artículos 361 al 398 bis del C.F.P.P.).

Se representan las etapas que constituyen el procedimiento penal federal de conformidad con lo previsto en el código adjetivo vigente, distinguiéndose con claridad que el proceso penal inicia a partir del auto de radicación y concluye cuando se dicta sentencia ejecutoriada, comprendiendo la segunda instancia. Sin embargo, existe discrepancia en relación al momento en que inicia y concluye el proceso, ya que algunos autores afirman que inicia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso y otros que con el auto de radicación, pero se debe tener presente que durante la etapa de preinstrucción existe actividad por parte de la defensa aportando medios de prueba tendientes a desvirtuar los elementos del cuerpo del delito y probable responsabilidad del indiciado y como consecuencia el juzgador puede decretar auto de libertad, lo que originaría que no llegara a nacer el proceso; en cuanto a su conclusión se dice que para efectos prácticos fenece con la sentencia ejecutoriada, otros opinan que culmina con el auto que declara cerrada la instrucción; en este sentido las opiniones son diversas, pero lo trascendente y que se pretende con estas líneas es aseverar que el proceso es parte del procedimiento penal.

## **V.- LA DESFORMALIZACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO DE LA POLICÍA FEDERAL**

Retomando el tema que nos ocupa, se plantea una disminución en la exigencia para que el Ministerio Público de la Federación ejercite acción penal, se suprima la protesta de decir verdad en la rendición de los testimonios y la obligación de levantar actas con todas las formalidades que en la actualidad se requieren para el desahogo de las diligencias, salvo en el caso de formación de prueba anticipada.

En relación a lo anterior, considero que suprimiéndose las formalidades de la averiguación previa, no sería una solución a la impunidad ni mucho menos que la investigación de los delitos sea de forma ágil, pronta y expedita; aunado a que existe contradicción, ya que por una parte se pretende disminuir los requisitos para ejercitar acción penal y por otra que el Ministerio Público recabe elementos tendientes a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; consecuentemente, se tiene que otorgar valor probatorio a los medios de prueba que se obtengan durante la averiguación previa para poder acreditar esas categorías procesales, lo que va en contra de los principios del sistema acusatorio y del juicio oral, que establece la regla de que sólo aquello que sea ofrecido y desahogado en la audiencia principal del proceso tiene valor probatorio.

Considero que sería una reforma desafortunada porque actualmente se pueden ofrecer pruebas durante la etapa de averiguación previa, las que en algunos casos influyen para que el Ministerio Público consulte el no ejercicio de la acción penal; por otra parte, esto traería como consecuencia un cúmulo considerable de asuntos en los órganos jurisdiccionales, siendo insuficiente el personal para resolver los casos en los términos fatales que se contemplan en la nueva legislación.

No es acertado cuando en la exposición de motivos se afirma que el proceso se duplica primero por el practicado por el ministerio público y luego el desahogado por el Juez, que es reiterativo, burocrático y no del todo eficiente, debido a que en la averiguación

previa como lo prevé el artículo primero del Código Federal de Procedimientos Penales es la etapa en la que el representante social practica las diligencias necesarias para resolver si ejercita o no la acción penal, y el proceso se refiere a todas las etapas que comprende desde que se dicta el auto de formal prisión o sujeción a proceso hasta que se resuelve el asunto con una sentencia ejecutoriada; actividades que son muy diferentes.

Por otra parte, se habla de una sola Policía Federal a la que se pretende dotar de facultades para investigar hechos presuntamente delictivos de los que tenga conocimiento a través mecanismos diversos a la denuncia y a la querrela, y la obligación de no suspender la investigación de un delito que realiza con motivo de la integración de una averiguación previa aduciendo la falta de instrucciones del Fiscal. Estas facultades de investigación que se le confieren a la Policía Federal, estarán controladas por el Ministerio Público de la Federación, ya que la autoridad policial estará obligada a reportar el inicio de la investigación y periódicamente los avances de la indagatoria.

La propuesta de dotar facultades de investigación a la policía es muy delicada, ya que aún y cuando en la Constitución General de la República se establece que la investigación y persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público, quien a su vez se auxilia de la policía que está bajo su autoridad y mando inmediato, en la práctica el representante social se ha visto rebasado al ser la policía quien dirige las investigaciones, lo que ha originado que se salga de las manos el control de las corporaciones policíacas repercutiendo en abusos de poder, detenciones arbitrarias y la generación de impunidad y delincuencia con la participación de integrantes de los cuerpos policíacos.

Otro inconveniente radica en que a pesar de los esfuerzos no existe la profesionalización total de la función policial que comprenda la selección rigurosa del personal, permanente capacitación y una remuneración decorosa que permita realizar su trabajo eficazmente, toda vez que de acuerdo a la experiencia obtenida como

defensor, supervisor y evaluador dentro del Instituto, en la mayor parte de los asuntos que en algún momento analicé me percaté que las detenciones de los indiciados se realizan al momento de estar cometiendo el delito, es decir, en flagrancia, lo que demuestra que las policías carecen de las técnicas apropiadas para investigar los delitos en casos diversos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 16 establece los supuestos en que puede detenerse a una persona, destacando la flagrancia y los casos urgentes, sin embargo, muchas detenciones se realizan de manera arbitraria sin que exista orden de aprehensión y los elementos policíacos realizan detenciones inventando pretextos para justificar las violaciones a la Constitución, y lo grave radica en que estas anomalías se consiguen acreditar durante la preinstrucción o la instrucción, pero se le otorga demasiado valor a lo señalado en los partes informativos, y a las declaraciones de elementos policíacos.

Con las nuevas reformas se correría el peligro de perder más control sobre las corporaciones policíacas, lo que ocasionará que se violente la seguridad de los gobernados fomentándose las detenciones arbitrarias, y la fabricación de delitos en detrimento de las garantías individuales y de los derechos humanos.

No considero un beneficio que se pretende reducir el valor probatorio de las actuaciones del Ministerio Público si durante el juicio se le sigue otorgando demasiado valor a los partes informativos que suscriben y ratifican los elementos aprehensores, así como a las confesiones obtenidas sin la presencia del defensor, la coacción, la tortura física o psicológica, y el maltrato que influyen en que el indiciado se vea coaccionado para declararse responsable de un hecho delictuoso, esto último se verifica al rendir declaración preparatoria en la que los inculpados se retractan de sus declaraciones ministeriales alegando malos tratos y tortura psicológica o el engaño de salir en libertad si declaran en cierto sentido, sin embargo, a pesar de que la confesión dejó de ser la reina de las pruebas se le sigue dando valor pleno a la rendida en esos términos por los juzgadores,

haciendo valer en su perjuicio el principio de inmediatez procesal otorgando valor preferente a las primeras declaraciones a pesar de ser obtenidas bajo coacción, y si en estos casos es alegado por el indiciado se le deja la carga de la prueba, lo que resulta contrario al principio de presunción de inocencia implícito en nuestra legislación.

## **VI.- LA FIGURA DE LA PERSONA DE CONFIANZA Y EL DEFENSOR CERTIFICADO**

Se ha propuesto la reforma al artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer no sólo el derecho a una defensa adecuada, sino el derecho a un defensor profesional certificado, al tiempo de suprimir la figura de la persona de confianza e incorporar la previsión del concepto defensor público.

Es acertada la propuesta que intenta desaparecer la figura de la persona de confianza, no sólo por el hecho de que fomenta el coyotaje, como se indica en la exposición de motivos, sino porque con fundamento en ello se han cometido innumerables violaciones a las garantías de los indiciados cuando han sido puestos a disposición del Ministerio Público, vulnerando flagrantemente la garantía de la defensa adecuada al designar como persona de confianza a cualquier familiar que no es perito en la materia o incluso a personal de la misma agencia investigadora, lo que va en detrimento de lo previsto en el artículo 20, apartado A, fracción IX constitucional, además se permite que personas que se dicen abogados "negocien" con familiares para hacerse cargo de los casos, cobran por la asesoría y la defensa que desarrollarán pero quieren estar en los procesos como simples personas de confianza dejando que la defensa técnica la desarrollen los defensores públicos federales.

La figura de persona de confianza no se justifica en los procedimientos penales federales, en virtud de que a partir de la vigencia de la Ley Federal de Defensoría Pública, específicamente en el artículo 24 se determinó que el Instituto Federal de Defensoría Pública designará por cada Unidad Investigadora del Ministerio Público de

la Federación, Tribunal de Circuito y por cada Juzgado Federal que conozca de materia penal, cuando menos un defensor público y al personal de auxilio necesario; lo que se ha conseguido actualmente gracias al arduo trabajo realizado por nuestro Director General, Magistrado César Esquinca Muñoa, que ha logrado el engrandecimiento de nuestra institución y la prestación cada vez más completa y eficaz de los servicios de defensa pública.

Al defensor público federal corresponde trabajar arduamente y evitar en todo momento que personas que no cuentan con cédula profesional quieran participar en el desarrollo de los procesos como simples personas de confianza para cobrar por servicios que no proporcionan, para ello deberán mantener comunicación amplia y estrecha con los defendidos y familiares para informarles que son los responsables de la defensa y que no es necesaria la presencia de una persona de confianza.

En cuanto al defensor profesional certificado, me es grato afirmar con plena certeza que con la entrada en vigor de la Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998, y las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicadas en el Diario Oficial el 26 de noviembre del mismo año, se ha profesionalizado la actividad del defensor público, en primer término porque los ordenamientos en cita contemplan el servicio civil de carrera destacando el riguroso proceso de selección a que son sometidos los aspirantes a defensores y asesores, y la capacitación permanente; además con la llegada de nuestro actual Director General, Magistrado César Esquinca Muñoa, se inicia la transformación real del Instituto implementándose las visitas de supervisión directa para conocer la actuación procesal del servidor público y evaluar la calidad de los servicios que se proporcionan, siendo determinante el resultado de estas actividades para la permanencia del defensor y asesor jurídico; por lo que me enorgullece afirmar que los defensores públicos y asesores jurídicos que integran el Instituto son profesionistas capacitados y certificados para desarrollar eficazmente las funciones de defensa pública.



## VII.- REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Se propuso, entre varios ordenamientos jurídicos, reformas a la Ley Federal de Defensoría Pública, destacando el cambio a Ley Federal de Defensoría; el establecimiento de los lineamientos de una defensa profesional o las obligaciones que tiene el defensor al representar a sus defendidos; la inclusión de defensores públicos especializados para adolescentes; la exigencia de ser abogado certificado para ingresar y permanecer como defensor; acentúa las obligaciones de los defensores privados al asumir una defensa ante el Ministerio Público, ante los Juzgados y Tribunales Federales y la designación del Consejo de la Judicatura Federal para otorgar la certificación a los defensores públicos y privados, fijando las bases para la aplicación de los exámenes de certificación y su periodicidad, es decir cada cinco años.

Las Bases Generales de Organización y funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública regulan el servicio civil de carrera que comprende la selección, ingreso, adscripción, permanencia, capacitación, prestaciones, estímulos y sanciones al defensor o asesor jurídico, además este servicio civil de carrera se rige bajo los principios de excelencia, profesionalismo, objetividad, imparcialidad, independencia y antigüedad, lo que permite afirmar que en el Instituto Federal de Defensoría Pública existe la certificación de su personal desde 1998, personal que es supervisado periódicamente para verificar el cumplimiento de las normas que rigen la función sustantiva encomendada, posteriormente como consecuencia de esa supervisión se realiza el dictamen de evaluación que califica el desempeño del defensor o asesor y cuyo resultado es determinante para su permanencia.

Es novedoso que se pretenda reglamentar la actividad de los defensores privados estableciéndose las obligaciones que contraen al hacerse cargo de un asunto del orden penal ante el ministerio público de la federación o ante los juzgados y tribunales federales, así como asuntos en materias diversas; sin embargo, considero que se complicaría verificar el cumplimiento de esas obligaciones al no existir un órgano encargado para tal efecto.

## VIII.- CONCLUSIONES

La correcta aplicación de un nuevo sistema procesal requiere no sólo de un cuerpo de normas vigentes, sino de todo aquello que sea necesario para que la nueva legislación se aplique y no se trate de simples intentos de mejorar nuestro sistema procesal penal, y que el nuevo código sea una simple declaración de postulados formales.

Si en algún tiempo no muy lejano se aprobaran las reformas constitucionales y procesales, representaría un cambio significativo en el desarrollo del procedimiento penal federal, así como en las funciones de los encargados de administrar justicia, por tanto, será ineludible que no tengan aplicación inmediata y dejar un periodo considerable para ello, lo que se conoce como "vacatio legis", con la finalidad de generar las condiciones de capacitación para los juzgadores y abogados litigantes en materia penal, toda vez que sin pretender ser drástico en el comentario, no existe la capacitación profesional para la participación en un sistema acusatorio oral que garantice una adecuada defensa para los justiciables.

Además de lo anterior, se requerirá de infraestructura y recursos humanos tomando en cuenta que los órganos jurisdiccionales están diseñados para un sistema penal mixto con predominio de la escritura, en el que si bien se efectúan algunas audiencias, no tienen los espacios para el desarrollo correcto de un juicio oral, público y contradictorio, y de acuerdo a la propuesta se pretende la existencia de verdaderas audiencias públicas. También se requerirá un mínimo de dos jueces que intervendrán en el procedimiento, toda vez que el que conozca de alguna diligencia en la etapa de averiguación previa o en alguna anterior a la principal del juicio, no podrá seguir conociendo, debiendo ser otro distinto el que desarrolle la audiencia principal y resuelva el asunto.

Me he concretado a emitir mi particular punto de vista en relación a algunos aspectos que considero trascenderán en el procedimiento penal federal, sin que sea posible realizar un análisis completo del universo de propuestas, mi intención es sembrar la inquietud en los abogados que hacen del derecho penal su actividad cotidiana y

estar preparados porque las reformas no repercutirán exclusivamente en el procedimiento penal federal, sino que al aprobarse deberán actualizarse todos los códigos procesales del fuero común a fin de estar acorde con nuestra máxima ley fundamental.

Se concluye que aun y cuando se aprueben las reformas que implementen un proceso penal acusatorio con predominio de la oralidad, desde mi personal punto de vista no sería funcional inmediatamente, porque no existen las condiciones estructurales y humanas para el adecuado desarrollo de los procesos orales, considero que debe seguir predominando el sistema de enjuiciamiento penal vigente con la existencia del órgano de acusación, del juzgador y la defensa encargada de desvirtuar los elementos del cuerpo del delito y probable responsabilidad del defendido; no estoy de acuerdo en la existencia de los procedimientos orales puros debido a que la esencia de éstos es que el particular sea el encargado de acudir ante los órganos jurisdiccionales a reclamar justicia, lo que traería como consecuencia que el resultado de los procedimientos dependa del grado de conocimientos del acusador, lo que sería un grave problema debido a que en la mayoría de los casos las víctimas del delito no son peritos en derecho, por lo que deberá seguir existiendo la institución del Ministerio Público como titular del monopolio del ejercicio de la acción penal.

Mientras tanto, se requiere de mayores recursos para la creación de órganos jurisdiccionales que son necesarios para contrarrestar cargas de trabajo y agilizar la pronta procuración y administración de justicia, además de la creación de los Servicios Periciales del Poder Judicial de la Federación que permita el desahogo de pruebas en materia especializada.

A corto plazo, sería importante reformar el Código Federal de Procedimientos Penales para que expresamente se indique en la etapa de averiguación previa el término para que el Ministerio Público recepcione la declaración ministerial, la obligación que tiene de permitir la entrevista del indiciado con su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial, de

admitir las probanzas ofrecidas emitiendo el acuerdo respectivo, que a toda petición por escrito recaiga un acuerdo fundado y motivado. Durante el proceso deberán respetarse los términos previstos en el artículo 147 del Código Federal de Procedimientos Penales para concluirse la instrucción, así como los que se contemplan en el artículo 152 del mismo ordenamiento; reformar el artículo 160, párrafo segundo, que regula lo relacionado a la designación del defensor de oficio para que oriente a la persona de confianza cuando no tenga cédula profesional de licenciado en derecho, esto ha propiciado la presencia de personas que cobran por los servicios y exigen que el defensor esté presente para asesorarlos lo que me parece un agravio para la actividad del defensor público federal, y no se debe permitir; por otra parte, es necesario se destinen mayores recursos tomando en cuenta que el principal problema de la administración de justicia en nuestro país ha sido el tiempo en que se resuelven los asuntos mediante la emisión de una sentencia ejecutoriada, que como lo he mencionado en la mayoría de los casos no se atribuye a los juzgadores, sino a diversos factores como las excesivas cargas de trabajo, la impericia de litigantes cuando promueven innecesariamente, a los mismos inculpados por la demora en el auxilio para ofrecer pruebas y la falta de peritos en materias especializadas; también incide el contar con una legislación envejecida que contiene diversas disposiciones que no tienen aplicación y que deben desaparecer.



# El indígena y la justicia

*Rosa Elena Uc Polanco*  
Defensora Pública Federal

Para la realización del presente trabajo, me permito iniciar mencionando que el tema indígena, por muchos hablado y comentado pero por pocos comprendido y asimilado, reviste de gran importancia no sólo para nosotros los indígenas, sino para toda la sociedad y para el derecho en sí.

Actualmente nos encontramos en un estado de construcción para los indígenas y de reconstrucción para la sociedad y el derecho.

El primer caso de construcción que tenemos los indígenas: Es el de construir desde la misma base de nuestra cultura, costumbres, la lengua, de la forma especial de concebir la vida, valorar nuestra forma diferente de ser y con el de convivir con respeto e igualdad con la otra forma de ser, donde uno no sea más que el otro, donde una cultura no sea más que la otra.

Por parte de la reconstrucción de la sociedad, es el de aceptar, de comprender, que en México existen varias culturas no sólo una sola, cambiar esas estructuras sociales, para evitar las formas perceptibles e imperceptibles de prácticas discriminatorias, y por cuanto al derecho los cambios en la legislación para aplicar lo plasmado constitucionalmente, el reconocimiento de derechos de las etnias que ocupan un territorio, de sus de organización, sus instituciones, sus costumbres, todos como partes integrantes de una colectividad, de comunidad, de pueblo.

Si bien es cierto que lo indígena es empleado en muchos foros, seminarios, discursos, también lo es que se realizan pocas acciones respecto a la defensa de los derechos indígenas, respecto a su ámbito cultural, económico, social y jurídico.

En condiciones adversas, los integrantes de las comunidades indígenas han logrado preservar su cultura, su historia, su lengua que es el vínculo de comunicación, de transmisión de la cultura.

La lengua indígena reviste una gran importancia, ya que ésta se traduce en un vínculo de la historia, del presente, del futuro, de una forma de vida individual que al ser compartida por ese vínculo se convierte en una forma imprescindible de la vida cotidiana, de formas de convivencia, de organización, de conocimientos, de comunidad.

Las civilizaciones y culturas existentes en la actualidad se integran, multiplican y enriquecen de la diversidad étnica que constituye el patrimonio invaluable de la humanidad.

La urgencia y necesidad de respetar y promover los derechos y características de los pueblos y personas indígenas, con reformas que incluyen elementos distintivos de la diversidad étnica con la idea central de fortalecer el reconocimiento positivo de derechos específicos relativos a la identidad, lengua, educación, procuración y administración de justicia y valoración de cultura.

Esta falta de entendimiento y de comunicación es producto de años de discriminación, de abusos, de despojos, etc, pero es necesario que la población indígena se asuma como parte constituyente de esta reforma constitucional, y por su lado el Estado, es completamente necesario que se trabaje con y para los indígenas, con pleno respeto a su diversidad cultural, dar la información en su propia lengua, que los indígenas conozcan las leyes para poder conocer sus obligaciones pero también exigir los derechos que les asisten y con esto y con otras acciones disminuir la discriminación en las que se ven envueltos.

Para la población indígena la justicia no siempre es accesible, pues entre las barreras que ésta encuentra está el aislamiento, la

pobreza y la exclusión en que viven, poseionados en una desigualdad económica, social, de salud, producto de un proceso que la misma historia nos dice, como resultado de una forma de discriminación.

Muchos indígenas no hablan el idioma español, son monolingües y por consecuencia no saben leer, y esto conlleva a que no tengan conocimiento de la ley, algunos de ellos si bien hablan "un poco" el español, ello no significa que entiendan bien y suficientemente el español, ó que se expresen mejor en su lengua materna.

En la mayoría de los casos las comunidades indígenas están en la pobreza extrema, con una ubicación geográfica que está alejada de la comunicación terrestre, o si bien tienen esa comunicación, las acciones gubernamentales son insuficientes para llevar el progreso, con respecto a su cultura, y sobre todo procurar que la información sea transmitida en su propio idioma, para que las demandas indígenas sean atendidas en forma adecuada y con respecto a sus especificidades culturales, tanto por los órganos del gobierno como por las instancias de procuración y administración de justicia.

El reto para el gobierno federal, estatal y municipal, abatir el rezago, en el que se encuentran los indígenas en el ámbito económico, social, jurídico, de salud, en la educación, etc.

Es conveniente considerarse que nuestra nación, desde 1990 firmó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo y que por remisión al artículo 133 Constitucional forma parte de la ley suprema de nuestro país y no es sino hasta el año de 1994, en el que se realizó un primer intento en plasmar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el reconocimiento de que la República Mexicana está compuesta no de una sola cultura, sino de una pluriculturalidad, esto es, que existen varias culturas en toda la nación mexicana con diferencias entre ellas, pero también con algunas similitudes.

Este primer intento revistió de varias inconclusiones jurídicas, tales como el de carecer de la ley reglamentaria a que hace mención, que le permitiera ser aplicable jurídicamente; este intento fue plasmado en el Artículo 4o. que a la letra mencionaba:



"La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley". *Dicha reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de Enero de 1992.*

De esta manera, se elevó a rango constitucional que la nación mexicana está compuesta por varias culturas, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, y que "la ley" garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado.

La ley a que hace referencia este artículo no fue promulgada.

El 14 de agosto del año de dos mil uno, se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que se adicionaron un segundo y tercer párrafos al artículo 1o.; se reforma en su integridad el artículo 2o. y se deroga el párrafo primero del artículo 4o.; se adicionan: un sexto párrafo al artículo 18, un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115, así como cuatro transitorios.

En dichas reformas se plasma a los pueblos indígenas, en diferentes ámbitos tanto económicos, de salud, de justicia, de educación. Se adicionan varios aspectos que en la demanda indígena se exige la libre determinación, autonomía, formas de organización social y política, sistemas normativos, normas, procedimientos y prácticas tradicionales, participación y representación política. Reconoce en el artículo 2º, los derechos de los pueblos indígenas, señalando las obligaciones que corresponden a la Federación, los Estados y Municipios para el ejercicio efectivo de los mismos.

En una segunda responsabilidad a la Federación, Estados, Municipios, les correspondería, impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas, incrementar los niveles de educación, asegurar el

efectivo acceso a los servicios de salud, la incorporación a las mujeres indígenas al desarrollo, establecer las condiciones para que se empleen los medios de comunicación, apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas, establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero.

Dicha reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena, aprobada por el Constituyente Permanente, señala que la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquéllos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Asimismo, prescribe que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

De igual manera, la Constitución federal manda expresamente que las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

En la vida comunitaria de los indígenas, se encuentran formas de organización y de maneras muy propias de resolución de los conflictos internos, los cuales se encuentran regulados en el Apartado A fracción II, del artículo 2º Constitucional, que dice:

"A.- Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: ...II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garan-

tías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes".

Al respecto esta forma de solución de conflictos internos la palpamos en la Legislación Estatal de Quintana Roo, donde se ha realizado un magnífico trabajo, para identificar a las personas mayas que realizarán el papel de Jueces Indígenas, así como para adoptar en su ley orgánica del poder judicial la figura de los jueces indígenas. Estas acciones como algunas otras en el resto del país nos conlleva a pensar que lejos de ser un obstáculo el reconocimiento de la justicia indígenas de las formas de resolución de conflictos internos, debe verse como una manera complementaria del mismo derecho.

A juicio de la que aquí escribe, en la práctica aún no se ha logrado tener esa forma de trabajo integral entre los poderes del Estado, nos encontramos en un estado de construcción intercultural.

Es importante señalar que estos trabajos deben realizarse para y con la población indígena, para que ellos mismos sean los conductores de su propio destino, de su bienestar y progreso, sin caer en la intermediación que mucho daño hace a las comunidades indígenas, ni en el paternalismo, puesto que al crearse las condiciones jurídicas con las que se cuenta en la actualidad, se puede propiciar el propio desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas, con respeto a sus especificidades culturales.

## JUSTICIA

Las instituciones tradicionales indígenas también contienen elementos para cambiar determinadas situaciones, pues al ser reconocidas por la misma comunidad aportan elementos de auxilio y de complemento a acciones sociales que se pretendan realizar en y para la comunidad.

Las formas de organización y de solución de conflictos internos, está sustentada en prácticas jurídicas arraigadas, respetadas y cumplidas entre ellos, que en la mayoría de los casos no sólo no

contradicen sino que podrían complementar las normas del derecho positivo.

En el ámbito de justicia, el hecho de que el inculcado hable español, ello no significa que se exprese y entienda mejor en su propia lengua, caso que en algunos procesos implique la duda de la autoridad al proporcionarle un intérprete traductor o lo que es más grave que se dude de su pertenencia indígena sólo porque hable "un poco español", y de que sea procesado y sentenciado en una lengua que no conoce que es totalmente ajena a él.

Dicha situación es producto del desconocimiento del indígena de las leyes, de que en el amparo de éstas, puede solicitar a la autoridad un intérprete traductor, para que lo asista y pueda tener una mejor comunicación con la autoridad y ésta con aquél, pero también que sea defendido por un defensor que conozca su lengua y su cultura. Ese desconocimiento es producto de la desigualdad en que se encuentra ubicado.

En el caso de readaptación social, los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.

En estos casos, es del conocimiento de la suscrita en virtud de ser descendiente de mayas, de haber fungido como intérprete traductor de la lengua maya-español en los órganos jurisdiccionales y actualmente apoyando como Defensora Pública Bilingüe, en los que se puede sentir y palmar el cambio, el giro de 180 grados, en el diálogo de una persona mayahablante, cuando se empieza a hablar en su propio idioma, en la que se manifiestan varios datos, circunstancias que en la lengua española no se dice, ni se menciona, es decir se queda corta en la expresión, en la declaración, en el entendimiento con la autoridad, siendo que en este sentido aún cuando se es responsable o no responsable del delito que se le imputa, lo más importante es que el indígena tenga la misma oportunidad que todos, que sea juzgado y defendido en su propio idioma.

Partiendo de esta consideración y de la circunstancia peculiar de la población maya consistente en el hecho de que una persona perteneciente a dicha etnia sea también hablante del español, ello no significa que hable fluidamente y entienda totalmente dicha lengua, pero que por las necesidades laborales, de comercio y de migración se ven en la necesidad de hablar el español, pero que en la mayoría de las ocasiones se expresa y entiende mejor en su lengua materna.

Esta consideración se reproduce desfavorablemente en el ámbito judicial donde la autoridad judicial les pregunta: "habla el español?" Respuesta. Sí, "entonces entiende perfectamente el español". Aunque hable y entienda mejor en su propia lengua, teniendo que posteriormente probarlo mediante una pericial en materia de antropología que efectivamente pertenece a la etnia maya, otorgándosele en consecuencia un traductor, y en caso contrario se le juzga y se le defiende en un idioma que no entiende, que no es suyo.

Aunado a estas consideraciones el término indígena no es del todo comprendido por los pertenecientes a un grupo étnico, por lo que en una diligencia judicial, se niega dicha condición en el momento en que la autoridad le ha cuestionado su pertenencia. Lo anterior trae como consecuencia una problemática de la concepción de la autoadscripción a que hace referencia el artículo 2º. Constitucional, párrafo segundo.

Por su parte el Instituto Federal de Defensoría Pública, ha realizado una gran labor en incluir entre los defensores públicos a licenciados en derecho bilingües, a fin de garantizar que se tenga una verdadera comunicación entre el defendido y el defensor, y con dicha acción formar parte de un cúmulo de acciones, como el que el indiciado, procesado, sentenciado indígena, cuente con un intérprete traductor, tal y como lo menciona la fracción VIII, apartado A, del artículo 2º, Constitucional, que en su primer párrafo menciona:

*A: Esta constitución, reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en*

*consecuencia, a la autonomía para: VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar este derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.*

Por su parte el artículo 28 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice:

*"Cuando el inculcado, el ofendido o el denunciante, los testigos o los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma castellano, se les nombrará a petición de parte o de oficio, a uno o más traductores, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes, podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el traductor haga la traducción".*

Palpable es que todos los sectores de la sociedad son partícipes en la realización de acciones en el cambio social y jurídico en el que nos encontramos. Aún cuando se necesiten más actores, acciones y compromisos, en la construcción de este México moderno, es necesario, insisto, que los indígenas sean partícipes de estos cambios, para que ellos mismos hagan su historia.

Es necesario procurar la armonía entre las costumbres jurídicas de los indígenas con las normas legales, que lejos de violentarlas, ambas coinciden en la aspiración de un estado de derecho.

El Estado tiene la responsabilidad de garantizar por mandato de nuestra ley fundamental, el bienestar y del disfrute cabal de los derechos de todos los mexicanos, indispensable para su libertad y desarrollo, estableciendo una nueva relación con los pueblos indígenas con respeto y garantizando la participación de éstos, a fin de establecer las condiciones de establecer un diálogo con los pueblos indígenas y no por intermediarismos, para que funcionen las acciones

que se realicen para romper con los círculos viciosos que dañan a los indígenas, generando más pobreza.

Importante es pues la creación efectiva de normas jurídicas, para abatir la injusticia en la que se ha afectado a los indígenas, en todos los ámbitos de la vida, y aún así los indígenas han resistido estos embates y han tenido como medios de resistencia el conservar la lengua, la cultura, las costumbres, la forma de concebir al mundo, aspectos enriquecedores de nuestra cultura nacional, reconocidos a nivel mundial.

Deben ser los pueblos indígenas los que demanden estos derechos que la ley les otorga, pero para ello es necesario que éstos también tengan conocimiento de la ley, siendo responsabilidad del Estado realizar esta labor de difusión en su propia lengua, para que realmente se pueda tener la corresponsabilidad en la construcción conjunta de nuestro Estado de Derecho y esa igualdad, sólo entonces con la intervención conjunta e integral de los actores, sociales así como con los integrantes de las comunidades indígenas, podremos mencionar que se tendrá una igualdad y una verdadera aplicación de justicia.

No podemos dejar atrás el parecer de las comunidades indígenas, existiendo un obstáculo para ello, que no todas las comunidades indígenas cuentan con una verdadera representación.

A consideración de la suscrita se plantea como una problemática el desconocimiento de los directamente interesados, de la reforma constitucional y de las leyes que contienen sus derechos y obligaciones, ya que se debe conocer los derechos para poder exigirlos.

Necesario sería entonces el emplear acciones ó estar en colaboración o cooperación con las entidades federales, estatales y municipales para difundir las leyes en el idioma que se hable en la región de que se trate.

Lo anterior se traduciría en que el mismo indígena puede solicitar a la autoridad que sea asistido por un intérprete traductor así como de un defensor que conozca su lengua y su cultura.

Es necesario establecer y determinar las políticas y normas fundamentales para garantizar la vigencia de los derechos de población indígena, como individuos y como colectividad, contribuir al desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, para poder construir una sociedad intercultural.





## Los criterios socioculturales en la defensa penal de inimputables

*Pedro Ugalde Segundo*  
Defensor Público Federal

Tradicionalmente los casos de inimputabilidad se han hecho derivar del trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que impide al sujeto autor de un hecho considerado como delito, comprender el carácter ilícito de su conducta y poder determinarse a actuar de acuerdo con esa comprensión.

El tema de la imputabilidad y su aspecto negativo la inimputabilidad, han ocupado el quehacer científico de los estudiosos del derecho penal a través de la historia, por ello han existido diversas posiciones en torno a considerar a la imputabilidad de distintas maneras, entre ellas: como un presupuesto general del delito, como elemento autónomo del delito, como presupuesto de la culpabilidad, como elemento de la culpabilidad, como presupuesto de la conducta, como presupuesto de la pena, como presupuesto de la antijuridicidad o como elemento del tipo.

También hay autores que han pretendido su estudio fuera de la teoría del delito al considerar que el fenómeno de la imputabilidad debe estudiarse en la teoría de la pena o en la teoría del delincuente.

En fin, desde el punto de vista teórico puede o no resultar interesante, pero en el terreno práctico la imputabilidad representa un aspecto jurídico que se ha mantenido estático, precisamente por la dificultad que entraña su determinación, sin embargo, con la progresión de la ley para adaptarse a los vertiginosos cambios sociales,

es posible observar algunos supuestos jurídicos que demuestran que es posible determinar la imputabilidad más allá de una base meramente patológica y no sólo a través de su aspecto negativo como lo es la inimputabilidad.

En efecto, la ley penal federal codificada, su artículo 15, fracción VII, enuncia que será inimputable el agente que al momento de la realización del hecho típico no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Entonces por lógica y en una interpretación a contrario sensu, podríamos asentar que sería imputable el agente que al momento de realizar el hecho típico tuviera la capacidad para comprender el carácter ilícito de aquél o para conducirse de acuerdo a esa comprensión por no padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

El anterior ejercicio es a todas luces desafortunado porque no comprende ni la más mínima parte del contenido que encierra el fenómeno de la imputabilidad, realmente afirmar que se es imputable por tener la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta desplegada o por tener la capacidad de dirigir la voluntad de acuerdo a esa comprensión, en virtud de tener salud mental y un desarrollo intelectual normal, plantea de entrada una gran contradicción, porque difícilmente podríamos afirmar que existan delinquentes sobre todo los que actúan dolosamente, que posean salud mental y desarrollo intelectual normal al momento de cometer el delito, porque es precisamente su estado de anormalidad lo que los lleva a delinquir, aunque también debemos reconocer que ese estado de anormalidad no necesariamente tiene su origen en trastornos físicos y psicológicos congénitos o adquiridos, sino también en aspectos afectivos, económicos, políticos, sociales y culturales.

Ahora bien, actualmente a través de los peritos en medicina, específicamente en psiquiatría, se determina si el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado son de tal naturaleza que le impidan al sujeto tener la capacidad de comprender el carácter ilícito de

su conducta o le impidan tener la capacidad de determinar su voluntad de acuerdo a esa comprensión, para que operen las causas de inimputabilidad, sin embargo, existen algunos casos de gran relevancia humanitaria y social, en la determinación de la imputabilidad con una base distinta a la patológica.

## **IMPUTABILIDAD DISMINUIDA**

Esta figura sigue contemplada en el Código Penal Federal que hemos tomado como modelo explicativo, así están consideradas las diferentes etapas que se pueden presentar en el desarrollo mental de una persona, desde la inimputabilidad, pasando por la imputabilidad disminuida, hasta llegar a la plena capacidad penal.

El derecho penal toma en cuenta dicho desarrollo y su problema principal se centra en determinar los efectos jurídicos en cada una de esas etapas, al respecto se plantea la validez de la imputabilidad disminuida o atenuada, o bien, si es mejor considerar únicamente el estado de peligrosidad para evitar toda idea de castigo normal o atenuado, aunque tradicionalmente en el caso del llamado defecto de la voluntad o imputabilidad disminuida, se ha determinado que hay responsabilidad y en consecuencia se impone una pena atenuada.

No obstante, esta postura es criticable porque al tratar de medir la responsabilidad de acuerdo a la imputabilidad disminuida, se puede dar el caso de aplicar una pena disminuida a quienes por no estar enteramente locos, resultan ser más peligrosos que los mismos hombres enteramente sanos, porque por un lado reprimen sus impulsos delictivos, y por otro, eligen los medios idóneos para cometer el delito.

De lo anterior se desprende que en el caso de la imputabilidad disminuida no es correcto establecer una pena disminuida como está previsto actualmente, porque el llamado delincuente defectuoso puede ser tan o más peligroso que el llamado delincuente normal, el problema que plantea la llamada imputabilidad disminuida se resolvería, aplicando únicamente la pena o en su lugar, la medida de

seguridad, según sea el caso que corresponda.

Actualmente el Código Penal Federal, establece lo siguiente:

*Artículo 69-Bis. Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.*

El citado artículo 67 del Código Penal Federal establece:

*Artículo 67. En el caso de los inimputables el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.*

*Si se trata de internamiento, el sujeto imputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.*

*En caso de que el sentenciado tenga el hábito o necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido.*

A su vez los citados artículos se complementan con el siguiente:

*Artículo 68. Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligaciones contraídas.*

*La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán*

*mediante revisiones periódicas con la frecuencia y características del caso.*

Después de reflexionar sobre este tema se puede decir que la imputabilidad disminuida no es en sí una forma autónoma, que se ubique entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino realmente es un caso auténtico de imputabilidad, porque el sujeto debe ser capaz de comprender lo injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión (de no ser así entonces habría total inimputabilidad), pero lo que en realidad ocurre en la llamada imputabilidad disminuida, es que el sujeto sí comprende lo injusto de su conducta y determina su voluntad conforme a esa comprensión, pero en esa etapa de determinación de la voluntad no puede controlar plenamente sus emociones o impulsos que finalmente lo llevan a delinquir, entonces ante esta situación, se pasaría de la imputabilidad a la culpabilidad, así, la pena debería graduarse de acuerdo a la culpabilidad y ya no ser una facultad potestativa del juez como está contemplada actualmente en el citado artículo 69 bis del Código Penal Federal.

También en este punto, se ha llamado la atención respecto a la similitud de la imputabilidad disminuida y el error de prohibición, por cuanto hace a la notable disminución de la capacidad de comprensión del injusto, porque a través del error de prohibición venible, un sujeto capaz plenamente obtendría una disminución de la pena, en tanto que el sujeto que posee una imputabilidad disminuida, debe ser penado en condiciones similares, lo que no resulta correcto.

## **ADULTOS MAYORES**

En relación a este tema, la senilidad es la última etapa de vida del hombre, la mayoría de los autores coinciden en que se inicia a partir de los setenta años, aunque no siempre la edad cronológica corresponde a la edad mental de una persona, durante esta etapa regularmente se presenta una disminución progresiva de las funciones psíquicas, particularmente de la memoria y de la atención.

Con el transcurso del tiempo se presentan fallas de atención y percepción que generalmente son inevitables a edad avanzada y por lo regular también, llevan al adulto mayor hacia la criminalidad culposa por falta de previsión de un resultado antijurídico, que era previsible para quienes no presentan dichas fallas, por lo que en estos casos según establece la ley penal federal vigente, se reconoce que se está en presencia de la imputabilidad disminuida.

Sin embargo, podemos destacar que en su evolución el Derecho ya ha considerado en los casos de senilidad la substitución de la pena restrictiva de la libertad, e incluso prescindir de ella, podría decirse que sería un caso de excusa absolutoria, anulatoria de la punibilidad, al respecto ya se señaló que la imputabilidad ha tenido también como connotación el ser un presupuesto de la pena, y en este caso es evidente que la dirección del tratamiento específico está totalmente dirigido a la particular personalidad del adulto mayor, como actualmente se le denomina.

El artículo 55 del Código Penal Federal que hemos tomado como modelo señala:

*Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa y restrictiva de libertad, el juez de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.*

Al margen de lo que se ha venido comentando, valdría hacer extensiva esta facultad al Ministerio Público, a fin de evitar incluso la sujeción innecesaria del adulto mayor al proceso penal.

Cabe citar a manera de ejemplo también el manejo que hizo de esta circunstancia el legislador local en el Código Penal para el Estado de Coahuila, en el que se señaló en su artículo 72, como circunstancia atenuante de la pena:

*Circunstancias especiales para individualizar la pena de prisión*

*en delitos dolosos. El juzgador también tomará en consideración, para ponderar el grado de punibilidad en los delitos dolosos, las circunstancias especiales siguientes:*

*1.- Circunstancias especiales atenuantes:*

*1) ...*

*10) Cuando el agente tenga 65 años de edad o mas.*

También es pertinente considerar respecto a la peligrosidad y afectación a la víctima, la pertinencia de aplicar una medida de seguridad al adulto mayor que delinque y pensar en el empleo de figuras jurídicas aún vedadas en el derecho penal como la mediación, la conciliación, la compensación y la reparación del daño como pena autónoma, todo en función de cada caso concreto.

## INDÍGENAS

Se cataloga como indígenas, a las minorías raciales ubicadas dentro de un determinado ámbito territorial, mismas que se identifican por conservar sus propias tradiciones, lengua original y observan en general normas de cultura que los particularizan en relación con otros grupos sociales. En el ambiente sociocultural donde nacieron y en el que desarrollan sus actividades cotidianas llevan una vida de relación normal, el desequilibrio puede presentarse al salir de ese medio y encontrarse con leyes y costumbres que no comprenden. El concepto de licitud que poseen no siempre coincide con el que tiene la sociedad mayoritaria y gobernante.

Para la comprobación de esta circunstancia particular del inculpado, es pertinente tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 220 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales que establece lo siguiente:

*Quando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional.*

También a manera de ejemplo cabe citar lo que se dispuso en el Código Penal del Estado de Michoacán en el que se señaló expresa-



mente al indígena como inimputable, con la condición de que no haya tenido ningún contacto con la civilización, o no estuviere integrado a ésta, repectivamente..., y en la fracción II del artículo 16 considera como causa de inimputabilidad la condición de indígena analfabeto no integrado a la civilización.

En relación, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas en Países Independientes y Tribales, publicado el 3 de agosto de 1990, en el Diario Oficial de la Federación, señala su aplicación:

*a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

Aplicando un procedimiento sintético, se destacan tres características para determinar la condición de indígena:

1. Ser originario de un territorio conquistado o colonizado.
2. Identificarse genética y culturalmente con la población original.
3. Hablar la lengua originaria.

Vinculado con el tema de la población indígena, también resulta interesante lo dispuesto en el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, celebrado en Viena el 21 de febrero de 1971, aprobado por la H. Cámara de Senadores el 29 de diciembre de 1972, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de junio de 1975, en el que México al adherirse formuló una reserva expresa, en virtud de que en su territorio existen grupos étnicos indígenas que en rituales religiosos usan plantas silvestres contenidas como sustancias psicotrópicas en la lista I del convenio, caso concreto de

la mezcalina, que se encuentra en el peyote utilizado por los Huicholes y otras etnias en sus ceremonias religiosas, constituyendo esto una muestra de la consideración para despenalizar determinadas conductas sobre una base de elementos socioculturales.

Actualmente en la legislación penal federal se toma en consideración la condición específica del indígena, que debe ser valorada tanto por el Juez como por el Ministerio Público y, también debe ser factor que influya decisivamente en el sentido de las resoluciones que se lleguen a dictar sobre su persona, reconociendo así que su especial condición de vida y pertenencia a un pueblo o comunidad indígena, influye determinantemente en la comprensión que poseen del orden jurídico y social que los rodea.

Otro ejemplo que se relaciona, es el caso de los campesinos previsto en el artículo 85, inciso b) del Código Penal Federal, en el que se señala para efectos de conceder el beneficio de la libertad preparatoria a los sentenciados por delitos contra la salud previstos en el artículo 194, cuando se trate *de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica*, supuesto que sirve para evidenciar el carácter injusto e inútil que en ocasiones puede tener la aplicación de la pena de prisión para quienes al momento de cometer el ilícito, no tienen un estado de normalidad para sentir y comprender el alcance de la pena.

En el Código Penal Federal Mexicano existe ya cierta inclinación a reconocer otros factores para la determinación de la imputabilidad distintos al trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, tal es el caso de los farmacodependientes, indígenas, campesinos y adultos mayores, previendo la disminución de las penas y aplicando en algunos casos medidas de seguridad, excusas absolutorias y considerando también la figura de la imputabilidad disminuida, sin embargo, la imputabilidad aparece determinada en sentido negativo y fundamentada únicamente en los criterios biológico, psicológico y normativo.

En clara referencia al concepto de imputabilidad y su determinación, se puede establecer que su concepción y comprensión está

íntimamente ligada a procesos de socialización e internalización, de carácter histórico, político, social, cultural y biológico, procesos que se desarrollan a lo largo de la vida del individuo y que lo ponen en contacto con diversas exigencias normativas, sociales y jurídicas, cuyo resultado es la pauta para determinar su estado de desarrollo y su integración social. Por lo anterior, cuando se produce alguna alteración de dichos procesos que pueden afectar las facultades intelectivas o volitivas del sujeto, tal alteración debe ser tomada en cuenta al momento de formular cualquier juicio de valor sobre el comportamiento del individuo, mas aún cuando de lo que se trata es de afirmar o negar su capacidad de ser declarado culpable y, en consecuencia responsable y castigado por la comisión de un delito.

Por lo anteriormente comentado se llega a establecer que la imputabilidad es la capacidad de motivación individual, es decir, la capacidad personal para motivarse por los mandatos normativos.

Es decir, que al hablar de penas y medidas de seguridad para imputables e inimputables respectivamente, finalmente se está legitimando al Estado para actuar de la misma manera defensorista ante los hechos generados tanto por imputables como por inimputables, sin embargo, según se ha tratado no son las mismas condiciones de unos y otros, por eso la determinación de la imputabilidad debe ir acompañada de la contemplación de los efectos que producirá, esto con la finalidad de evitar que existan casos de sometimiento a medidas de seguridad de quienes siendo inimputables no necesariamente revisten un estado de peligrosidad que motive la intervención defensorista del Estado.

El tema de la adopción de criterios socioculturales para la defensa de inimputables, no se puede sustraer de la influencia de las dos principales corrientes doctrinales que han marcado la pauta en el desarrollo del derecho penal, la clásica y la positivista. Sin embargo, a través del tiempo y del desarrollo de diversas investigaciones, se ha llegado a establecer que ambas corrientes, la clásica y la positivista tienen en común que estigmatizan al delincuente, la primera

de ellas distingue entre imputables e inimputables, ó seres dotados de razón e irracionales, para poder establecer la responsabilidad penal, Para la otra postura, todos los que delinquen normales y anormales son responsables socialmente, sin importar si son o no inimputables, posiciones absolutas y radicales que dejan fuera de contexto un sinnúmero de casos que según se ha demostrado requieren un tratamiento diferente contando con todos los conocimientos que ha suministrado el avance de la ciencia jurídica.

Con base en todo lo que se ha expuesto, se puede establecer que la determinación de la imputabilidad penal no es sólo un problema de libre albedrío o de normalidad psicofísica, existen otros factores internos y externos relacionados con el sujeto y con las consecuencias reales que se producen.

Desde el punto de vista sociológico es posible afirmar la coexistencia de determinados subsistemas que en un contexto determinado persisten, constituyendo entidades de la misma categoría que influyen entre sí, por ello, fenómenos como la capacidad de delinquir se nutren y a la vez repercuten de todo lo que les rodea, el delito y el delincuente son objeto de interés en el ámbito de la educación, de la seguridad, de la prevención, del sistema penitenciario, del desarrollo familiar, de la economía, de la política, de la religión, entre otras.

Por ejemplo, el aspecto de la inimputabilidad por causa de locura no sólo es materia de la psiquiatría que atiende a situaciones de carácter físico y biológico: la locura constituye un fenómeno más complejo, de carácter también social e histórico, porque es una realidad que ha de analizarse cómo ha de actuar el Estado en estos casos, además, la historia suministra datos acerca de cómo se ha tratado esta situación y qué resultados se han obtenido, la reacción del loco implica un enfrentamiento con las normas y valores del grupo social en el cual se encuentra inserto.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, el tema de la determinación de la imputabilidad y sus efectos no debe circunscribirse a un orden social único y a una verdad única. Es indispensable con-

siderar los valores establecidos por el grupo social a que pertenece el individuo y estudiar también la manera como resuelven los conflictos que se presentan, conforme a los medios y particulares circunstancias de cada sociedad. Ante tal planteamiento integral y propio de cada sistema social y jurídico, al determinar la imputabilidad modernamente el Estado de Derecho debe en primer lugar asignar al sujeto imputable cierto orden social dentro de los muchos que persisten en su medio, sin que ello signifique estigmatización o minusvalía. En segundo lugar, se debe tomar en cuenta la estructura y organización social en la que se desenvuelve el sujeto imputable, para de esta manera analizar los injustos cometidos por la persona, y en consecuencia manejar los efectos de tal determinación.

De lo expuesto se advierte una marcada evolución de la imputabilidad, su tratamiento estaría encaminado a lograr mejores situaciones de atención a personas no comprendidas en su contenido, y como consecuencia, una exigencia más moderna, más eficaz para la sociedad, y más justa, respecto de quienes integren el contenido de la imputabilidad, inclusive refinando más su estructura, aplicando criterios antropológicos y sociales para eliminar del juicio de culpabilidad y de la consecuente responsabilidad penal, no sólo a quienes presentan una alteración psíquica con base patológica, sino también a quienes presentan marcado atraso cultural o aislamiento social, a la vez de promover la cultura de un mayor arbitrio judicial para que en el caso de determinar sobre la imputabilidad se esté en posibilidades de resolver en justicia, superando fórmulas legales que han demostrado que en las cárceles se encuentran presos, cuya segregación, además de inútil y en ocasiones contraproducente, resulta contraria a las aspiraciones que como Estado de Derecho se pretende alcanzar, con base en la observancia de los principios de igualdad, democracia y justicia.

Para lograr avances más significativos en la procuración y administración de justicia, se debe dar a la imputabilidad un tratamiento más dinámico e incluyente, así, además de los criterios biológico, psicológico y normativo, se deben adoptar criterios sociológicos y

antropológicos para que de manera más terminante se fije con mayor exactitud el contenido de la imputabilidad y a la vez se amplíen las causas de inimputabilidad, que con una mejor sistemática y mayor riqueza conceptual incluirían a personas que por sus específicas condiciones personales de vida tienen alterada la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y de actuar de acuerdo a esa comprensión, aunque no se trate de una base patológica, dando el paso decisivo para excluir totalmente de responsabilidad penal a esas personas, tratando sistemáticamente una serie de disposiciones penales, sustantivas y adjetivas que se encuentran dispersas y que tienen en común su tendencia a no sancionar en determinados casos.

En esencia la finalidad debe ser sujetar a la acción punitiva del Estado a los menos, esto se logrará con la instrumentación de figuras legales que permitan excluir la responsabilidad penal o lograr un beneficio legal, no obstante que el sujeto sea hallado culpable, también es congruente con este planteamiento la tendencia a otorgar un mayor arbitrio judicial y hacerlo efectivo para la resolución de estos casos.

Con la aplicación de criterios socioculturales para determinar la imputabilidad penal, procede revisar los diversos supuestos jurídicos relacionados con el tema, que se encuentran diseminados en la legislación penal federal y en las legislaciones penales locales, con la finalidad de que el tratamiento jurídico de la imputabilidad se unifique, y de esta manera se constituya en un elemento útil que ayude a someter a un procedimiento penal, únicamente a quienes verdaderamente merecen ser sujetos del reproche penal, en consecuencia debe excluirse de esta valoración, a quienes presentan anormalidad en todas o alguna de las esferas que conforman el concepto amplio e integral de la imputabilidad conformado sobre una base no sólo patológica.



## Sucesividad o simultaneidad de las penas de prisión en el ámbito federal. El caso del concurso real de delitos

*Apolinar Pedro Vargas Ordóñez*

Defensor Público Federal

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente, en el ámbito federal, un sinnúmero de sentenciados que compurgan penas corporales por dos o más delitos sufre una gran incertidumbre jurídica por la ausencia de una definición clara sobre si dichas penas deben cumplirse en forma *sucesiva* o, bien, *simultáneamente* cuando las sentencias que las imponen proceden de un concurso real de delitos.

Esta situación se generó a raíz de la reforma al párrafo segundo de los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal, publicada el 26 de mayo de dos mil seis en el Diario Oficial de la Federación. Entre los destinatarios de la modificación legal se generó y generalizó una expectativa favorable porque en el fondo vislumbraron una posibilidad de reducir la duración de su tiempo real de prisión.

Los jueces y magistrados no han unificado cabalmente un criterio en torno a esta cuestión sino que resuelven en dos sentidos, dependiendo de la interpretación que realizan de los artículos en cita. Algunos de ellos, cuando individualizan la pena privativa de libertad, determinan que ésta se debe compurgar en forma *simultánea* con otras de la misma naturaleza; en tanto que otros especifican que el cumplimiento debe ser *sucesivo* porque la simultaneidad sólo se refiere a la prisión preventiva, no a la pena en sí.



## HIPÓTESIS JURÍDICA

En caso de concurso real, si hay conexidad, similitud o derivación, la sanción corporal que merezca cada delito, acorde a la redacción actual de los preceptos referidos *debieran* computarse *conjuntamente*, contando a partir de que el sentenciado se halla privado de la libertad por el primer delito.

## EXPOSICIÓN

Antes de la reforma mencionada no había duda alguna sobre la operancia del principio de compurgación *sucesiva* de la pena privativa de la libertad porque la regulación del artículo 25 de la ley sustantiva federal era explícita. Máxime que en casi todos los sistemas penales, por regla general, este tipo de sanciones se cumplen una a una.<sup>1</sup>

Sin embargo, la redacción vigente de los artículos 25 y 64 en cuestión, "parecen" denotar el abandono de ese tipo de cómputo cuando se trata de concurso real de delitos y hay conexidad, derivación o similitud, para dar paso al de la *simultaneidad*. Lamentablemente la reforma fue "a medias" y deficiente en su sintaxis, en la medida que no fue integral y se dejaron aspectos aparentemente indicativos de la conservación del sistema de cómputo sucesivo. La redacción resulta confusa y hasta cierto punto contradictoria, dificultando su interpretación y aplicación.

Por ejemplo, no es congruente que el cambio legal sólo se haya dirigido a algunos supuestos del concurso real y no al ideal, ni al delito continuado. El *quantum* de las penas en estos dos últimos supuestos sería mayor en relación a aquél. Además es cuestionable dónde queda el interés general porque se cumplan las sanciones impuestas, y si la compurgación conjunta no genera impunidad.

## INTERPRETACIÓN. CONCEPTO

Para corroborar la hipótesis inicialmente planteada de que en tratándose de concurso real, la pena privativa de libertad *debe* o, para

<sup>1</sup> Zaffaroni, E. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. México, 1998, Cárdenas Editor y Distribuidor. Tomo V, páginas 149-154.

ser más preciso, *debiera computarse simultáneamente*, resulta indispensable llevar a cabo un ejercicio interpretativo que nos permita desentrañar el sentido y alcance de las normas controvertidas, aclarando que no se prejuzga sobre cuál es el método de interpretación jurídica más adecuado, pues ello rebasa los límites de esta breve exposición.

La interpretación, *stricto sensu*, se torna necesaria cuando un texto o redacción legales son oscuros o dudosos en torno a su campo de aplicación, se desconoce su significado y se duda sobre si son aplicables a un determinado supuesto fáctico.

En sentido lato, la interpretación nos ayuda a encontrar el significado a una formulación normativa cualquiera, *no importa si el texto es claro u oscuro* o si es o no controvertido.<sup>2</sup>

La sintaxis de los preceptos legales, en el punto que nos distrae, naturalmente resulta confusa porque engendran la duda sobre su significado auténtico y a qué supuestos de hecho deben aplicarse. Tan es así que se han pronunciado diversos criterios judiciales, algunos opuestos, en torno a si el castigo corporal ha de realizarse en forma *sucesiva* o no, en las hipótesis mencionadas del concurso real.<sup>3</sup>

#### INTERPRETACIÓN LITERAL

Si partimos de la premisa de que cualquier expresión legal es susceptible de interpretación aunque no presente duda, *literalmente*, es decir a la pura lectura del numeral 25 del Código Penal Federal, se desprende como mandato legislativo la *aplicación simultánea* de la pena de prisión.

En efecto, dicho normativo enuncia la naturaleza de la prisión como *privación de la libertad*, precisa sus límites y el lugar de reclusión. En su párrafo segundo regula la prisión preventiva en el sentido de que ésta computará para el cumplimiento de la pena impuesta,

<sup>2</sup> Guastini Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México, Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, 1999 Núm. 7 Traducción. Marina Gascón, páginas 4-6.

<sup>3</sup> Cuando este artículo fue presentado, no se había resuelto la contradicción de tesis 164/2005. El 27 de septiembre de dos mil seis, la H. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la resolvió. Ya casi en imprenta, no se ha publicado el criterio que debe prevalecer y por la premura del tiempo, no se pudo tener acceso al engrose.

exactamente como antes de la reforma, pero lo novedoso radica en la determinación legal de que la prisión provisional, también contará para las sanciones que pudieran imponerse en otras causas, aunque hubieran tenido por objeto hechos anteriores a prisión. Y termina la redacción diciendo: "*En estos caso, las penas se compurgarán en forma simultánea.*"

La redacción anterior, sobre todo en su última parte, parece ser tan evidente como para no dejar lugar a la duda sobre la decisión legislativa de que la pena restrictiva de la libertad se cumpla *simultáneamente*. Pero esa supuesta claridad no es en realidad tanta.

Algunos órganos jurisdiccionales han interpretado de ese numeral que la prisión preventiva es la única que se computa conjuntamente. Ésta sería la única simultánea, no así la pena propiamente, la cual continuaría siendo sucesiva.

Al respecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ha integrado la jurisprudencia de la Novena Época, publicada en la pagina 2247 del Semanario Judicial y su Gaceta, tomo XII, octubre de 2005, bajo el rubro: *PRISIÓN CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO DE ESA PENA*. Esta tesis ha interpretado que la parte del artículo 25: *En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea*, se refiere, no al cumplimiento conjunto de la totalidad de las sanciones de prisión impuestas en diversos juicios sino sólo a que la prisión provisional es la que debe darse por compurgada en esa manera.

Esta interpretación judicial se estima forzada y hasta azarosa porque aunque la redacción gramatical del normativo genera duda, a la simple lectura, es más fácil desprender la idea de la *compurgación simultánea* que la de la *sucesividad*.

En este contexto también se circunscribe la tesis aislada de la misma Época emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, que aparece publicada a página 2439 del Semanario Judicial de la Federación, tomo XII, octubre de 2005, cuyo encabezado dice:

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. SU CUMPLIMIENTO CONFOME A LOS ARTÍCULOS 25 Y 64 DEL CODI-

GO FEDERAL (INTERPRETACIÓN A LAS REFORMAS PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 26 DE MAYO DE 2004).

La misma dirección sigue el diverso punto de vista del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, inmerso en la tesis aislada de esta Época, que aparece en la página 1517 del Semanario referido y su Gaceta, tomo XII, septiembre de 2005, cuyo título reza:

*PENA DE PRISIÓN EN DELITOS CONEXOS. AL REALIZAR SU CÓMPUTO LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DEBE CONSIDERAR LA PREVENTIVA QUE HAYA SUFRIDO EL INculpADO TANTO POR EL DELITO DEL FUERO FEDERAL COMO POR EL DEL FUERO COMÚN.*

Estos criterios, en general, restringen la aplicación de los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal a todos los supuestos de hecho que en realidad sí abarcan abstractamente. La interpretación de estas tesis no admite el cómputo simultáneo del castigo corporal, nada más el de prisión preventiva.

Esta interpretación gramatical y sistemática se estima inexacta, sin embargo reconozco que parece adquirir mayor crédito cuando se pondera la parte del precepto numeral 25 que señala que las penas para cada uno de los delitos no podrán exceder las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero, o sea la de los 60 años, lo que supone la permisión de penas de prisión con una duración muy amplia, que no sería posible de aceptar la punición corporal conjunta, pues difícilmente se llegaría a ese límite.

Por otra parte, desde la misma óptica literal, el segundo párrafo del numeral 164, también introduce cierta duda porque alude a aspectos aparentemente antagónicos, al prescribir que: *...En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos...* que da pie a suponer que en esa hipótesis, el juzgador además de imponer la correspondiente a cada ilícito, debe precisar que se compurguen una a una. Asimismo dicho numeral señala que: *en todo caso las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de la libertad por el primer delito.*

Con base en la primera parte de esta descripción legal, naturalmente los jueces al individualizar la pena de prisión, indican que ésta debe cumplirse como antaño, sucesivamente. Sin embargo, la interpretación del numeral 64 en comento debe efectuarse en forma conjunta –*sistemática*– con el 25 y demás aplicables para no "cortar" las expresiones gramaticales e incurrir en un error de captación del significado legal.

Ciertamente, debe tomarse como una regla genérica del concurso material la imposición de las penas previstas para cada delito, pero también ha de visualizarse como su excepción cuando los hechos resultan conexos, o similares, o derivado uno del otro, en cuyo caso *"dichas sanciones deberán contarse desde el momento en que se privó de la libertad por el primer delito."* Es decir, en la excepción opera la simultaneidad.

La interpretación gramatical, pues, nos permite colegir la decisión del legislador federal de introducir el cumplimiento simultáneo del castigo corporal en el supuesto de concurso material, sin dejar de reconocer la falta de claridad normativa prevaleciente.

Algunos órganos judiciales coinciden con esta visión jurídica del asunto, pero los más, partiendo de la expresión legal: ...*En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos...* sostienen la fórmula de la sucesión de la sanción restrictiva de la libertad.

Se olvida, como se acotó, que la regla de *la sucesividad* encuentra su excepción frente al concurso material donde además opera la conexidad, la derivación o la similitud, supuestos en los que aun cuando el juzgador *tenga que imponer las penas para cada uno de los delitos*, deben contarse desde el momento en que se privó de la libertad por el primer delito. Ante ello, resulta incontrovertible que cada sanción se va compurgando a la vez, a partir de la detención por el primer evento delictivo.

Una idea aproximada a lo que aquí se sustenta se detecta en la tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, derivada del amparo directo 740/2004, visible a página: 1518, publicado

en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, septiembre 2005, cuyo rubro es:

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN DELITOS CONEXOS. EL CÓMPUTO DEL TÉRMINO PARA LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA DE LAS PENAS DE UN DELITO FEDERAL Y UNO DEL FUERO COMÚN INICIA A PARTIR DE QUE EL REO SE ENCUENTRA PRIVADO DE SU LIBERTAD PERSONAL POR AMBAS CAUSAS PENALES AL MISMO TIEMPO.

Este criterio interpreta el multicitado artículo 25 del Código Penal Federal, y acepta que opera la *simultaneidad* de la pena de prisión, pero con la connotación de que la considera computable a partir de que el sentenciado se encontró privado de su libertad personal, a disposición de la autoridad judicial federal *por ambas causas penales* al mismo tiempo, de no ser así, se aduce, no existiría cumplimiento simultáneo, *que es lo que ocurre al mismo tiempo*. De acuerdo a esto si el enjuiciado no se halla retenido por los dos ilícitos no hay detención *simultánea*. La última parte de la tesis no se apega a lo prescrito por la ley.

En mi opinión, la detención que el reo sufre desde el principio tiene que computarse a cada una de las penas impuestas, sólo así tiene sentido el mandato legal de que *las penas deben contarse desde el momento que se le privó de la libertad por el primer delito*, si no fuera así, no se satisfaría tal exigencia normativa.

En otros términos, el castigo corporal *sucesivo*, en la hipótesis de concurrencia material de delitos, *hace imposible que la sanción de cada delito se compute desde que se privó de la libertad al justiciable por el primero*.

Vale decir que si las penas por dos, tres o más delitos tienen el mismo punto de partida, necesariamente al concluir la mayor, las restantes también se habrán cumplido o, si todas ellas tienen el mismo *quantum*, terminarán el mismo día, en función de que cada una ha de contarse desde que se privó de la libertad por el primer antijurídico.

Sólo mediante la *simultaneidad* de las penas es posible que la segunda y las subsecuentes se puedan computar a partir de que se realizó la detención por el ilícito primero. Así queda claro que la *sucesividad* de las penas de prisión no puede concordar con la actual prescripción legal.

Admito que, quizás influido por mi postura de defensor, propenso a tomar partido a favor de los intereses de los enjuiciados, me parece que el significado auténtico de los artículos reguladores de la pena privativa de la libertad fue cabalmente desentrañado y expresado en la tesis aislada que emitió el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XXIII, marzo de 2006, tesis I.5o.P.55, página 2059, cuyo encabezado es: *PENAS DE PRISIÓN IMPUESTAS. DEBEN COMPURGARSE EN FORMA SIMULTÁNEA (CÓDIGO PENAL FEDERAL)*. Más ésta no es aplicable por tribunales inferiores, por disposición del artículo 192 de la Ley de Amparo, al coexistir la jurisprudencia obligatoria precitada en sentido contrario.<sup>4</sup>

Así, se puede asentar que mediante una interpretación gramatical y sistemática de los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal, en sendos párrafos segundos, no sólo se establece el *cómputo simultáneo* de la prisión preventiva, sino también el de la pena de prisión propiamente dicha.

Dicho sea de paso, otra de las novedades de la reforma en comento es la determinación de que *la detención preventiva se deberá computar para todas las penas de prisión que pudieran imponerse en otras causas*, por lo que aquélla tendrá que sumárseles a las posteriores, sea cual fuere el proceso penal del que deriven. Sin embargo esta aserción sobre la prisión preventiva no constituye objeto de análisis en este trabajo, únicamente se subraya que en esté tópico hay una coincidencia más generalizada. Al respecto se cita el rubro de la tesis correspondiente a la Novena Época, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia

<sup>4</sup> Sobre este punto controvertido, como se acotó, la Primera Sala ya resolvió la contradicción de tesis, número 164/2005, se espera la publicación del criterio que prevalecerá.

Penal del Cuarto Circuito, que aparece visible a página: 2737 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en el Tomo: XXII, diciembre de 2005: *PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. PARA SU CÓMPUTO DEBE CONSIDERARSE EL TIEMPO QUE EL REO ESTUVO RECLUÍDO EN PRISIÓN PREVENTIVA, AUN CUANDO ÉSTE YA SE HUBIERE COMPUTADO AL COMPURGAR UNA PENA ANTERIOR IMPUESTA EN DIVERSO PROCESO.*

#### INFLUENCIA DEL GARANTISMO PENAL

En principio, podemos apuntar que la modificación a dichos preceptos obedeció en gran medida a la fuerte influencia que el avance de la teoría del garantismo penal ejerció en el artífice de la ley.

El paradigma garantista propone, entre muchas otras cuestiones, la disminución de la prisión a casos excepcionales, ante el evidente fracaso de ésta. De tal proposición se formuló el axioma jurídico denominado *subsidiariedad de la pena de prisión*, a fin de que ésta no se aplique como regla general y se dé cabida a otras medidas penales alternativas más humanitarias, como el trabajo forzoso a favor de la comunidad, el arraigo domiciliario, etc.

La aplicación de la *subsidiariedad de la prisión* haría prevalecer, a su vez, el diverso axioma garantista de *intervención mínima del derecho penal* o *minimalismo penal* tendiente a reducir la dureza que conlleva la imposición de sanciones restrictivas de la libertad.<sup>5</sup>

Finalmente esta *reforma legis* pretendió como efecto práctico inmediato remediar el problema de la hacinación carcelaria y evitar el gasto excesivo que implica "mantener" el sistema penitenciario, todo ello sólo se puede lograr disminuyendo la prisión. La compurgación simultánea de la pena resulta un medio idóneo.

#### INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Por otra parte, si se analizan los artículos 64 y 65, en la aparte que nos interesa mediante una interpretación *teleológica*, es decir escuchando el fin que el legislador federal se propuso con dicha refor-

<sup>5</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Teoría del garantismo penal*. Madrid, 1990. Trotta.



ma, se obtiene igualmente que fue su voluntad que las penas se compurgaran en forma simultánea y no sucesiva.

En esta parte, se pone especial énfasis en demostrar que el reformador no sólo quiso hacer operar la compurgación conjunta de la prisión preventiva sino sobre todo la de la pena en sí, para abatir la sobrepoblación.

A fin de demostrar lo argüido es necesario asomarnos al proceso legislativo, generador de la modificación normativa que se analiza. En tal sentido, debe precisarse que la iniciativa de reformas, entre otras, del artículo 25, párrafo segundo, fue presentada por la Cámara de Diputados el once de noviembre de dos mil tres, la que en su exposición de motivos, en lo sustancial señaló:

*"(...) De acuerdo con las cifras presentadas en el Tercer Informe de Gobierno, para julio de dos mil tres el sistema nacional penitenciario reportó una sobrepoblación de 27.9 por ciento, 4.8 puntos porcentuales más que en diciembre de 2002. Esas cifras muestran que, en menos de 20 años, la población penitenciaria se ha triplicado.- - La solución que propone el Gobierno Federal para abatir la sobrepoblación consiste en crear nuevos espacios, pero no va al fondo del problema. Nuestra perspectiva es tratar de abatir la sobrepoblación, disminuyendo el número de internos y no aumentando los espacios de reclusión.- - Para obtener ese resultado, podría haber diversas soluciones, pero las más simples son disminuir la prisión preventiva y aplicar penas substitutivas de prisión.*

La iniciativa con proyecto de reforma del artículo 25 propuso que las penas impuestas se compurgaran en forma simultánea.<sup>6</sup>

Resulta oportuno resaltar que el texto propuesto en la iniciati-

<sup>6</sup> La iniciativa además señalaba: (...) sometemos a la consideración del Pleno de la Cámara de Diputados la presente - - iniciativa con proyecto del Código Penal Federal, para quedar como sigue: - - Artículo primero. Se reforma el párrafo segundo del artículo 25, (...) del Código Penal Federal, para quedar como sigue: - - Artículo 25. El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas, en la causa en que dicha privación haya sido acordada, o en su defecto de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión. En este caso, las penas impuestas se compurgarán entonces en forma simultánea."

va para reformar el artículo 25, párrafo segundo, del Código Penal Federal, en su parte final señalaba: *"En este caso, las penas impuestas se compurgarán entonces en forma simultánea."*

Esa redacción no dejaba lugar a dudas respecto a que las penas que debían compurgarse en forma simultánea, aunque hubieran tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión, eran las impuestas. Por lo tanto, esta parte del precepto de que se trata, no estaba referida a la prisión preventiva de libertad.

Sin embargo, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la LIX Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, a quien fue turnada para su discusión y resolución la iniciativa con proyecto de decreto para reforma, al texto propuesto originalmente hizo ciertos señalamientos:

*(...) esta Comisión ha considerado conveniente, realizar algunos cambios en la redacción propuesta en dos de los artículos que se pretenden modificar o adicionar a través de la iniciativa analizada, que aclaramos, no tocan el fondo de los mismos, sino que precisan sus contenidos con la sintaxis propuesta.*

Estas precisiones si bien finalmente se reflejaron en cambios al texto original, sólo modificaron la sintaxis, no fueron modificaciones de fondo. La Comisión especificó las leves variaciones. Se mantuvo incólume la intención del legislador de que las penas de prisión impuestas se compurgaran de forma simultánea, aunque hubiera tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> La Comisión de la Cámara de Diputados agregó sobre los cambios formales: Por ejemplo, en el artículo 25, la iniciativa dice: - - - 'El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas, en la causa en que dicha privación haya sido acordada, o en su defecto de las que pudieran imponerse contra el reo en otras...' - - - Esta Comisión propuso que quedara de la siguiente manera: 'la privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas...' (...) Por lo anteriormente expuesto, los diputados integrantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, convencidos de la efectividad de la reforma y adición propuesta en la Iniciativa en comento sometemos a la consideración de la Asamblea el siguiente: DECRETO QUE REFORMA EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 25; (...) ARTÍCULO UNICO. Se reforma el párrafo segundo del artículo 25; (...) del Código Penal Federal, para quedar como sigue. - - - Artículo 25; (...) La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso las penas se compurgarán en forma simultánea."

Por ello, no puede válidamente considerarse que el órgano legislativo al suprimir la palabra "*impuestas*" hubiera pretendido referirse sólo a la prisión preventiva, pues al prevalecer el vocablo "*penas*" es evidente que su intención original no se modificó.

Una vez discutida y aprobada la reforma en comento por la Cámara de Diputados, fue enviada la minuta respectiva a la Cámara Revisora, quien, en su dictamen de veintiocho de abril de dos mil cuatro, hizo las consideraciones siguientes:

*El contenido que consigna la minuta se refiere a la prisión preventiva y a la aplicación de penas sustitutivas de prisión. La propuesta de fondo está dirigida de manera directa al abatimiento de la sobrepoblación existente en las cárceles de nuestro país, disminuyendo el número de internos y no a aumentar los centros de reclusión. (...)*

La instancia revisora siguió ensalzando las bondades de la exposición de motivos de la iniciativa y del dictamen del Pleno de la Cámara de Diputados, hasta someter el decreto de reforma a los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal al Pleno del Senado para que finalmente fuera aprobado tal como actualmente lo conocemos, sin una modificación sustancial.<sup>8</sup>

De lo anteriormente expuesto, se advierte que en la Cámara Revisora prevaleció la intención de que las penas de prisión se

---

<sup>8</sup> La Cámara Revisora dijo además que: La minuta en estudio se anima en el interés de reubicar la política criminal de nuestro país sobre un concepto que revalorice los efectos y la utilidad del hogar en que se determine o cumpla con la prisión preventiva. [...] El contenido medular de la reforma que nos ofrece la minuta es breve, pero en él se encierran los ideales del más alto valor ético y cultural, al inferirse de éste que la lucha contra la delincuencia y la impunidad no cruza necesariamente en todos los casos, con el endurecimiento de las penas o la severidad en la restricción de la libertad personal. - - La iniciativa propone reformar el párrafo segundo del artículo 25, en el sentido de que la prisión preventiva sea computada para el cumplimiento de la pena impuesta, disposición, ya contenida en el párrafo tercero de la fracción X, apartado A, del artículo 20 constitucional, así como de aquellas que pudieran imponerse aunque sean objeto de hechos anteriores al ingreso a prisión, asimismo señala que en este caso las penas se purgarán en forma simultánea. (...) Reconocemos la importancia de que las bondades manifestadas en la minuta en estudio, cuyo sentido y alcance se encamina a satisfacer un reclamo que exige imperativamente nuestra realidad social en la materia, (...) por ello, hacemos nuestras las razones y fundamentos contenidos, tanto en la exposición de motivos de la iniciativa origen de la minuta que nos ocupa, como en el dictamen aprobado sobre el particular por el Pleno de la Cámara de diputados- - -

compurgarán en forma *simultánea*, pues el veintiocho de abril de dos mil cuatro aprobó el decreto de reforma, entre otros, del artículo 25, párrafo segundo, del Código Penal Federal, con el texto actual y se envió al Ejecutivo para su promulgación.

Así, se puede concluir que se ha desentrañado la *ratio legis* en ese precepto, parte *in fine* que se lee: "*En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea*" alude a la *compurgación simultánea de las penas de prisión impuestas y no a la prisión preventiva*.

#### PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE

En el sistema de justicia penal mexicano opera como regla general el axioma jurídico de *lo más favorable* al inculcado o al reo, el cual se halla implícito en los diversos códigos penales y en la Constitución. A manera de ejemplo tenemos los artículos 56 y 117 de la legislación penal federal, que consagran la *aplicación de la ley más favorable*.

El principio de lo que más beneficie al sentenciado no se limita a la mera aplicación de normas, más bien se extiende a la interpretación de la ley en cuanto mayores beneficios le depare.

En el contexto internacional se acuñó el principio *pro homine* de aplicación obligatoria, derivado de los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, que obligan a que la interpretación jurídica sea en el mayor beneficio del hombre. Esta normatividad supranacional constituye Ley Suprema de la Unión, acorde al 133 constitucional, pues dichos tratados han sido integrados al derecho positivo nacional.

Desde esta perspectiva, los artículos tan citados 25 y 64 del Código Penal Federal *deben* ser interpretados a la luz de lo que más beneficie a los enjuiciados, en las sentencias condenatorias con pena privativa de libertad, al operar el concurso real. Partiendo de esta premisa, tendría que adoptarse la *simultaneidad de la pena* de prisión por ser más favorable a los sentenciados.

### UNA CONSIDERACIÓN ADICIONAL

Al margen de lo expuesto, el cumplimiento simultáneo de las penas corporales sólo se justifica en el ámbito federal cuando se impongan por una autoridad judicial federal, en un concurso real de delitos, en la excepción destacada.

En la praxis, son cotidianos los asuntos bajo el patrocinio del defensor público federal, en los que llegan a dictarse sentencias condenatorias por el ilícito de portación de armas de fuego, sin licencia o "exclusiva". Este tipo de delitos suelen concurrir con el de robo, los primeros son de naturaleza federal y el segundo del orden común.

En estos supuestos fácticos, considero inoperante el cumplimiento simultáneo de las sanciones corporales, conforme a las reformas analizadas, pues de admitirse, se socavaría la facultad de la autoridad judicial local.

En efecto, el quehacer judicial como el cúmulo de las actividades estatales se aglutinan en las tres grandes funciones: legislativa, judicial y administrativa, pero operan en dos niveles: el *local* y el *federal*. Esta doble vía es la expresión de una forma de gobierno *republicana*, representativa, democrática y *federal* como la del Estado Mexicano, compuesta de *estados libres y soberanos*, conforme al artículo 40 de nuestro actual Texto Constitucional. El Distrito Federal posee una naturaleza análoga a la de una entidad en este rubro, aunque con ciertas especificidades.

En íntima conexión con lo anterior, el artículo 124 constitucional prescribe *grosso modo* que lo que no está expresamente concedido por la Constitución a la federación, se entiende reservado a los estados.

Tanto la federación como los estados y el Distrito Federal tienen facultades, dentro del ámbito de su competencia, para *expedir leyes* que determinen los delitos, así como para *juzgar y ejecutar sanciones penales*. Se trata de una materia concurrente, donde confluyen normas locales y federales, así como órganos jurisdiccionales que las aplican según su competencia (el Congreso tiene expresa la facultad para expedir leyes en el artículo 73, fracción XXI de la

Carta Magna). Razón por la que las leyes suelen clasificarse desde el punto de vista de su *ámbito espacial de validez*.<sup>9</sup>

Bajo este esquema de doble vía plasmado en la Constitución y atento al principio de *división de poderes*, la decisión de un órgano judicial del orden común no puede quedar supeditada a lo que establezca una ley federal o a lo que resuelva un juez de este ámbito porque aquél aplica la legislación local y tiene autonomía, ante los propios poderes estatales y ante los de la federación. Un órgano del poder judicial local no se somete a un ente judicial de la federación. De ser así, se vulneraría la soberanía estatal, la división de poderes y el sistema republicano.

Consecuencia de lo anterior es que los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal no prevalecen sobre lo que previenen los códigos estatales, ni tampoco un juzgador federal puede determinar la forma de compurgar una pena aplicada por un juez local.

Lo que interesa dejar claro es que, bajo este criterio, en mi opinión, *las penas de prisión impuestas por el robo u otros delitos comunes que concurren con el de portación de arma de fuego u otros federales no se deben compurgar simultáneamente*, como a veces se sugiere.

## CONCLUSIÓN

Se verificó la hipótesis al inicio planteada. Efectivamente, en materia penal federal, en el concurso real de delitos, si hay conexidad, similitud o derivación, la sanción corporal que merezca cada delito, acorde a la redacción actual de los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal, *debe computarse conjuntamente*, contando a partir de que el sentenciado se halla privado de la libertad por el primer delito, ello sólo puede ser admitiendo la *simultaneidad* de la sanción limitativa de la libertad.

A través de la interpretación gramatical, sistemática y teleológica de los reiterados preceptos legales estudiados, incluso con apoyo en alguno de los conceptos jurídicos que postula la doctrina penal

<sup>9</sup> García Maynes, E. *Introducción al estudio del derecho*. 49a. edición, México, 1998, Porrúa, página 80.

garantista y con base en el principio *pro homine*, se demuestra la adopción, en el Código Penal Federal, del sistema de *compurgación simultánea de la pena de prisión*, lo cual constituye un parteaguas.

Resulta oportuno remarcar que cuando aludí a que las penas deben o *debieran* compurgarse simultáneamente, hice tal matización porque la interpretación judicial no necesariamente coincide con la del jurista común. Aunque se diera continuidad al concepto de sucesividad, esto no sería lo más positivo.

Un pronunciamiento de la Honorable Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a favor del nuevo sistema de cómputo carcelario vendría a constituir un paso significativo, piedra angular, en la reingeniería constructiva del derecho penal moderno garantista. Esperamos expectantes la reinterpretación del párrafo tercero de la fracción X, apartado A, del artículo 20 constitucional, que prescribe que: "*En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.*" Que deberá ser en estrecha vinculación con los artículos de la ley ordinaria.

## Necesidad de revalorar los precedentes jurisdiccionales

*José Francisco Vidaurri Ramírez*  
Asesor Jurídico Federal

La actividad jurisdiccional es compleja, toda vez que antes de resolver un asunto, el juzgador debe contrastar la litis sometida a su potestad, con el texto legal; y de resultar insuficiente la norma aplicable, para la declaración del derecho, debe corroborar si existen criterios jurisdiccionales obligatorios, del Poder Judicial de la Federación, que rijan el caso, antes de determinar su personal interpretación.

Es un hecho que, por la naturaleza misma de las leyes y la diversidad de situaciones de que tratan, los asuntos llevados a los tribunales, las normas jurídicas, en buena medida, requieren interpretación.

Aún cuando en principio, se vale interpretar la ley en todo tipo de casos, no obstante, existen materias en que la interpretación jurídica de las normas se prohíbe terminantemente:

- El párrafo segundo del artículo 14, Constitucional, indica que: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".
- El primer párrafo del artículo 5º. del CFF, indica que: "Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las



que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa".

De igual forma, en ocasiones se restringe la libertad del juzgador, para interpretar la ley:

- Los artículos 6o. y 18, de la LFT, indican que: "Las Leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia" y "En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2º. y 3º. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador".

También es evidente que la función de declarar el derecho atribuida a los juzgadores, les concede la posibilidad de interpretar personalmente el derecho, en aquellos casos en que no exista un criterio jurisdiccional de órgano superior, que les resulte obligatorio.

Denomino aquí *criterios jurisdiccionales obligatorios*, tanto a la jurisprudencia como a los criterios no designados legal y doctrinariamente como jurisprudencia, pero que tienen las mismas características, emitidos por el Pleno de la SCJN, en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, de conformidad con los artículos 43 y 73, de la LR105CPEUM.

Los criterios jurisdiccionales obligatorios, en ese sentido, resultan importantes, entre otras razones, porque, además de señalar rumbo a autoridades y particulares en casos concretos, ante lo genérico de la ley:

- Su cabal sistematización, evita duplicidades y contradicciones en el actuar de los tribunales y permite encontrar dentro del proceso, aspectos aún no integrados jurisprudencialmente.
- Sirven de frontera divisoria sobre atribuciones de órganos jurisdiccionales de gobierno, y para agilizar la distribución de asuntos.
- Acelerar su establecimiento permite la solución pronta de

otros asuntos pendientes que contienen hechos, argumentos y pruebas similares.

La trascendencia de establecer criterios jurisdiccionales obligatorios, se destaca además de advertirse, que:

- La existencia de jurisprudencia que declara inconstitucional la ley en que se funda un acto reclamado:
- Permite suplir la deficiencia en cualquier materia, de los conceptos de violación y agravios (76 bis LA).
  - ♦ Hace reducir los términos para que la responsable rinda su informe justificado y para celebrar la audiencia constitucional (156 LA).
  - ♦ Obliga a jueces y MP a incentivar el procedimiento en el juicio de amparo, evitando su paralización (157 LA).
- Los programas del Instituto de Judicatura, entre otros objetivos, tienden a reforzar, actualizar y profundizar el conocimiento de la jurisprudencia (95-III LOPJF).
- La SCJN ha tomado en cuenta la jurisprudencia en sus operaciones internas; así, destacan desde notas a los Ministros para los asuntos listados, recordando prioridad para establecer jurisprudencia; constatación de la existencia de jurisprudencia para remitir el Pleno asuntos a otros órganos; establecimiento de coordinación, buscando congruencia en los criterios; resolución en bloques de asuntos de un mismo tema; difusión sistemática a toda la sociedad sobre el contenido de tesis importantes; destacamiento de las propuestas de jurisprudencia en los asuntos, para catalogar el nivel convencional de importancia de los casos; y resolución prioritaria de aquellos asuntos en que emerja jurisprudencia; ello se desprende entre otros, de los siguientes acuerdos:
  - ♦ VII/89, del Pleno de la SCJN, del día 27 de abril de 1989 (D.O. 23 de mayo de 1989): aparte de las medidas operativas dictadas para que la administración de justicia sea expedita, pronta y cumplida, se previó que el Presidente de la SCJN, enviaría recordatorios mensua-

les a los Ministros, de los asuntos que por materia y número, fuera recomendable resolver, para establecer jurisprudencia y para que las salas puedan despachar con prontitud los demás asuntos de la misma materia.

- ♦ Del Pleno de la SCJN números I/88, 3, 4, 7 y 8/1995, 1 y 2/1997, emitidos los días 19 de enero de 1988, 13 de febrero de 1995 (D.O. 17 de febrero de 1995), 19 de junio de 1995 (D.O. 23 de junio y 4 de julio de 1995) y 27 de mayo de 1997, respectivamente: se acataron disposiciones de los artículos 94 constitucional y 11, fracción VI, y 22, de la LOPJE, y se ordenó remitir asuntos del Pleno, a las Salas; o de ambos, a los TC, al considerar relevante la existencia de jurisprudencia, en revisiones de amparo.
- ♦ I/90 y XXXI/90, del Pleno de la SCJN, del día 9 de enero y 7 de diciembre, ambos de 1990 (D.O. 24 de enero y 13 de diciembre de 1990, respectivamente): se prevé que al determinar el Pleno las fechas para celebrar sesiones públicas, el Presidente de la SCJN enviará mensualmente a los Ministros, un recordatorio de los asuntos que por materia y número, sea recomendable resolver para establecer jurisprudencia, para que las Salas puedan despachar con prontitud, los demás asuntos de la misma materia.
- ♦ 11/1996, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, del día seis de junio de 1996 (D.O. 14 de junio de 1996), confirmado en el artículo 154, del acuerdo 48/1998: señala las condiciones en que se otorgarán años sabáticos a magistrados y jueces, siempre que los proyectos a realizar, en estudios o investigaciones de alto nivel, tiendan a reforzar, actualizar y profundizar entre otros, los conocimientos respecto a la jurisprudencia vinculada a la administración de justicia.
- ♦ 4/1998, del Pleno de la SCJN, del día 6 de agosto de

1998: relativo a la integración y programación de listas de asuntos de su competencia, entre doce materias, se dio preferencia para su atención y resolución, bajo los números 5, 6 y 7, a aquellos casos de los que puede surgir jurisprudencia: 5) Acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales; 6) Contradicción de tesis; 7) Asuntos en los que puede integrarse jurisprudencia.

La fuente generadora de los criterios jurisdiccionales obligatorios, es amplia, pues abarca resoluciones emitidas por:

- El Pleno de la SCJN, las Salas y los TC, denominados jurisprudencia según los artículos 192 y 193, de la Ley de Amparo y 177, de la LOPJF, se refieran a la materia de Amparo o a otra diversa;
- La Sala Superior y Salas Regionales del Tribunal Electoral, con igual nombre que el anterior párrafo, acorde con los artículos 186-IV, 189-IV y 232, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y
- Criterios no designados como jurisprudencia, pero que tienen las mismas características, emitidos por el Pleno de la SCJN en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, de conformidad con los artículos 43 y 73, de la LR105CPEUM.

Los criterios jurisdiccionales obligatorios, pueden surgir, interrumpirse y modificarse, con requisitos y alcances diversos; así:

- Con una sola decisión:
  - ♦ Acciones de Inconstitucionalidad y Controversias Constitucionales, con al menos ocho votos de los Ministros (43 y 73 LR105CPEUM).
  - ♦ Contradicción de criterios y tesis:
    - De TC entre sí (192 y 197-A LA).
    - De Salas entre sí (192 y 197 LA).
    - De Salas Regionales del Tribunal Electoral entre sí (232 LOPJF).

- De Salas Regionales con Sala Superior del Tribunal Electoral (232 LOPJF).
- De Salas Regionales y Sala Superior del Tribunal Electoral, con Salas de la SCJN (236 LOPJF).
- De Salas Regionales y Sala Superior del Tribunal Electoral, con Pleno de la SCJN (236 LOPJF)
  - ♦ Interrupción de criterios emitidos por:
    - Pleno, por cuando menos 8 votos (194 LA y 5º transitorio del decreto LOPJF).
    - Salas, por cuando menos 4 votos (194 LA).
    - Salas Regionales del Tribunal Electoral (234 LOPJF).
    - TC por unanimidad (194 LA).
  - ♦ Modificación:
    - Del Pleno de la SCJN (197 LA).
    - De las Salas (197 LA).
- Con tres decisiones consecutivas:
  - ♦ Creación:
    - Con magistrados de Sala Superior del Tribunal Electoral (232 LOPJF).
- Con cinco decisiones consecutivas,
  - ♦ Creación: con:
    - Pleno: al menos 8 Ministros (5º transitorio del decreto LOPJF).
    - Salas: al menos cuatro Ministros (192 LA).
    - Salas Regionales del Tribunal Electoral, con ratificación (232 LOPJF).
- Con cinco decisiones consecutivas y unánimes:
  - ♦ Creación:
    - TC (193 LA)
  - ♦ Modificación de TC (194 LA).

Otras características relevantes, de los criterios jurisdiccionales obligatorios, son:

- Las tesis de jurisprudencia nacen de dos maneras: motu proprio, al desarrollar espontáneamente el juzgador su fun-

ción jurisdiccional, o en instancia especial, a petición autorizada expresa; ejemplos de la primera, es la tesis reiterativa, la interrupción y la modificación oficiosa (192, 194 LA y 232 y 5º transitorio de la LOPJF, publicado en el DO de 23 de enero de 1998); en la segunda se encuentran las contradicciones de tesis y criterios y las modificaciones de tesis a petición de Salas, Ministros y TC (196, 197, 197-A, LA; 232 LOPJF).

- Las jurisprudencias emitidas por Pleno, Salas y TC, valen con la simple aprobación de los emisores, en la forma, términos y condiciones indicadas; las del Tribunal Electoral, requieren además, de una declaratoria expresa de la Sala Superior del propio Tribunal (232 LOPJF).
- El Pleno de la SCJN reglamenta órganos compiladores de tesis (11-XIX y 178 LOPJF).
- El Pleno, Salas y TC deben aprobar el texto y rubro de la jurisprudencia, la que numerarán progresivamente (195 LA).
- El SJF publica votos particulares y ejecutorias cuando Pleno, Salas y TC lo ordenan (197-B LA).
- El Pleno, Salas y TC tendrán un archivo de consulta pública, con todas las tesis propias y ajenas (195 LA).
- Cuando deba resolverse sobre prevalencia de tesis, en casos de que haya más de un criterio vigente, se corre traslado a la PGR.
- Las contradicciones de tesis y de criterios, así como la modificación de tesis a instancia de parte autorizada, no afectan situaciones derivadas de juicios originales de donde emergen las tesis contradictorias (197 y 197-A LA; 232 y 237 LOPJF).
- En creación, interrupción, modificación, contradicción, se ordena publicar las tesis de jurisprudencia o criterios jurisdiccionales y remitir una copia del mismo, al resto de autorizados para emitir criterios obligatorios.
- El Acuerdo 4/1996, del Pleno de la SCJN, del 29 de agosto de 1996, determinó que las razones contenidas en los

considerandos, que sirven de fundamento a las resoluciones de los recursos de reclamación y de queja, promovidos en relación con las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, aprobados por cuando menos ocho ministros, constituyen jurisprudencia.

- El artículo 196, de la Ley de Amparo, impone a las partes la carga procesal de invocar por escrito la jurisprudencia, exponiendo número, emisor, rubro y tesis; y en caso de que ante un TC se haga valer una jurisprudencia emitida por otro TC, indica que aquel debe:
  - ♦ Verificar la existencia de la tesis.
  - ♦ Cerciorarse de su aplicabilidad al caso concreto.
  - ♦ Adoptar dicha tesis; o
  - ♦ Resolver razonando, que no confirma el motivo del emisor de la tesis invocada.

En relación a lo anterior, debo agregar que:

- ♦ Las Salas y todos los TC también tienen el deber -igual que el resto de juzgadores de la república- tanto de acatar las jurisprudencias del Pleno de la SCJN (192 LA), como los considerandos de las resoluciones del Pleno, en acciones de inconstitucionalidad y en controversias constitucionales, resueltas con al menos ocho votos (43 y 73 LR105 CPEUM); y todos los TC están obligados también a acatar la Jurisprudencia de los anteriores emisores y de las emitidas por las Salas de la SCJN (192 LA); y en relación a la jurisprudencia del Tribunal Electoral, sólo obliga a las Salas Regionales, al IFE y con restricciones, a las autoridades electorales locales (233 LOPJF).

Luego, existen cargas relativas a los criterios jurisdiccionales, para las partes y para los juzgadores.

- ♦ La ley señala los pasos que un TC debe dar, cuando la jurisprudencia hecha valer, es emitida por otro TC, sin embargo, es de advertir que las tres primeras obligaciones [a) verificar la existencia de la tesis; b) cerciorarse

de su aplicabilidad al caso concreto; y c) adoptar dicha tesis], las tiene todo juzgador -no solo los TC- al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción.

- ♦ En relación con la posibilidad de que un TC no siga el criterio de otro TC emisor, la ley no aclara si la hipótesis incluye a TC del mismo o diverso Circuito, por lo que debe entenderse que se refiere a todos los TC.
- ♦ Aunque no se diga, las Salas en asuntos de materia común, también tienen la facultad de resolver, razonando que no confirman el motivo del emisor de la tesis invocada.

En el acuerdo 5/1996 del Pleno de la SCJN, del 18 de noviembre de 1996, del DO del 26 del mismo mes y año, se publicaron disposiciones claras y sencillas relativas a la emisión, remisión y difusión de las tesis que establezcan los órganos del PJP; se previó que el precedente se formaría con datos identificatorios de la ejecutoria, señalándose el orden y en su caso: el tipo de asunto, número de expediente, nombre del promovente del juicio, fecha de resolución, votación, el ponente y secretario.

Como tipos de asuntos, que pueden forjar un precedente, se prevén:

- Acción de inconstitucionalidad
- Amparo directo
- Amparo directo en revisión
- Amparo en revisión
- Competencia
- Contradicción de tesis
- Controversia constitucional
- Facultad de atracción
- Impedimento
- Incidente de inejecución
- Incidente de suspensión
- Inconformidad
- Investigación (artículo 97 constitucional)



- Juicio de inconformidad
- Queja
- Queja administrativa
- Reclamación
- Recusación con causa
- Reconocimiento de inocencia
- Revisión administrativa
- Revisión administrativa (Consejo)
- Revisión fiscal
- Repetición del acto reclamado
- El vocablo "varios" se empleará por excepción, cuando el

asunto no encuadre en la lista.

Especial mención merece la inclusión que, en acuerdo de sesión privada de 18 de enero del 2006, la Primera Sala de la SCJN, hizo del personal del *Instituto Federal de Defensoría Pública*, para aprovechar su enorme experiencia y capacidad jurídica, en la expresión de opiniones sobre efectos y consecuencias, del criterio que pudiera sustentarse, para emitir el criterio unificador, en el *Programa de Contradicciones de Tesis*; tal reconocimiento, mucho nos distingue y en igual grado nos compromete, a quienes laboramos en esta noble institución, para esforzarnos cotidianamente y continuar capacitándonos, de manera permanente, y seguir brindando un servicio, cada vez más profesional y humano, a los usuarios del *Instituto Federal de Defensoría Pública*.

A la fecha, ascienden a cientos de miles los precedentes, que esperan, en cada caso, se acumule el número suficiente, para constituir criterio jurisdiccional obligatorio.

De todo lo expuesto, se advierte tanto una enorme cantidad de precedentes, con tendencia al alza -por la inagotable producción mensual-, como una complejidad en el proceso de emisión y variación de criterios jurisdiccionales obligatorios e inadecuaciones a la lógica y al principio de jerarquía, conforme se desprende de lo siguiente:

- Al ser facultados los TC, para elaborar jurisprudencia, se

permitió igualmente que pudieran interrumpir o modificar la jurisprudencia de las Salas de la SCJN (artículos transitorios Sexto, Noveno y Sexto, de las reformas a la Ley de Amparo, publicadas en el DO, los días 19 de febrero de 1951, 30 de abril de 1968 y 5 de enero de 1988, respectivamente); ello no respeta el principio de jerarquía, pues al autorizar al legislador que el inferior en la línea de autoridad, pueda más que el superior, rompió con el principio lógico jurídico de que: *el que puede lo más, puede lo menos*.

- La exigencia de cinco resoluciones, en igual sentido, a casos similares y sin una resolución en contra, en la forja de jurisprudencia, se supone, es para asegurar que su sentido resulte más apropiado al caso concreto; en esas condiciones, no parece pertinente que luego de establecido un criterio jurisprudencial, únicamente con un solo criterio en contra, razonado, se permita que éste sustituya al anterior, el cual fue fincado en cinco precedentes consecutivos, también razonados; la incongruencia se nota mayormente, al advertir que, para la interrupción de una jurisprudencia, se exigen menos requisitos: (*un solo criterio razonado*), que los necesitados para variar el sentido en menor grado (modificación): cinco precedentes consecutivos.
- La elaboración de tesis por reiteración, con cinco precedentes, en mi opinión no soporta un análisis lógico, ya que es inconcebible que el juzgador, pueda resolver un mismo asunto, en sentido diverso, al que se decidió otro anterior similar.

El hecho de permitir que los juzgadores tengan *ad infinitum* la posibilidad de indicar "el sentido" de sus resoluciones, mientras no se presente el número y las condiciones para establecer jurisprudencia, propicia que para casos similares, se presenten válidamente resoluciones aisladas y posteriormente, tesis de jurisprudencia, en sentido diverso, incluso contradictorio; transgrediéndose el principio, de que: *lo que no es lógico, no es jurídico*; ya que en el caso de las interpretaciones aisladas, el sistema jurídico nacional permite que

casos similares se resuelvan en distinto sentido, mediante sentencias que constituyen normas jurídicas individualizadas; y tratándose de contradicción de tesis de jurisprudencia, admite que en el mundo jurídico, valgan simultáneamente, dos criterios que interpretan una misma norma legal, con sentidos diametralmente opuestos; lo que provoca incertidumbre jurídica, en el litigio y en la población. Esta situación incierta, se padece hasta que se detecta, denuncia y resuelve, la contradicción de tesis.

Considero injustificado, que el artículo decimoquinto transitorio de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, requiera del criterio establecido en cinco sentencias, para que el Pleno de la SCJN establezca jurisprudencia, cuando para la Sala Superior del Tribunal Electoral, el artículo 232, de la misma ley, señala que basta con tres precedentes para constituir jurisprudencia, dado que sugiere que puede existir mayor habilidad humana, en los Ministros del Pleno de la SCJN, que en los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, órgano de menor jerarquía que aquel.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, atribuye a la Sala Superior del Tribunal Electoral, la facultad de conocer de la contradicción de criterios, entre Salas Regionales y la propia Sala Superior; deviene no plausible, admitir simplemente la posibilidad de que un inferior pueda sostener un criterio diferente al del superior; y peor, que la Sala Superior concluyera admitiendo el criterio de la Sala Regional.

- La legislación actúa sólo correctivamente, al regular y tolerar que haya contradicción de jurisprudencia, pudiendo disponer lo conducente, para prevenir que dichas contradicciones se presenten.

Para concluir, estimo que la complejidad, ilogicidad e incertidumbre jurídica, que a mi parecer, derivan del sistema actual de criterios jurisdiccionales obligatorios, merece un estudio retrospectivo y se analice, entre otras opciones, la conveniencia de que el criterio jurisdiccional se torne obligatorio, con un solo precedente, con opción de variarlo, o interrumpirlo razonadamente;

cuya operatividad, sería materia de estudios ulteriores.

De esta manera, considero que se lograría no sólo una mayor certidumbre jurídica, sino una impartición más pronta de la justicia, pues algunos asuntos ya no tendrían qué esperar a que se acumulara el número suficiente de resoluciones, para que se emitiera jurisprudencia, sino que los Tribunales estarían en aptitud de definir en los asuntos análogos al sentido del precedente; se disminuiría sensiblemente la base de datos, constando de un catálogo de tesis notoriamente reducido, que permitiría depurar criterios, haciéndola más manejable, ya que no habría necesidad de registrar y hacer seguimiento, a decenas de miles de precedentes, hoy imprescindibles para llegar a configurar la jurisprudencia reiterativa.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> En esta colaboración, uso las siguientes abreviaturas:

CFF:	Código Fiscal de la Federación
CPEUM:	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DO:	Diario Oficial de la Federación
IFE:	Instituto Federal Electoral
LA:	Ley de Amparo
LFT:	Ley Federal del Trabajo
LOPJF:	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
LR105CPEUM:	Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del Artículo 105, de la CPEUM
MP:	Ministerio Público
PJF:	Poder Judicial Federal
PGR:	Procuraduría General de la República
SCJN:	Suprema Corte de Justicia de la Nación
TC:	Tribunal Colegiado



## Los sistemas de enjuiciamiento penal y el papel del defensor

*Verónica Zárate López*  
Defensora Pública Federal

### 1.1. DE LA PERSECUCIÓN PENAL PRIVADA A LA PÚBLICA

El derecho penal es un producto social de cuya gestación y crecimiento dan noticia las diversas etapas de la humanidad, en relación a los sistemas de enjuiciamiento penal, más allá de las discusiones que se han suscitado respecto de su naturaleza, objeto y fines, nadie puede dejar de admitir que su evolución y características dependen de cada época y pueblo.

Debido a la ausencia de documentos nos es prácticamente imposible contar con datos objetivos de lo que sucedía en la prehistoria, lo poco que se puede suponer deriva de estudios antropológicos, de los cuales se concluye que desde el origen del hombre ha existido preocupación por sancionar aquello que va en contra del orden, según investigaciones, en tal época la persecución penal se caracterizó por ser un acontecimiento libre, ya que el seguimiento y sanción del trasgresor se dejó a voluntad, impulso y capacidad de quien había sufrido sus consecuencias, sin que tuviera intervención algún sujeto extraño; Rodrigo Ramírez González, señala: "En la época más primitiva, que comprendía no sólo daños físicos a las personas sino también exigencias de bienes materiales, era la principal manifestación de la lucha por la supervivencia que por la inclemencia del ambiente y la falta de relaciones sociales, era cruel y despiadada.

Quien se vengaba, lo hacía en forma tan violenta que eliminaba a su ofensor o le anulaba por completo material y anímicamente la posibilidad de repetir la ofensa. Vino después el reemplazo de la venganza del individuo aislado por la venganza de la familia a la que pertenecía y, por lo tanto, la lucha entre familias, ya que la ofensa inferida a un individuo se entendía hecha a toda la familia, y el ofensor o su familia sufrían las consecuencias de la venganza que provocaban a su vez la contra-venganza en una sucesión de víctimas y agresores que se prolongaba indefinidamente y que, por ser protagonizada por personas ligadas entre sí por el parentesco, se llamaba venganza de sangre."<sup>1</sup>

En aquella época, llegó a coexistir con la venganza un sistema de composición en dinero o bienes, que negociaban las víctimas o sus familias y el agresor, así, aquellos podían vengar la muerte con la muerte del agresor, o bien, cobrar una cantidad de dinero.

El fin de la venganza privada desproporcionada se inicia cuando se estableció un sistema de tarifas, así apareció la llamada Ley del Talión, en donde ningún extraño aparecía en la contienda, por lo tanto, la víctima o el ofendido iba y ejercía su derecho, posteriormente, son tales sujetos quienes permiten la intromisión de un tercero ya sea para que a su nombre hiciera justicia o para resolver la controversia, en un primer momento se recurrió a los dioses por medio de los sacerdotes y brujos, los cuales actuaban como mediadores y luego como jueces, por ello se dice que fueron los religiosos quienes inicialmente implantaron mecanismos para dar solución a la conflictiva humana.

Al agruparse el hombre en comunidades buscaron protección en contra de sus enemigos, así, designaron a una persona como jefe militar para que defendiera sus territorios, sin que esto significara reconocimiento de autoridad, ya que los conflictos o delitos podían ser o no puestos a su conocimiento, continuando las partes con la venganza privada, toda vez que la participación de los terceros se

---

<sup>1</sup> Ramírez González, Rodrigo. *La Victimología. Estudio de la Víctima del Delito. Su Función en la Prevención y Control de la Criminalidad*, Editorial Temis, Colombia, 1983, página 47.

limitaba a proponer un arreglo, y sus resoluciones podían ser o no aceptadas, además de que no iban acompañadas de fuerza coactiva.

Resulta difícil precisar cómo y en que momento entró un tercero con facultades para dirimir una controversia, según Jorge Alberto Silva Silva, fue al aparecer la Ley del Talión, cuando el presunto deudor u ofensor recurrió al pueblo o a las asambleas para pedir que intercedieran o abogaran por él, al ser la reacción del ofendido en ocasiones más violenta o desproporcionada que la ofensa misma.<sup>2</sup>

Con el transcurso del tiempo al irse organizando los pueblos en Estado, la persecución de los delitos se convirtió en asunto del orden público al considerar a los delitos ya no una ofensa privada sino como un ataque a la sociedad, lo cual originó la creación de figuras como el Ministerio Público y que el Estado acaparara la imposición de las sanciones; así a medida de que el Estado se hizo cargo de la administración de justicia, el personaje central fue el presunto delincuente, lo cual originó que la persecución y sanción de un delito fuera un acontecimiento limitado y regulado, en el cual participaban en un plano primario el acusador (Ministerio Público, quien actúa en representación de la sociedad), el inculpado, su defensor y el juzgador, y en un plano secundario o casi nulo las víctimas y ofendidos.

Teniendo en cuenta los citados antecedentes, procederemos a analizar los sistemas de enjuiciamiento penal a fin de definir sus notas de mayor importancia y establecer sus diferencias, aclarando que nuestro objetivo no es dar noticia pormenorizada de cómo se desarrollaba el proceso en cada Estado o época, sino destacar los diferentes modos de administrar justicia, señalar sus principales características y en su caso destacar la función que ha tenido el defensor.

## 1.2. LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL EN LA HISTORIA

A lo largo de la historia han sido tres los sistemas de enjuiciamiento penal, *inquisitivo*, *acusatorio* y *mixto*; iniciaremos este breve análisis aclarando que la doctrina utiliza como sinónimos los términos de

<sup>2</sup> Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Harla, México, 1990, página 41.



sistemas o regímenes procesales, los cuales son definidos como "... el conjunto de disposiciones y de maneras operativas, empleadas dentro de una sociedad para resolver (averiguar y decidir) un conflicto de índole penal."<sup>3</sup>

Los estudios del tema han puesto en claro que tales sistemas responden a motivaciones que exceden muchas veces de lo jurídico (ideas, sentimiento e intereses de una determinada época), por lo tanto, su estudio no puede limitarse a la mera cronología, sino que para que sea fructífero es necesario conocerlos en su doble perspectiva, es decir, sistemáticamente e históricamente.

Sobre tales sistemas, algunos autores como Sergio García Ramírez y Luigi Ferrajoli, señalan que es dudosa la existencia de los regímenes inquisitivo y acusatorio en toda su extensión, nitidez y estricta pureza, ya que en realidad son esquemas mixtos, originados por espontáneas y eventuales dinámicas histórico-políticas, que por lo tanto, debemos abrigar duda de la existencia real de alguno de ellos en un lugar y en una época determinada.<sup>4</sup>

### 1.2.1. SISTEMA ACUSATORIO

Es considerado la forma primitiva de los procedimientos penales, debido a que históricamente mientras prevaleció el interés privado, sólo se iniciaba juicio previa acusación de la víctima o sus familiares; la doctrina es casi unánime al señalar que tal sistema se perfiló con claridad en la democracia ateniense, pasando a Roma, donde en la época de la República alcanzó un considerable desarrollo; desde el punto de vista histórico, podemos decir que persiste en organizaciones políticas que han superado regímenes de concentración de poder; se le relaciona íntimamente con la democracia y la república, por implicar formas de participación y control popular, así como aparatos de justicia más fluidos y menos rígidos que los de la inquisición.

<sup>3</sup> Vázquez Rossi, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal Tomo I. Conceptos Generales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995, página 187.

<sup>4</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 1977. páginas 67-68/. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, 4a. edición, Editorial Trotta, España, 2000, página 564.

Sobre sus particularidades Luis Dorantes Tamayo señala: "Estos se determinan con base en las funciones de los tres sujetos principales que intervienen... 1) En este sistema, dichas funciones se hallan claramente delimitadas, delineadas, separadas: el juez no puede desempeñar las que corresponden al actor o al demandado, no a éstos las de aquél. 2) Hay libertad de acusación, no sólo el ofendido directamente o sus parientes pueden acusar, sino todo ciudadano (se admite la acción popular). 3) También hay libertad de defensa, a fin de que haya igualdad de posiciones entre los contendientes. Mientras no se dicte sentencia condenatoria, el acusado tiene derecho a libertad personal... 6) Las pruebas se ofrecen libremente y libremente se valoran o aprecian. ..."5

El sistema que nos ocupa se caracterizó por el carácter predominantemente privado de la imputación o recriminación y la conducta arbitral del juez, quien estaba a lo que las partes alegaran; las actividades de acusación, defensa y decisión, se encomendaron a órganos propios e independientes.

En sus orígenes únicamente se confería la facultad de perseguir el delito a la víctima o su familia; acusador y acusado se encontraban en igualdad y eran considerados como partes, las cuales tenían la obligación de argumentar, probar y convencer.

El procedimiento se desarrollaba con citación del acusado, la audiencia se iniciaba con la exposición de los hechos y el ofrecimiento de pruebas que hacía el acusador particular; el acusado podía confesar, en cuyo supuesto se dictaba de inmediato sentencia, en caso contrario, de manera directa o por medio de su representante, tenía el uso de la palabra pudiendo presentar pruebas, la discusión se cerraba con las conclusiones de las partes y los jueces votaban inmediatamente sin que procediera deliberación alguna, la sentencia era inapelable, el tribunal ejercía el papel de árbitro en esa lucha llevada en igualdad de condiciones entre acusador y acusado.

---

<sup>5</sup> Dorantes Tamayo, Luis. *Teoría del Proceso*, 8a. edición, Editorial Porrúa, México, 2002, páginas 269-270.

La acusación era la acción con un contenido de pretensión punitiva, dirigida a una persona determinada, estableciéndose una relación procesal; no obstante que la doctrina es casi unánime en señalar que la misma permaneció largo tiempo en manos de la víctima quien era la única que podía denunciar los ilícitos y sólo de esta forma se daba paso a las diversas fases del procedimiento; el maestro Jorge Eduardo Vázquez Rossi, al referirse a dicha titularidad señala que ésta podía ser popular, privada o pública, en la primera cualquier ciudadano podía interponerla ya que el delito era concebido como un hecho público que atentaba contra las bases de la convivencia, en relación a la acción privada dicho autor coincide con la doctrina en el sentido de que su titularidad correspondía de manera exclusiva a quien había sido víctima u ofendido, ya que ellos tenían medios directos y operativos de actuación; la acusación tenía el carácter de pública al permitir al acusado conocer desde el inicio los hechos motivos de la acusación y así preparar su defensa.<sup>6</sup>

Una de las principales características del sistema en análisis era la igualdad entre las partes, lo que originó que el acusado tuviera las mismas oportunidades que el acusador, por lo que podía pedir, acreditar y alegar, pudiendo nombrar ambas partes a un procurador para que los representara.

En el régimen que nos ocupa las actividades de acusación y defensa se encomendaron en órganos propios e independientes, quien decidía era un tercero extraño, el cual tomaba decisiones conforme a las versiones, acreditaciones y alegatos, ya que mientras ellas desarrollaban un papel activo, el tercero se mantenía pasivo, asistiendo a los debates y convirtiéndose en testigo presencial de proceso, siendo por lo tanto las partes verdaderos actores que tenían la obligación de probar y convencer, por lo tanto, tal sistema se caracterizó por ser oral, público, inmediato, de concentración, contradicción, debate y libre convicción.

La *publicidad* y *oralidad* han sido sus principales rasgos definitorios, tanto en el conocimiento sobre lo que acontece y se

<sup>6</sup> Cfr. Vázquez Rossi, Jorge Eduardo. Op. Cit., páginas 191-192.

ventila, como en lo que se refiere a la intervención y control popular; los argumentos de las partes se dirigían no sólo a quien iba a resolver, sino a todos los asistentes que a su vez se convertían en testigos de la regularidad del procedimiento; respecto de la oralidad, fue una obligación para el juzgador y las partes, ya que el primero presenciaba, observaba, escuchaba las respuestas de los testigos y peritos reconstruyendo el hecho, en consecuencia, la relación entre las partes y el juzgador fue directa.

Con relación a la *concentración* se refería a que en la audiencia todos los elementos relevantes tenían que lograr en el órgano de juzgador una impresión, una visión global de los componentes del caso; respecto de las características de *contradicción* y *debate*, es importante señalar que en la audiencia las partes argumentaban, acreditaban y alegaban.

La *inmediación*, se refería a que las pruebas ofrecidas durante la audiencia, eran los únicos elementos que se podían tomar en consideración para resolver un asunto.

Al referirse a la forma en que se llevaba este sistema y sus características, Julio Acero, señala: "...la iniciativa y hasta la prosecución del procedimiento se dejaban principalmente en manos del mismo ofendido (o de sus familiares) y del acusado. Uno frente a otro son puestos así contradictoriamente con libertad de acción y promoción y entre ambos el juez imparcial se limita a su solicitud, a autorizar las pruebas y el debate público y oral y a pronunciar su decisión. ... El juicio acusatorio es así por una parte libre, palpitante y relevante de la personalidad, aunque por otro lado, convencional, deficiente, azaroso y bárbaro. Por lo demás en este período el procedimiento penal se confunde casi enteramente con el civil."<sup>7</sup>

La acusación, sea por cualquiera del pueblo o por la víctima u ofendido fue abolida y sustituida por el sistema inquisitivo, afirmándose que muchas de las acusaciones eran impulsadas por un deseo de venganza, ira o arrebato, introduciendo desórdenes y dificultades en los juicios.

<sup>7</sup> Acero, Julio. *Procedimiento Penal*, 7a. edición, Editorial Cajica, S. A., México, 1976, páginas 45-46.

Medidas como el secreto sobre las pruebas, privación cautelar de libertad como regla, incomunicación y presiones para obtener la confesión eran contrarios al sistema en análisis, Miguel Sarre Iguíniz, señala que el régimen que nos ocupa debe su nombre al principio de igual denominación y se fundamenta en lo que los estadounidenses llaman la igualdad de armas, es decir, mismas condiciones entre la acusación y la defensa, con lo que se garantiza que el derecho penal cumpla en forma razonable con sus dos finalidades básicas: proteger por una parte a la sociedad del delito, y, por otra al acusado frente a los excesos, las desviaciones y las perversiones en la acusación; es el único que vela simultáneamente por la seguridad pública y por los derechos del individuo y asegura el castigo a los culpables.<sup>8</sup>

Algunos autores señalan que en la actualidad tal sistema ha sido adoptado por aquellos países organizados bajo el régimen democrático, en donde la acusación queda tanto en manos de las víctimas y ofendidos por un delito, como del Ministerio Público.

### 1.2.2. SISTEMA INQUISITIVO

En contravención al sistema acusatorio donde predominaba el interés particular, surge el régimen denominado inquisitivo, según los historiadores se tornó necesario para que la represión de la delincuencia no quedara a merced de los acusadores privados, en tal sistema el interés preponderante era el social o público, las funciones de acusación y decisión estaban concentradas en manos de un mismo órgano, el Juez hacía todo conforme a reglas rigurosas, la mayoría de las veces a espaldas y sin consentimiento de las partes, la defensa del acusado era limitada al máximo.

Luigi Ferrajoli, define a este régimen diciendo "...llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegando al

---

<sup>8</sup> Cfr. Sarre Iguíniz, Miguel. *En Busca de un Sistema Acusatorio*.  
<http://www.cedhj.org.mx/Articulos%20Gaceta/En%20busca%20de%20un%20sistema%20acusatorio.html>. 25 de enero de 2001, 20:00 hrs.

juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa."<sup>9</sup>

El sistema en estudio comenzó por relegar el principio de que no hay proceso sin acusador, la persecución penal era pública ejercida por el inquisidor, quien decidía cómo y cuándo iniciar la causa; persecución y juzgamiento eran una misma cosa, más que al castigo de un acto, atendía a la persecución de una forma de ser, una personalidad, de ahí la necesidad de averiguarlo todo, de hacer un implacable registro de lo más oculto, surge así la idea de conseguir a cualquier costo la verdad.

El proceso era fundamentalmente de averiguación, por eso su secreto, la cuestión penal ya no era asunto de particulares, éstos sean víctimas, testigos o imputados, ninguna incidencia tenían, ante la desaparición de la acción popular y privada, aparece la denuncia, como una figura típica del sistema, ya que se trata de una información que se transmite a la autoridad, misma que podía ser anónima; la única legitimación del individuo era hacer llegar datos, la voluntad carecía de relevancia, eventualmente quienes denunciaban podían ser citados como testigos, pero no tenían legitimación de ningún tipo para intervenir, ni podían revocar lo inicialmente hecho; el Juez por denuncia, quejas secretas, rumores y hasta por sospechas tomaba la iniciativa, buscaba pruebas, examinaba testigos, practicaba reconocimiento de lugares e investigaciones de toda clase, para obtener confesiones y revelaciones, se utilizaba incluso el tormento.

Por razón de su oficio, el Juez tenía que iniciar, continuar y terminar el proceso aún cuando nadie se lo hubiera solicitado, ya que no se trataba de componer sino de castigar, el proceso se dividía en dos fases, en el primero se hacía una inquisición general, tomándose información sobre el delito y su autor, luego, se individualizaba a un sospechoso, era entonces cuando se inicia la inquisición especial, la citación al acusado y testigos era escrita, si no comparecía el

---

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., página 564.

imputado se declaraba su rebeldía, privándolo de toda defensa, el examen de los testigos se realizaba en secreto, no era exigible que el acusado contestara la imputación para que el proceso siguiera adelante, pero si podía ser interrogado bajo ciertas reglas, el Juez debía conocer la causa y tener conocimiento de la vida y costumbres del imputado, para evitar ser engañado, para lograr el reconocimiento de los hechos se le sometía incluso a la tortura, en las actas que al efecto se levantaban debían consignarse las variaciones que en el rostro sufriera el acusado como algún temblor o palidez, terminado el interrogatorio de testigos y del imputado, el instructor dictaba la sentencia.

El sistema en comento, se caracterizaba por ser tramitado y decidido en secreto, según los historiadores se utilizaba la intimidación ya que al acusado se le arrestaba en medio de la noche, se le mantenía incomunicado sin proporcionarle ningún tipo de información, torturándolo de diversas maneras, ya que la mera sospecha merecía castigo. Carlos Oronoz Santana, comenta que al estar vigente este sistema se adopta la idea de prisión preventiva,<sup>10</sup> ya que las personas envueltas en esos procedimientos eran capturadas y colocadas en calabozos sin que se les dijera la causa ni el objeto y sin que supieran quién las acusaba ni por qué, el Juez no era un sujeto imparcial, un investigador sincero de la verdad, si bien se hacían técnicos y se apoyaban en el Derecho Canónico, se escondían entre aforismos latinos, fundando sus decisiones en las opiniones sacralizadas de juristas y teólogos, el Derecho se hizo un laberinto por el que sólo podían transitar los especialistas.

Otra nota peculiar de tal modelo es que se desconocía el principio de inocencia, las denominaciones de reo, acusado, justiciable, encausado, procesado, son denotativas de esa subordinación, existía una sumisión total, dicho sistema era enemigo de la noción de parte; se impidió o limitó severamente toda defensa ya que se le entendía como obstaculizadora de la investigación integral y de la

<sup>10</sup> Cfr. Oronoz Santana, Carlos María. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2a. edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983, página 26.

acción estatal de justicia, algunos escritores señalan que hablar de defensa en este procedimiento es casi una burla.

El sistema inquisitorio desconocía la publicidad, ya que éste se desenvolvía en las sombras del secreto, el sigilo era absoluto o casi absoluto, al ser secreto el lugar y forma en que actuaba el tribunal e incluso la sentencia, la única publicidad era el castigo; se excluye el debate ya que no se puede hablar de un diálogo con el inquisidor.

Las características antes señaladas, generaban un distanciamiento entre el hecho, la persona juzgada y los juzgadores, ya que éstos trataban principalmente con documentos dejando por lo tanto de lado el protagonismo, las constancias eran examinadas como objetos y valoradas de acuerdo con reglamentaciones precisas propias del sistema, se confunde al órgano acusador con el órgano sentenciador, para el sistema que nos ocupa siempre era preferible condenar a un inocente que absolver a un responsable.

### 1.2.3. DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS ACUSATORIO E INQUISITIVO

La nota distintiva más importante entre los sistemas acusatorio e inquisitivo fue la separación de funciones; el régimen acusatorio tomó hasta cierto punto modelos del juicio civil, en el triángulo figuran deslindados e independientes entre sí, el acusador, el inculcado y el Juez, la separación de funciones tenía por objetivo asegurar la imparcialidad y objetividad del juzgamiento; en contradicción, bajo el régimen inquisitivo, el Juez se coloca como punta, desempeñando diversas tareas, como las de investigar y decidir, toda vez que los poderes de actuación con los que contaban eran muy amplios, hay quienes sostienen incluso que era un enemigo del procesado, ya que no buscaba la verdad del hecho sino que en el preso veía al delincuente.

Resumiendo las características de los sistemas antes estudiados Jorge Zavala Baquerizo, señala: "...históricamente, el primer sistema penal fue el acusatorio. Sus características principales se pueden sintetizar así: a) La decisión la tiene el titular del órgano jurisdiccional penal competente; b) La capacidad de acusación la tenía, en



un comienzo, el ofendido y sus parientes, y luego, cualquiera, dejando a salvo la diferencia entre delicta privada y delicta pública; c) No podía existir proceso penal sin que previamente se hubiera ejercido la acción, es decir, regía el principio "no hay proceso sin acusador"; d) Iniciado el proceso penal, éste podía continuar aún si el acusador desistía de su acusación, con la sola intervención del juez; e) El juez no tenía capacidad de investigación ni para seleccionar los actos procesales de prueba, sino que sólo podía valorizar los que las partes tuvieran a bien introducir en el proceso; f) El proceso es público, fundamentalmente oral, contradictorio y respetuoso de la igualdad entre las partes procesales; y, g) Respeto absoluto a la libertad personal del acusado, la cual sólo podía perderla en el evento de que fuera condenado. Posteriormente surge, como hemos examinado, el sistema inquisitivo, cuyas características se pueden sintetizar de la manera siguiente: a) El titular del órgano jurisdiccional penal es acusador y juez, puede proceder ex officio para iniciar el proceso penal; b) La actividad del juez cubre todo el desarrollo del proceso, quedando la actividad de las partes reducida a muy contados casos, y siempre después de la etapa investigatoria; c) Como consecuencia de lo anterior, el juez no sólo investiga sino que está investido del poder de introducir actos procesales de prueba con preferencia a las partes e independientes de ellas; d) El proceso se desarrolla en secreto, por escrito y con intervención muy limitada de los defensores de las partes acusadas; e) La prisión preventiva se puede dictar desde el momento en que se sospeche que una persona está involucrada en la comisión de un delito; y, f) Procede el tormento, ya como sistema de procedimiento, ya de investigación y ya de pena..."<sup>11</sup>

Consideramos pertinente antes de concluir el estudio de los sistemas acusatorio e inquisitivo, exponer el esquema presentado por Jorge Eduardo Vázquez, respecto de las características definitorias de dichos sistemas.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Zavala Baquerizo, Jorge E. *El Proceso Penal Tomo I*, 4a. edición, Editorial Edino Jurídico, Colombia, 1989, páginas 109-110.

<sup>12</sup> Vázquez Rossi, Jorge Eduardo. Op. Cit., página 215.

	ACUSATORIO	INQUISITIVO
Contexto político cultural	Democracia, individualismo. Participación, intervención y control popular	Regímenes autoritarios, Estatismo centralista
Sentido del delito	Daño y/o infracción a las leyes comunitarias. Delito como conflicto perteneciente a los involucrados. Posibilidades compositivas.	Desobediencia a la autoridad. Apartamiento del orden estatal. Expropiación monopólica del conflicto, que es entre Estado e individuo.
Organización Institucional	Ausencia de aparatos oficiales de persecución. Jueces Accidentales	Órganos oficiales permanentes y especializados de persecución y juzgamiento.
Poderes realizativos	Neto perfil y clara diferenciación de acusación, defensa y jurisdicción.	Confusión entre acción y jurisdicción. Carencia del concepto de partes. Limitaciones de la defensa.
Iniciación	Por acto formal de acusación popular o privada.	De oficio, por el propio tribunal ante noticia de delito (denuncia, delación, clamor público).
Desarrollo (I)	Concentrado (audiencia de debate) oral.	Discontinuo. Actos que se documentan por escrito.
Desarrollo (II)	Contradictorio, Discusión pública.	Investigativo. Secreto o reservado.
Pruebas	Libertad probatoria. Intima convicción.	Regulación estricta. Pruebas legales.
Situación del imputado	Pleno sujeto de derechos. Parte procesal. Ausencia o muy limitado constreñimientos.	Objeto de la investigación. Limitadas posibilidades de actuación. Sometimiento a serios gravámenes.
Características y papel del tribunal	Jurados populares o mixtos. Actitud pasiva.	Jueces técnicos permanentes, protagonismo activo

#### 1.2.4. SISTEMA MIXTO

Antes de entrar al estudio del sistema mixto, francés o anglo-francés, como también es llamado, hemos de señalar que algunos estudiosos del tema consideran que los vestigios del mismo datan de la transición de la República al Imperio Romano, la doctrina es casi unánime al señalar que a fines del siglo XVIII aparece una idea de cambio sobre el sistema penal, ya que en los años previos a la Revolución Francesa, bajo la influencia humanitaria, los integrantes de la llamada Ilustración Reformadora encabezada por Montesquieu y Beccaria, denunciaron la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la inquisición, por lo que se pronunciaron a favor de acusaciones públicas, resaltando el valor garantista de la tradición acusatoria, por ello, uno de los postulados de dicho movimiento, fue la adopción del régimen acusatorio.

Entre las ideas reformadoras del siglo XVIII, se buscaban el establecimiento del principio de legalidad, que postulaba que únicamente era delito aquello que con precisión había sido descrito por la ley, que los jueces deberían aplicar la normatividad conforme a la letra, sin que pudieran incurrir en interpretaciones extensivas ni analógicas, y que las penas debían encontrarse predeterminadas, antes de su imposición; dichas ideas, ejercieron notable influencia en todo el mundo, ya que a partir de ellas, se cambiaron drásticamente muchas de las instituciones existentes y se crearon otras que buscaban la igualdad ante la ley, es así, como se abre la puerta al sistema que hoy conocemos como mixto, mismo que fue calificado por el maestro Ferrajoli, como monstruo, nacido de una instrucción inquisitiva y un juicio acusatorio.<sup>13</sup>

El sistema en análisis, presentaba características eclécticas y aún contradictorias, lo que dio origen a intensos debates en los que intervinieron las principales figuras políticas de la época; el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, fue una obra de suma importancia, la cual es considerada como creadora del sistema que ahora

---

<sup>13</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., página. 569.

analizamos, ya que mantuvo en una primera fase características del sistema inquisitivo y en la segunda tomó elementos de las leyes revolucionarias, integrando en consecuencia elementos del sistema acusatorio. Sobre el particular Luis Dorantes Tamayo señala: "El sistema de que hablamos divide el proceso en dos grandes fases: A) La de instrucción o sumario.- En ésta se sigue el procedimiento inquisitivo (iniciativa judicial, principio de escritura, de secreto y de no contradicción. B) La del plenario o juzgamiento.- En esta se sigue el sistema acusatorio (intervención de jueces populares a veces, aplicación de los principios de contradictorio, oralidad, publicidad, concentración, libre apreciación de las pruebas."<sup>14</sup>

Por su parte, Renato Sales Heredia, al participar en las Primeras Jornadas sobre Justicia Penal, y hablar sobre la modernización del Ministerio Público, señaló: "El sistema mixto es fruto de la cruz lamentable entre el sistema inquisitorial y el acusatorio. El engendro es propiamente inquisitorio en la fase inicial, que viene a ser escrita, semisecreta, dominada por el Ministerio Público y es tendencialmente acusatorio en la segunda fase, pues ante el juez existe intervención tanto de la acusación como de la defensa. Empero, en innumerables ocasiones, esta segunda fase está condenada a reproducir la primera etapa."<sup>15</sup>

Como ya lo señalamos, el modelo que nos ocupa fue forjado durante la Revolución Francesa, se difundió primero en Europa y después en el resto del mundo, por ello se dice que es al que se afilian mayoritariamente los códigos procesales del mundo, hay quienes piensan que tal sistema surge cuando aparece la figura del Ministerio Público y desplaza al acusador particular.

Jorge Zavala se pronuncia a favor del sistema que ahora analizamos, señalando "Nosotros opinamos que el sistema mixto es el más adecuado y el más técnico, siempre que se sepan aprovechar los

<sup>14</sup> Dorantes Tamayo, Luis, Op. Cit., página 271.

<sup>15</sup> García Ramírez Sergio y Leticia A. Vargas Casillas (Coordinadores) *Las Reformas Penales de los Últimos años en México (1995-2000) Primeras Jornadas sobre Justicia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, página 212.

elementos más importantes y valiosos de cada sistema, acusatorio o inquisitivo, para ponerlos en relación con la idiosincrasia del pueblo y de acuerdo a la época sobre la que va a regir el respectivo Código."<sup>16</sup>

Dada la forma del régimen mixto, no es posible definir sus características con precisión puesto que varían, ya que no hay sólo un sistema, sino una diversidad de cuerpos legales que lo adoptan.

### 1.3. EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL EN MÉXICO

Antes de entrar al estudio del sistema de enjuiciamiento penal en nuestro país, es importante tener presente que en el año de 1994, se realizó un estudio comparativo de los regímenes procesales en América Latina, España y Portugal con motivo de las XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, mismo que es considerado como el más amplio de su tipo, el cual reveló que México se encuentra entre el grupo de países más atrasados, toda vez, que el sistema que nos rige esta inscrito en los principios del régimen inquisitorio; a decir de Miguel Sarre Iguíniz, esto no sólo es preocupante, sino triste y desalentador, ya que en 1917 contábamos con uno de los modelos constitucionales de justicia penal más modernos de América Latina y el mundo.<sup>17</sup>

Respecto del régimen que prevalece en nuestro país, algunos doctrinarios señalan que tenemos un sistema acusatorio, otros sostiene que es mixto, incluso hay quienes señalan que es de tipo inquisitivo, veamos los fundamento de tales posturas.

Julio Antonio Hernández Pliego, reconoce que existe unanimidad en la doctrina en el sentido de que el sistema que rige en nuestro país es acusatorio, señala que el proceso penal en México camina por métodos de la inquisición, ello debido a que sólo de manera formal se conceden derechos con el aparente propósito de equilibrar las fuerzas de las partes postergando principios que actualmente rigen en los sistemas de enjuiciamiento como la oralidad,

<sup>16</sup> Zavala Baquerizo, Jorge E. Op. Cit., página 110.

<sup>17</sup> Cfr. Sarre Iguíniz, Miguel. Op. Cit., 25 de enero de 2001, 20:00 hrs.

contradicción y la publicidad, señala que ello se debe a que la autoridad judicial nunca se encuentra presente en los actos del proceso aún cuando en las actas se documenta lo contrario.<sup>18</sup>

Por su parte Miguel Sarre Iguíniz, indica que el sistema que prevalece en nuestro país es el denominado mixto clásico, que se divide en dos etapas, que corresponden a la averiguación previa y al proceso en sí, respecto de la primera refiere que es escrita y de publicidad restringida ya que es dirigida por el Ministerio Público o fiscal, en la que se confunden las funciones de sostener la acusación y conducir actuaciones materialmente jurisdiccionales; es decir, investiga y persigue al mismo tiempo que juzga, precisa además, que en esta etapa la defensa se encuentra limitada; por lo que hace al proceso refiere que es cuando se cuenta con todas las garantías al presentarse ante un Juez en audiencia pública, dicho autor critica el valor probatorio atribuido a las evidencias obtenidas durante la averiguación previa.<sup>19</sup> También Carlos Oronoz Santana señala que el sistema adoptado en México es el mixto, el cual ha adoptado modalidades propias, ya que el interés que se persigue es social, por lo tanto, la investigación y persecución de los delitos queda limitada al Ministerio Público que es la institución titular de la acción penal.<sup>20</sup>

La doctrina mayoritaria sostiene que existe un sistema acusatorio, dentro de esta corriente se encuentra Ángel Martínez Pineda, quien señala "En el nuestro prevalece el acusatorio como se desprende de los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señalan el ámbito preciso de atribuciones. ... Al juez pertenece y corresponde la técnica instrumental del proceso, al ministerio público la titularidad de la acción penal y al procesado el manejo autónomo de sus derechos sustanciales mediante la asistencia de su ilustrado defensor."<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Cfr. Hernández Pliego, Julio Antonio. *El Proceso Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2002, página 35.

<sup>19</sup> Cfr. Sarre Iguíniz, Miguel. Op. Cit., 25 de enero de 2001, 20:00 hrs.

<sup>20</sup> Cfr. Oronoz Santana, Carlos María. Op. Cit., página 27.

<sup>21</sup> Martínez Pineda, Ángel. *El Proceso Penal y su Exigencia Intrínseca*, Editorial Porrúa, México, 1993, página 3.

En el derecho mexicano el sistema acusatorio ha desplazando al inquisitorio que era el que anteriormente se empleaba y regía, este cambio trajo consigo varias modificaciones ya que se dio un nuevo enfoque a la persecución de los delitos y en consecuencia al sistema de impartición de justicia, dicha modificación destruye al Juez como parte en el procedimiento y reconoce la importancia de una defensa adecuada.

En los sistemas acusatorios como en el que prevalece en nuestro país, se identifican diversos órganos como los de decisión, acusación y defensa, al ser el proceso penal una relación jurídica que trae aparejada derechos y obligaciones para quienes en él intervienen.

Dada la función laboral que desempeñó y que la presente colaboración tiene como objetivo realizar un pequeño análisis de los sistemas de enjuiciamiento penal y el papel del defensor, dedicaré las siguientes líneas a quien técnicamente realiza la función de la defensa, ya que dicho sujeto es un participante de suma importancia en el proceso penal.

Iniciaremos por señalar que al cometerse un delito intervienen por lo menos dos sujetos, uno activo que con un hacer o no hacer viola el precepto legal, y otro pasivo que es el titular del bien jurídico protegido; iniciada la Averiguación Previa, surge el procedimiento penal y en consecuencia una relación jurídica, en la que participan, además, de los activos y pasivos mencionados, otros sujetos como el Ministerio Público, Juez, defensor, testigos, peritos e interpretes, por señalar algunos, que en su conjunto integran los llamados sujetos del proceso, siendo partes desde el punto de vista sustancial la persona sujeta a proceso, así como las víctimas y ofendidos por un delito al ser los titulares de los derechos que se controvierten o se gestionan, y partes desde un punto de vista formal o procesal, el Ministerio Público y el defensor (de oficio o particular), al ser los sujetos que intervienen ejercitando los derechos y deberes que correspondan a una parte en sentido sustancial, ello en virtud de un mandato de ley.

No obstante que la Constitución autoriza al inculpado para que se defienda por sí, la realidad es que tal sujeto por lo general actúa

de manera conjunta con su defensor, el cual es un sujeto principal dentro de la relación jurídica procesal, decimos que es principal ya que su presencia es obligatoria, ya que acorde a las reformas constitucionales de 1993 toda persona sujeta a un procedimiento penal debe contar con uno, tan es así, que nuestras leyes incluso sancionan como nulo el acto al que no se hubiere llamado al defensor.

No debemos confundir la defensa con el defensor; la defensa es la función que tiene como objetivo destruir o disminuir la imputación que existe en contra del sujeto pasivo del proceso, su finalidad es que la resolución que dicte el órgano jurisdiccional sea benéfica a sus intereses; tal defensa puede ser ejercida personalmente por el procesado, o bien, por medio de persona de confianza, defensor particular o de oficio, lo que nos da la pauta para estudiar la figura del defensor como el sujeto que realiza los actos de defensa.

El defensor y el defenso integran un binomio indispensable, son dos los sistemas conocidos en torno a los sujetos que realizan la defensa, en el primero, el inculcado se defiende, se le denomina autodefensa y no existe defensor ajeno; en el segundo, es otra persona quien realiza tal defensa; en nuestro país podemos decir que el sistema es mixto, ya que el artículo, 20 fracción IX, Constitucional establece que el inculcado tendrá derecho a una defensa por sí, por abogado, por persona de su confianza, y si no quisiere o no pudiera nombrar defensor el Juez designará a uno de oficio.

Los actos de defensa los pueden realizar un abogado particular o uno de oficio o también llamados públicos; en el primer caso, la designación o nombramiento lo hace el sujeto pasivo del proceso a efecto de que previa aceptación y protesta del cargo pueda desempeñar la función encomendada.

Aunque la defensa es obligatoria en nuestro país, no constituye una carga, en el caso de que el sujeto pasivo del proceso no haya designado a un defensor particular, se le designará a uno de oficio;<sup>22</sup>

<sup>22</sup> El antecedente de esta figura se remota en México a la época colonial, con los defensores y protectores de indios, así como los abogados y procuradores de los pobres, quienes defendían sólo a los sujetos que cumplían con tales supuestos, hoy no es requisito tal situación para que el defensor de oficio sea designado.



tal defensa implica la asistencia obligatoria y gratuita de un especialista en derecho, excenta de cualquier costa.

La calidad de defensor público o privado cesa cuando concluye el procedimiento para el cual fue designado, o bien, por voluntad de quien lo ha nombrado; en el caso del defensor público su intervención termina cuando el imputado elige un particular y una vez que éste ha aceptado el cargo; el defensor de oficio no puede renunciar por propia voluntad a la defensa que le ha sido encomendada, el cese de un defensor implica necesariamente la sustitución de otro, ello con la finalidad de que el procesado, no quede en estado de indefensión.

Existen diversas opiniones acerca de la naturaleza jurídica del defensor, se le ha considerado como representante, auxiliar de la administración de justicia, sujeto imparcial, sujeto parcial, asesor y colaborador del proceso, así tenemos los siguientes criterios.

Los sostenedores de que el defensor es un sujeto imparcial, son pocos y refieren que los mismos cumplen con una función de asesorar técnicamente a los pasivos del proceso, que por lo tanto, como prestadores de servicios independientes o pagados por el Estado, no tienen interés particular, ya que la resolución que dicte el órgano jurisdiccional no afecta su persona.

Quienes refieren que el defensor es un sujeto parcial, señalan que debido a la labor que realizan actúan siempre para favorecer a su defendido propugnando su inocencia o al menos una responsabilidad más atenuada, por lo tanto, su actividad es parcial al tratar de lograr el mayor beneficio posible, ya que han sido puestos en el proceso para defender los intereses de tal sujeto.

Hay quienes señalan que el defensor es un colaborador del proceso, al indicar que la actividad que realiza va encaminada a cumplir con los fines y objeto del proceso penal.

Algunos autores señalan que el defensor es un representante, que tal figura se torna más intensa y necesaria cuando el procesado se encuentra privado de su libertad ya que esto lo imposibilita para que físicamente pueda acudir ante el órgano jurisdiccional a vigilar

el trámite, tal postura es criticada al señalar que no es posible ubicarlo dentro del mandato civil, ya que no reúne sus elementos, toda vez que encuadra, tanto en el contrato de prestación de servicios como en el mandato, además, en el caso del defensor de oficio los poderes no le son dados por la voluntad del sujeto, sino por la ley, por lo tanto, puede que no exista acuerdo; independientemente de lo anterior, el defensor goza de libertad para ejercer su función, ya que no es necesaria la consulta previa de su representado para realizar cualquier acto.

Algunos otros estudiosos de la materia consideran al defensor como un asesor cuya función es explicar al procesado sus derechos y deberes, en contra de tal criterio se dice que la actividad del defensor no se limita a la consulta técnica, sino que realiza una serie de actividades que ponen en movimiento a otros sujetos, además, de que tiene derechos y deberes que cumplir, que el otorgarle sólo el carácter de asesor modificaría su esencia.

El maestro Arturo Pérez Pineda, señala que el defensor tiene propia personalidad, que por lo tanto, no es un simple representante ni un simple consejero del procesado, sino que obra por cuenta propia y siempre en interés de su defendido, que tal concepto es acorde a lo que ordena el artículo 20 fracción IX Constitucional.<sup>23</sup>

Guillermo Colín Sánchez, por su parte señala que para precisar la personalidad del defensor se debe tomar en consideración si es particular o de oficio, ya que en el primero de los supuestos es el sujeto pasivo del proceso quien lo designa, que por lo tanto, su relación encuadra en el contrato de prestación de servicios profesionales como en el de mandato, lo que no sucede en el caso del defensor de oficio, en donde al faltar el acuerdo entre las partes no es posible considerarlo como mandatario, sino como una representación otorgada por la ley, al ser ésta quien la impone. Por ello, dicho autor señala que el defensor es un sujeto integrante de la relación procesal que ejerce y

<sup>23</sup> Cfr. Pineda Pérez, Benjamín Arturo. *El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica del Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 1991, página 178.

deduce derechos, en sentido amplio.<sup>24</sup>

Dentro de la doctrina existe controversia respecto de que si el defensor es o no parte dentro del proceso penal, básicamente existen dos tesis, la positiva que afirma que sí lo es y la negativa que le niega tal calidad. Victoria Adato Green y Sergio García Ramírez, señalan "...técnicamente no es parte en sentido material, ya que es ajeno a la relación sustantiva, que lo es, en cambio, en sentido formal, es decir, sólo en el proceso."<sup>25</sup> Por su parte Carlos J. Rubianes, señala: "No es sujeto procesal, pero se compenetra tanto con el imputado, que es conveniente incluirlo conjuntamente."<sup>26</sup>

En la relación jurídica procesal, el defensor es un sujeto fundamental o básico, el cual tiene a su cargo la asistencia técnica del proceso, sin su presencia los actos realizados carecen de valor, no obstante el importante papel que desempeña el defensor, quien junto con el sujeto pasivo del proceso constituyen un binomio indispensable dentro del proceso penal, tal situación le otorga la calidad de parte procesal, quien puede ser cambiado por diversas circunstancias, no es parte en sentido material ya que su existencia está supeditada a la existencia de otro sujeto, sin éste no habrá defensor, por lo tanto, es ajeno a la relación sustantiva, ya que realiza actividades de asesoramiento, dirección y defensa de derechos e intereses ajenos, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídica ponen a sus conocimientos al servicio de su defendido.

No obstante la posibilidad que otorga el artículo 20 Constitucional, en el sentido de que el inculpado podrá defenderse por si, o por medio de otra persona, la posibilidad técnica de ser defensor no está abierta a cualquier persona, sino que se encuentra limitada a profesionistas del derecho, lo cual tiene como objetivo igualar a los participantes en el proceso penal, ya que el Ministerio Público y el Juez, son siempre letrados, por lo tanto, tal exigencia busca equili-

<sup>24</sup> Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 15a. edición, Editorial Porrúa, México, 1995, páginas 243-245.

<sup>25</sup> García Ramírez, Sergio y Adato Green, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, 9a. edición, Editorial Porrúa, México, 1999. página. 10.

<sup>26</sup> Cfr. Rubianes J. Carlos. *El Proceso Penal II*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, página 107.

brar los conocimientos de quien defiende, acusa y resuelve.

El defensor particular o de oficio, en el ejercicio de su encargo, tiene una serie de funciones que cumplir entre las cuales tenemos: prestar servicios de defensa o asesoría jurídica, hacer saber al pasivo del proceso sus derechos, asistirle y estar presente en todas las diligencias, solicitar cuando proceda la libertad, ofrecer pruebas, promover todas las diligencias que sean necesarias a favor de su representado, interrogar al procesado, peritos, testigos, intérpretes, formular conclusiones e interponer los recursos procedentes.

Respecto a la defensa pública (o llamada también de oficio) como ya lo señalamos es la proporcionada de manera gratuita a todo aquel que lo requiera independiente de su situación económica, esta institución es similar a la que en otros países se conoce como patrocinio gratuito o beneficio de pobreza, existen las tradicionales defensorías de oficio dependientes de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Estado y en el ámbito federal el Instituto Federal de Defensoría Pública, es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, creado tras la expedición de la Ley Federal de Defensoría Pública de 1988, institución encargada de prestar los servicios de defensa y asesoría jurídica en materias administrativa, fiscal, civil y derivadas de causas penales federales en atención a la víctima del delito y sus familiares, algunos de sus antecedentes los encontramos en La Ley de Defensoría de Oficio Federal del 14 de enero de 1922 y el Reglamento de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal aprobado el 18 de octubre de 1922.

También hay diversos órganos y entidades que se encargan de prestar los servicios de defensa gratuita en materias específicas dentro de las cuales tenemos las procuradurías de la Defensa del Menor y de la Familia, dependiente de los Sistemas Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y los Bufetes Jurídicos Gratuitos, dependiente de las Facultades de Derecho de las diversas Universidades de nuestro país.

En nuestro país se busca hacer una realidad la garantía de defensa adecuada que consagra nuestra constitución, lo cual no sólo

signifique tener nombrado un defensor, sino que en verdad realice actos de defensa al estar presente en el procedimiento, que le sean facilitados los datos que solicite, se le reciban y valoren las pruebas y alegatos que ofrezca y lo más importante que sean tomadas en consideración al dictarse la resolución correspondiente, y que frente al inculcado sea un asesor respecto de la naturaleza y consecuencias jurídicas de los hechos que se le imputan, toda vez que una adecuada defensa en el sistema que opera en nuestra país debe implicar el contar con defensores realmente preparados técnicamente con las funciones que realizan y comprometidos no sólo con sus representados sino con la sociedad en general, ya que todos en algún momento de nuestra vida podemos ser sujetos pasivos en un procedimiento penal y lo mínimo a lo que tenemos derecho es a ser escuchados y defendidos adecuadamente.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acero, Julio. *Procedimiento Penal*, 7a. edición, Editorial Cajica, S. A., México, 1976.
- Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 15a. adición, Editorial Porrúa, México, 1995.
- Dorantes Tamayo, Luis. *Teoría del Proceso*, 8a. edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, 4a. edición, Editorial Trotta, España, 2000.
- García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 2a edición, Editorial Porrúa, México, 1977.
- García Ramírez, Sergio y Adato Green, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, 9a. edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia A. (Coordinadores) *Las reformas Penales de los últimos años en México (1995-2000) Primeras Jornadas sobre Justicia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2001.

- Hernández Pliego, Julio Antonio. *El Proceso Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2002.
- Martínez Pineda, Ángel, *El Proceso Penal y su Exigencia Intrínseca*, Editorial Porrúa, México, 1993.
- Oronoz Santana, Carlos María. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2a. edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983.
- Pineda Pérez, Benjamín Arturo. *El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica del Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 1991.
- Ramírez González, Rodrigo. *La Victimología. Estudio de la Víctima del Delito. Su Función en la Prevención y Control de la Criminalidad*, Editorial Temis, Colombia, 1983.
- Rubianes J. Carlos. *El Proceso Penal II*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
- Silva Silva, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Harla, México, 1990.
- Vázquez Rossi, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal Tomo I. Conceptos Generales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995.
- Zavala Baquerizo, Jorge E. *El Proceso Penal Tomo I*, 4a. edición, Editorial Edino Jurídico, Colombia, 1989.

## FUENTES ELECTRÓNICAS

Sarre Iguíniz, Miguel. *En Busca de un Sistema Acusatorio*.  
<http://www.cedhj.org.mx/Articulos%20Gaceta/En%20busca%20de%20un%20sistema%20acusatorio.html>.



## Delitos graves, no graves y viceversa

Huetzin Zúñiga Moreno

Defensor Público Federal

"To be or not to be; that is the question..."

"Hamlet". William Shakespeare.

En 1966, Juan Ibáñez hizo de su película "*Los Caifanes*" la obra con la cual, trascendió a la posteridad sin acaso sospecharlo; a la vez que Julia Isabel de Llano Macedo (o sea *Julissa*) se manifestó como una actriz auténtica y Enrique Álvarez Félix consolidó mucho más sus excelentes dotes histriónicas –superiores a las de su madre-, mientras Ernesto Gómez Cruz y Sergio Jiménez revelaron al mundo su enorme talento aún vigente. Por su parte, de ningún modo menos importante, Carlos Fuentes consolidó siendo coguionista de Ibáñez, su innata capacidad para ser el cronista *sui generis* de la vida *chilanga* (y de otros ámbitos), iniciada con formalidad a través de "*La región más transparente*" y consagrada en "*Aura*". Ese año presagiaba la situación caótica, mas no irremediable, producida por la falta de atención y la consecuente crudeza de Gustavo Díaz Ordaz, al resolver muy a su manera los conflictos originados entre el estudiantado de los niveles medio superior y superior de la época. Es muy cierto tanto el origen nimio de éstos como el exceso de dicha proporción que cobraron con el paso del tiempo, pero por lo mismo resultaba indispensable transformar a esa nada mediante la nada, en lugar de esgrimir que "sin orden no hay paz".

Mención aparte amerita la situación de tres intérpretes en "*Los*



*Caifanes*" que, si bien pudieron haber tenido un mejor destino en cuanto a fama, prestigio y dividendos en los senderos de Melpómene y Talía, por algún motivo no cosecharon muchos laureles a pesar de tener las agallas y las habilidades necesarias para alcanzarlos: Martha Zavaleta, quien dio vida a una cabaretera, y cuyo *alter ego* involuntario y ya inevitable que tiene en *La Maestra Bonilla* de "*Cachún Cachún Ra Ra*", le ha marcado para siempre (y curiosamente se originó bajo las órdenes del hermano de *Julissa*). El otro, Oscar Chávez, encarnó nada menos al "*Gato*", el *mero mero* de los *Caifanes*, hoy mejor conocido como cantor de las causas sociales contestatarias y ajenas a la parafernalia de las casas grabadoras transnacionales; quien a pesar de haber sido discípulo del mismísimo Seki Sano –cuyos alumnos fueron, entre otros, Wolf Rubinskis (memorable representando a *Boby Galeana* en "*Pepe El Toro*", y además luchador profesional), Javier López Rodríguez "*Chabelo*" y Plácido Domingo- no hizo mayor cosa actuando por dedicarse a la música, donde sigue siendo muy valorado. Por último, un *Santaclos* parecido a tantos en la Ciudad de México desde la llegada de tentáculos de la mercadotecnia vuelta industria, pero trasnochado como ninguno; y por irreverente, Juan Ibáñez lo dejó en manos de Carlos Monsiváis, aunque entonces su nombre era sinónimo de nadie.

Cuarenta años después, el 19 de agosto de 2006, Monsiváis hizo publicar un ensayo en varios periódicos del país, ya como polígrafo reconocido mas no siempre querido, donde sus reflexiones sobre algunos aspectos del quehacer jurídico imperante a mediados del régimen priísta, todavía no son ajenas a lo que enfrentamos quienes en la actualidad hacemos del ejercicio del Derecho nuestra profesión, aun cuando esas situaciones ya no se producen de manera tan frecuente ni tan bárbara. Bajo el título "*La cultura jurídica y el 'delito de las multitudes'*", Monsiváis opina así en tal ensayo:

"La administración de la justicia está siempre en las mejores manos.<sup>1</sup> Un ejemplo perfecto: los procesos de 1958-1960 contra la insurgencia sindical (profesores de la sección IX del SNTE,

<sup>1</sup> Esta frase es irónica, y por tanto no debe atenderse en su literalidad.

ferrocarrileros, petroleros, electricistas), que recurre a paros y huelgas. Al servilismo de los expedientes judiciales lo acompaña la puerilidad desafiante. Así el 4 de julio de 1960 el procurador general de la República, Fernando López Arias, recibe en audiencia al pintor David Alfaro Siqueiros, que encabeza el movimiento pro libertad de los presos políticos...

El abogado de la República, el procurador general, acude a chistes nonatos (SIC) y usa el cinismo como ariete contra las víctimas. No hay argumentos jurídicos y proceden las acusaciones ridículas como relatos de espantos, con los comunistas en vez de los nahuales. Con tal de arrasarse a la izquierda se exhuma el delito de 'disolución social', especificado en los artículos 145 y 145 B del Código Penal Federal, de 1942, un instrumento contra los agentes nazifascistas, aplicado después de 1952 únicamente contra disidentes políticos.

*¿De que se acusa en 1960 a Siqueiros y al periodista Filomeno Mata, 'culpables' de discursos demoleedores, denuncias de la antidemocracia y exigencia de libertad de los presos políticos? La PGR los encausa por los delitos de disolución social, injurias contra agentes de la autoridad, resistencia de particulares, ataque peligroso y portación de arma prohibida (les faltó añadir 'pensamientos impuros no clasificados'). Por lo demás, el cargo de disolución social penaliza a los que por cualquier medio induzcan o inciten a uno o más individuos a realizar actos de sabotaje, a subvertir la vida institucional del país o a realizar actos de provocación con fines de alteración de la paz pública."*

Monsiváis alude con claridad a situaciones políticas que propiciaban la inestabilidad creciente en el sistema gubernamental de esa época, pese a las intenciones auxiliaorias de Siqueiros motivadas en la intensa represión ejercida contra quienes pretendía respaldar, que por muy relevantes de ninguna manera podían haber sido comparadas con las actividades de los agentes vinculados de tiempo completo y de manera directa con el poder público. Así mismo, al integrar el elenco de "Los Caifanes", Monsiváis fue partícipe

de la peculiar crítica de Juan Ibáñez contra el injustificado autoritarismo diazordacista, enmarcado paradójicamente por una buena marcha económica y social del país; ante lo cual, desde luego los censores oficiales y sus detractores se atribuían mutuamente el cometer actos graves contra la solidez de la Nación, pretendiendo siempre sustentarse en consideraciones jurídicas y no sólo en cuestiones de praxis política, intentando evitar al máximo toda posibilidad de refutación.

En la actualidad cualquier persona puede distinguir entre las conductas benéficas y las reprensibles, y por ende no importa su desconocimiento de la evolución jurídico normativa, pues cada comunidad se ha procurado la estabilidad de su convivencia mediante la difusión de las conductas que a lo largo de los tiempos, se han reputado perjudiciales por antonomasia. No obstante, aún de éstos últimos se admiten clasificaciones, es decir, unos son considerados más graves que otros; siendo que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define en su segunda acepción a la palabra *grave* como aquello "*grande, de mucha entidad o importancia*", ejemplificando el uso de la misma mediante las expresiones "*negocio, enfermedad grave*". Los defensores públicos federales percibimos a diario los alcances de tal catalogación en el desempeño de nuestras labores, al invocar cuando corresponde el texto del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual establece en su párrafo inicial:

*"Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes..."*

Es evidente el propósito de este precepto por determinar las circunstancias que deben estimarse, para dar un tratamiento mucho más riguroso a los delitos graves en relación a los que no lo son, pero cual suele suceder en los textos legales, dicho numeral carece de nitidez al tratar de incluir como grave una de las hipótesis previstas por el artículo 138 de la Ley General de Población.

A los pocos meses de haber llegado a mi adscripción, asumí la

representación de una persona desde el inicio de la causa que le fue instruida, a quien se le atribuía haber introducido y transportado por territorio mexicano a una mujer extranjera. Semanas después de haberse ordenado la formal prisión de ese inculpado, y luego de haber ponderado con detenimiento su procedencia, un poco por la incredulidad que sabía me esperaba del juez a quien le correspondería resolver, y otro tanto por evitar la posibilidad de que al procesado se le ocurriera quejarse en mi contra si yo no hubiese intentado explorar esa vertiente; decidí en primer término solicitar ante el Juez la libertad provisional bajo caución a favor del encausado de marras, como preparación del terreno donde labraría la materia de una demanda de amparo indirecto, pues no necesitaba ser un erudito para anticipar la denegación de mi petición. Así pues, argumenté en mi demanda que las garantías individuales transgredidas por el Juez de mi adscripción en perjuicio de mi representado, se contienen en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en la primera parte del párrafo primero integrante de la fracción I de su apartado "A" :

*"Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder ese beneficio..."*

En ese contexto, la fracción V del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales señala como tal al *"delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 "*de la Ley General de Población. Ahora bien, la hipótesis donde se hizo encuadrar la conducta del quejoso, es definida por el párrafo segundo del numeral inmediatamente aludido, en los términos siguientes:

*"Igual pena se impondrá a quien por sí o por medio de otro u otros introduzca, sin la documentación correspondiente expedida por autoridad competente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano..."*

Se advierte con claridad, que el tipo en comento no requiere para su configuración el elemento subjetivo específico denominado

"propósito de tráfico", ni algún otro que implique el término "tráfico". Por ello éste delito no es grave, siendo evidente que el aludido texto de la fracción V del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales propicia en términos imprecisos, genéricos e indebidos, que todas las conductas contempladas en el citado artículo 138 sean consideradas delitos graves. En torno a ese defecto del numeral adjetivo en cuestión, resulta innegable en calidad de referencia, pero inatendible como norma de aplicación forzosa, la tesis de Jurisprudencia que enseguida se reproduce:

*DELITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. POR TRATARSE DE CONDUCTAS DELICTIVAS GRAVES DEBE NEGARSE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SIN IMPORTAR QUE EL TIPO DELICTIVO NO INCLUYA EL ELEMENTO SUBJETIVO DE "PROPÓSITO DE TRÁFICO". El artículo 194, fracción V, del Código Federal de Procedimientos Penales estipula desde mil novecientos noventa y cuatro que se considerará grave: "De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.". Entonces, si se toma en consideración que en esa fecha este último numeral aún no incluía en sus párrafos el vocablo "tráfico", y que no obstante esa ausencia el legislador decidió denominar así a las conductas antijurídicas que ahí se incluyen, sin hacer distinciones entre ellas, es de concluirse que su intención fue la de usar dicha denominación en forma genérica para nombrar a la totalidad de las hipótesis delictivas que contempla el invocado artículo 138 de la Ley General de Población, y no para referirse en exclusiva a las que a partir de mil novecientos noventa y seis fueron concebidas con el elemento subjetivo de "propósito de tráfico". De ahí que, válidamente, pueda afirmarse que la persona que interne a un extranjero a territorio nacional sin la documentación migratoria correspondiente (supuesto contenido en el párrafo segundo del actual artículo 138 de la ley de la materia) comete el antisocial de tráfico de*

*indocumentados que, por disposición del invocado artículo 194, fracción V, es considerado grave, y que por estar prohibido constitucionalmente en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Carta Magna, imposibilita al probable responsable a obtener su libertad provisional bajo caución.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

*Amparo en revisión 463/2003. 5 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Paulino López Millán. Secretaria: Mayra Icela Greene Negroe.*

*Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, Julio de 2004. Tesis: XIV.2o.101 P. Página 1714. Materia Penal. Tesis aislada.*

El criterio de cuenta otorga a las normas que aborda un alcance inusitado e incorrecto, pues no existe motivo para inferir que el legislador tuvo la intención referida por el Magistrado Ponente; y mucho menos para que la misma, aunque hubiere sido manifiesta, impida que obtengan su libertad provisional bajo caución los indiciados y procesados bajo la hipótesis delictiva atribuida a los actos de mi patrocinado. Ante ello, debió haber prevalecido lo dispuesto en el precepto Constitucional transgredido por la autoridad responsable, en el sentido de que un juez penal otorgará libertad bajo caución "...siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder ese beneficio...". Conviene precisar que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define la palabra "expresamente" mediante la frase "de modo expreso"; y a su vez, en una de sus cinco acepciones, el término "expreso" debe referirse a lo "claro, patente, especificado". Al relacionarse el contexto semántico del vocablo "expresamente" con lo dispuesto en la fracción V del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, se concluye que no existía prohibición clara, patente ni especificada, para conceder el Beneficio de la Libertad Provisional bajo Caución a favor del quejoso; puesto que el párrafo segundo del artículo 138 de la Ley General de Población, no com-

prende disposición alguna por la cual deba guardarse observancia forzosa al contenido de la exposición de motivos redactada por los legisladores creadores de ese ordenamiento, o por aquéllos que han presentado las iniciativas de ley destinadas a reformar al mismo; y mucho menos la sola intención que hayan tenido unos u otros en crearlo, que en ninguna circunstancia resulta atendible. Pero aunque dicha disposición otorgase efectos obligatorios a tal exposición, los mismos resultarían contrarios al espíritu de la ley y al del Derecho mismo, pues por mucho que tengan sustento o justificación en fundamentos sólidos de diversa índole, estos últimos se erigirían en factores de carácter subjetivo en la aplicación de la norma en cuestión; lo cual resulta ilógico e inconcebible, porque dicha aplicación tiene un carácter estrictamente objetivo, como se ha puesto de relieve en la tesis de Jurisprudencia transcrita a continuación:

*EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y DEBATES DEL LEGISLADOR. NO FORMAN PARTE DE LA LEY. Las exposiciones de motivos contenidas en una iniciativa de ley, así como los debates del legislador suscitados con motivo de su aprobación, no forman parte del cuerpo legal de un ordenamiento y, por ende, carecen de todo valor normativo, tomando en consideración los siguientes elementos: a) El artículo 14, segundo párrafo, del Pacto Federal, que prevé el principio de seguridad jurídica, dispone que nadie podrá ser afectado en su esfera jurídica, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; es decir, tal dispositivo constitucional no hace referencia a las observaciones y justificaciones expresadas por el autor de la iniciativa legal, ni a los argumentos que señalen los legisladores para aprobar, modificar, derogar o abrogar una norma de carácter general; b) Por la publicidad de la norma, que se refiere a que los órganos del Estado encargados de difundir las normas en los respectivos ámbitos de su competencia, tales como el Diario Oficial de la Federación, Gacetas o Periódicos Oficiales, generalmente publi-*

*can solamente el contenido de las leyes o artículos aprobados mediante el proceso legislativo o, en su caso, refieren cuáles normas han sido abrogadas o derogadas, pero no suelen imprimir las iniciativas de ley y debates que dieron origen a las mismas. Por ende, no se puede invocar un derecho u obligación por la simple circunstancia de que el mismo se infiera de la exposición de motivos de la iniciativa de ley o de los debates del legislador, si no se plasmó expresamente en el articulado de la norma correspondiente; sin que sea lógico el argumento de que la interpretación teleológica subjetiva o exegética de la disposición legal permita introducir elementos contemplados durante el proceso legislativo, pero no reflejados en el cuerpo legal, pues tal medio de interpretación requiere que el intérprete de la norma acuda a la exposición de motivos, debates o preámbulo que dieron origen a una ley o tratado internacional para interpretar uno o varios preceptos ambiguos u oscuros, con la plena conciencia de que se están tomando en consideración cuestiones que son ajenas a la norma y, por ende, no forman parte de ella.*

#### **SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.**

*Amparo directo 1987/2003. Chris K. Kowalski y otro. 3 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.*

Cualquier abogado, pero en especial alguno que tenga fundadamente en sus manos la posibilidad de conseguir la libertad de un preso, se siente desalentado en absoluto cuando topa con la poca disposición de un tribunal para sentar precedentes de importancia, que permitirían ampliar y allanar los horizontes de quienes tuviesen que enfrentar problemas similares, y hasta colocar a perpetuidad –satisfagamos vanidades, qué remedio– los nombres de los forjadores de criterios tan relevantes. Por eso no basta el esfuerzo de quien buscó esa posibilidad, pues una situación como la planteada es similar a la de un médico que salva la vida de una persona y luego acaba con ella: lo inaudito. Para rematar, el Juez que conoció de la



demanda de amparo ya aludida no solo negó la protección de la Justicia Federal a mi representado; sino que al resolver el recurso de revisión que interpusé contra dicha negativa, el Tribunal Colegiado turnado para ello confirmó el criterio del Juez pero mediante una salida gastada, y por ende rápida, eufemística y desprovista de reflexión:

*"... Y si bien es cierto que las exposiciones de motivos contenidas en una iniciativa de ley, así como los debates del legislador suscitados con motivo de su aprobación, no forman parte del cuerpo legal de un ordenamiento; también lo es que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Por lo que al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico que aplicó el Juez Federal en la sentencia recurrida permite analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, con la finalidad de descubrir las causas que generaron determinada enmienda a la legislación respectiva, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de cualquier norma legal, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico."*

Por absurdo que parezca, esa tónica de lo inverosímil también la experimenté a mi favor, y confirmé de paso que todos los seres humanos probamos alguna vez la sopa de nuestro propio chocolate, ya sea a título personal o en calidad de integrantes de una agrupación de cualquier naturaleza. Transcurrido aproximadamente medio año desde la presentación de la demanda sobre la cual diserté en líneas anteriores, asistí a dos personas cuando rindieron su de-

claración preparatoria por ser probables responsables en coautoría material, de la comisión del delito de Falsificación de Moneda, previsto y sancionado en el párrafo tercero del artículo 234 del Código Penal Federal. El Juez de la causa declaró formalmente presos a los inculpados pero por la hipótesis prevista por el párrafo cuarto del numeral citado, aplicable "*al que a sabiendas hiciere uso de moneda falsificada*"; por lo cual solicité se otorgara el beneficio de la libertad provisional bajo caución a los encausados, apoyándome en la siguiente tesis para ver si *mi chicle pegaba*:

USO DE MONEDA FALSA, DELITO DE. ES AUTÓNOMO RESPECTO DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA Y NO ES CONSIDERADO GRAVE POR LA LEY. *La estructura legislativa del artículo 234 del Código Penal Federal, permite concluir la autonomía entre los delitos de falsificación de moneda y uso de moneda falsa, pues en el párrafo segundo indica las diversas conductas que alternativamente integran el primer delito y, en el último párrafo, la conducta típica del de uso de moneda falsa; de manera tal que si este último fuera una hipótesis más de aquél, el legislador habría incluido la conducta de usar, dentro de la enumeración alternativa de producir, almacenar, distribuir o introducir, acciones constitutivas de falsificar moneda. Por tanto, no puede considerarse como grave al delito de uso de moneda falsa, si el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, en la fracción I, inciso 16), considera grave única y expresamente al de falsificación de moneda.*  
SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 106/2000. 13 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Fernando Lozano Soriano, secretario de tribunal autorizado por el Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Héctor Lara González.

Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XII, Noviembre de 2000. Tesis: I.6o.P5 P. Página 889.

*Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, septiembre de 2000, página 823, tesis I.3o.P.48 P, de rubro: "USO DE MONEDA FALSA, DELITO DE. NO ES DE LOS CLASIFICADOS COMO GRAVES."*

Apenas promoví, los inculpados me revocaron el cargo, y me lo volvieron a otorgar sólo porque el defensor particular no asistió a la audiencia de vista; percatándome entonces que se concedió a aquellos el beneficio que invoqué en su nombre –sin oposición del Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito-, pero durante la instrucción no pudieron acogerse a sus efectos; como tampoco pudieron hacerlo en los días que mediaron entre la audiencia de vista suspendida y el día en que se dictó la sentencia definitiva, además de que la pena de prisión derivada de la misma no reunía el requisito contemplado por el artículo 90 del Código Penal Federal, en el inciso a) de su fracción I. Ante esa situación, cabe alegar desde un desconocimiento poco justificable del alcance de las normas por parte de algunos órganos del Poder Judicial Federal, hasta un veleidoso desdén de estos por desentrañar esa significación –*"si de veras les interesa, que les cueste y que vayan a la Corte"*, pretextan algunos-; y en consecuencia, todavía no entiendo el motivo por el cual, en dos situaciones muy similares, se me negó la razón cuando esgrimí de manera detallada mi postura ante tres órganos distintos, y en contraste se me concedió sin más lo que pedí invocando lo estrictamente indispensable, *lo de cajón*.

Luego entonces, atendiendo a la lógica utilizada por el Tribunal Colegiado que confirmó la negativa de otorgar el amparo promovido por el suscrito en el primer caso planteado, la tesis de Jurisprudencia que yo invoqué ante el Juez de mi adscripción para solicitar la libertad provisional de quienes usaron moneda falsa, otorga efectos inusitados al párrafo primero del artículo 193 de la Ley de Amparo porque, al ser un criterio aislado, no cuenta con los requisitos de obligatoriedad previstos en tal precepto y guarda inferioridad jerárquica respecto de la propia Ley de Amparo y de cualquiera otra por constituir únicamente una interpretación de aquellas. Por

consiguiente, los criterios que pudieran provenir de ese tipo de interpretación no pueden rebasar los alcances de la ley, pues sería tanto como pretender que fuera necesaria para otorgar validez a esa ley y no para complementarla en caso de ser poco o nada explícita en algún aspecto.

Para ser más específico en términos del método que controvierto, es suficiente la lectura del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el numeral 16 de su fracción I, para deducir que cualquier hipótesis de las descritas por el artículo 234 del Código Penal Federal es grave, sin importar la denominación que pudiera implicar o la constitución del *corpus delicti* respectivo. Más todavía: En la tesis de cuenta se aduce que *"el legislador habría incluido la conducta de usar, dentro de la enumeración alternativa de producir, almacenar, distribuir o introducir, acciones constitutivas de falsificar moneda"*, y sin embargo, el Tribunal sustentante omitió señalar la manera en que infirió los propósitos del mentado legislador y el sustento constitucional, legal o jurisprudencial que tuvo para arribar a esa conclusión. A este paso, las famosas intenciones legislativas habrán de contar más que cualquier ordenamiento jurídico, todo en aras de *"humanizar"* la aplicación de sus efectos. Al menos en lo que a mí respecta, eso y nada serán lo mismo hoy y siempre, aún a riesgo de ser tachado como retrógrada.

Las máximas de la casa del jabonero y del ladrón de ladrones las padecemos todos los seres humanos en todos los aspectos de la vida, pero en el ejercicio práctico del derecho penal se recrudecen sus consecuencias como en pocos ámbitos, por lo cual me ha sido envidiable saber que varios defensores públicos federales han contribuido con creces a dignificar la imagen del gremio y a erradicar prácticas deleznable; muy a pesar de lo que siguen creyendo muchos en el personal de buena parte de los Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito, quienes se resisten a reconocer la efectividad de nuestro trabajo aun cuando sea evidente, agregándose situaciones de índole extralaboral rayanas en lo denigrante. Por tanto, es de agradecerse la generosidad de los integrantes del Consejo de la Judicatura

Federal y de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para con nosotros, ganada a pulso por fortuna; pero el espacio que hemos obtenido en la Revista del Instituto viene a robustecer con mucho el reconocimiento de nuestra capacidad profesional, tan excelente como la que más. Al *patito feo*, por fin, lo hemos dejado atrás.





# Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General

Magistrado César Esquinca Muñoa

Junta Directiva

Ministro José de Jesús Duarte Cano  
Doctor Ricardo Franco Guzmán  
Ministro Manuel Gutiérrez de Velasco Aranda  
Doctor Julio Antonio Hernández Pliego  
Doctor José Ovalle Favela

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Mario Alberto Torres López  
*Unidad de Defensoría Pública y Evaluación en Materia Penal*

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

Licenciado Pedro Pérez Popomeya  
*Unidad de Supervisión y Control de Defensoría Pública y Asesoría Jurídica*

Licenciada Lidia Beristáin Gómez  
*Unidad de Apoyo Operativo*





*El diseño y la formación de este volumen  
estuvieron a cargo de la Dirección General de  
Comunicación Social del Consejo de la Judi-  
catura Federal*

