

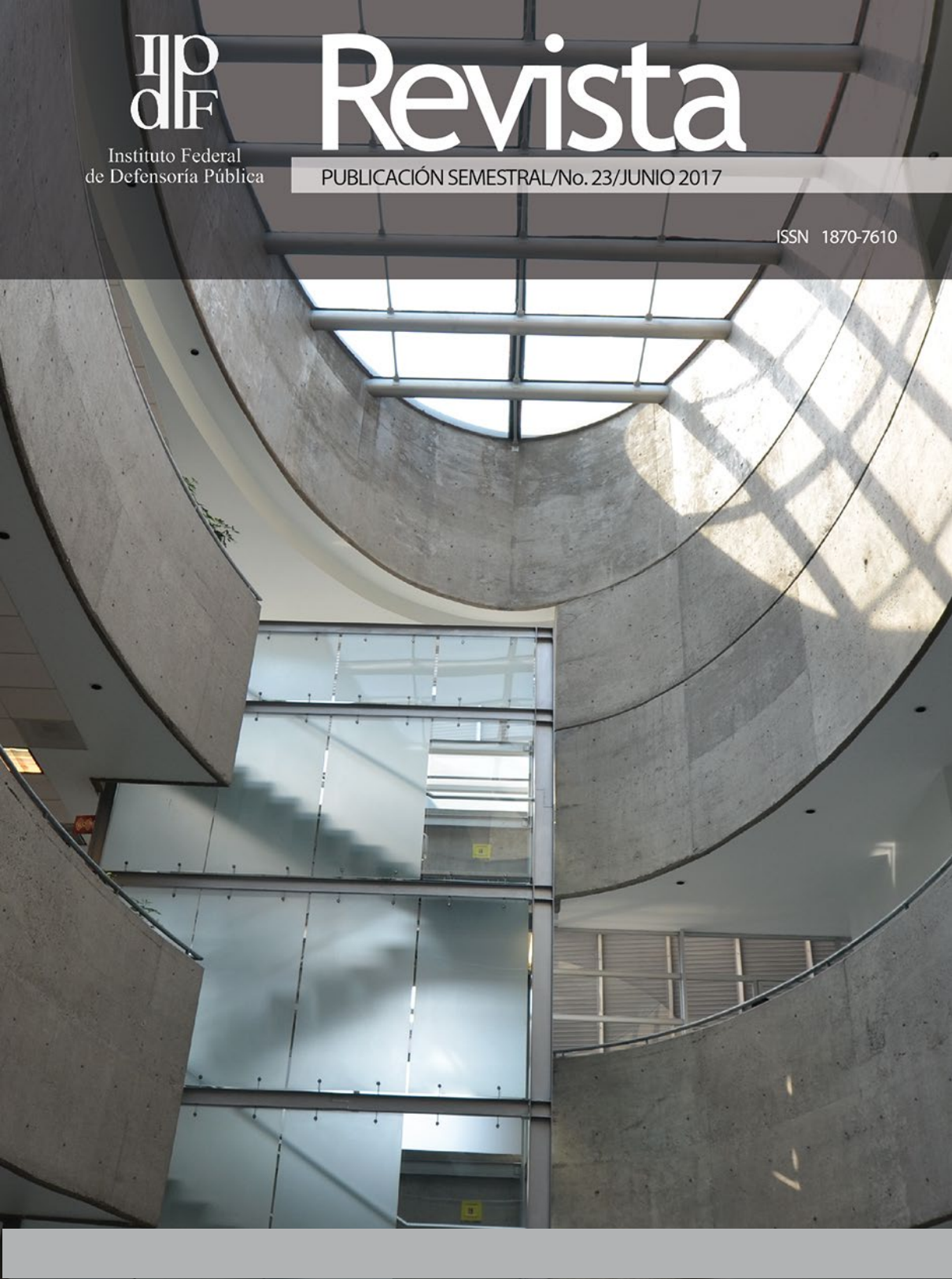


Instituto Federal
de Defensoría Pública

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/Nº. 23/JUNIO 2017

ISSN 1870-7610





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Director

Mario Alberto Torres López

Coordinadores

Mario Alberto Torres López
Esperanza del Consuelo Vera Díaz
Genaro González Licea
Miriam Falcón Ugalde

Captura: Miriam Falcón Ugalde
Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública
Número 23, junio de 2017

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.

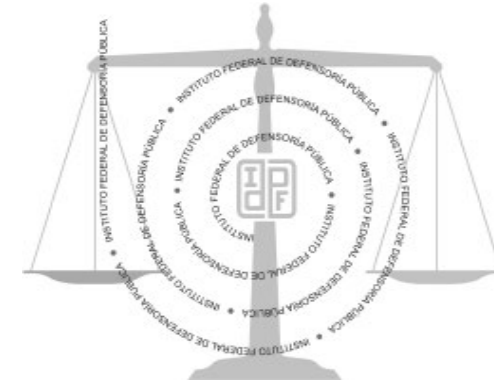
Editor responsable: Mario Alberto Torres López

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública
ISSN 1870-7610

Tiraje 1,500 ejemplares
Distribución gratuita.



Índice

Página

Presentación	7
Presencia de la Corte y la Judicatura	
<i>Ministro Luis María Aguilar Morales</i> El Instituto Federal de Defensoría Pública y sus servicios	11
<i>Consejero Jorge Antonio Cruz Ramos</i> La interconexión del Poder Judicial con otras autoridades	31
<i>Consejera Martha María del Carmen Hernández Álvarez</i> Principio de publicidad en materia de transparencia y de proceso penal acusatorio	37

Consejero Alfonso Pérez Daza
Interés legítimo. Actualidad y perspectiva
..... 65

Consejero José Guadalupe Tafoya Hernández
El juicio de amparo como institución jurídica atemporal e
inmarcesible
..... 97

Doctora Bárbara Stepien
(Traducción del polaco del Doctor Mauro Arturo Rivera)
Problemas actuales: polizones-pasajeros ilegales a bordo de
embarcaciones. Reflexiones en torno al convenio FAL
..... 123

Licenciada Cyntia Autrey Paredes García
La suspensión del voto activo de los sentenciados
y procesados en México
..... 143

Presencia de la Defensoría

Licenciado Raúl Florentino Acosta Ruano
Litigar en ejecución penitenciaria ¿es función de un Asesor
Jurídico o de un Defensor Público Federal?
..... 185

Licenciado Fernando Isaac Fregoso Acuña
Licenciado Miguel Ángel Sánchez Acuña
La reforma constitucional de 2008 y la teoría del delito en el
sistema acusatorio
..... 205

Licenciado José Demetrio Rosas Vargas
La cadena de custodia en el Código Nacional de Procedimientos
Penales
..... 247

Licenciada Claudia Carolina Soto Romero
La necesidad de un ejercicio pleno del control difuso de
constitucionalidad en sede administrativa
..... 287

Presencia de la Comunidad Jurídica

Doctor Raúl Miguel Arriaga Escobedo
La enseñanza de la ética jurídica en el doctorado como factor de
cambio en el derecho
..... 329

Actividades de capacitación
..... 345

Presentación

El Instituto Federal de Defensoría Pública, a casi cuatro lustros de su origen, se ha consolidado como un órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, que proporciona servicios jurídicos gratuitos a fin de garantizar el derecho a una defensa pública en materia penal, y el acceso a la justicia en diversas materias, entre ellas la administrativa y fiscal, mediante la orientación, asesoría y representación jurídica que proporciona.

Dicha consolidación ha sido posible, entre otros factores, gracias a la permanente capacitación de sus defensores públicos y asesores jurídicos, así como por las reflexiones que, desde sus propios ángulos de estudio e investigación, ponen a su alcance destacados profesionales del Derecho, en esta ocasión a través de la Revista semestral número 23 del Instituto.

Tales reflexiones versan sobre temas de actualidad y capital importancia, como son: el Instituto Federal de Defensoría Pública y sus servicios; la interconexión del Poder Judicial con otras autoridades; principio de publicidad en materia de transparencia y de proceso penal acusatorio; interés legítimo. Actualidad y perspectiva; el juicio de amparo como institución jurídica atemporal e inmarcesible; problemas actuales: polizones-pasajeros ilegales a bordo de embarcaciones; y la suspensión del voto activo de los sentenciados y procesados en México.

Además, con la misma rigurosidad y agudeza, se incorporan los siguientes temas: litigar en ejecución penitenciaria. ¿Es función de un asesor jurídico o de

un defensor público federal?; la reforma constitucional de 2008 y la teoría del delito en el sistema acusatorio; la necesidad de un ejercicio pleno del control difuso de constitucionalidad en sede administrativa; la cadena de custodia en el Código Nacional de Procedimientos Penales; y, finalmente, la enseñanza de la ética jurídica en el doctorado, como factor de cambio en el derecho.

Con el reconocimiento más amplio a los participantes por su invaluable y desinteresado apoyo, y convencido de que este número generará tanto en defensores como asesores del Instituto, abogados y foro en general, una sólida convicción acerca de los temas que se abordan, dejo, sin más, en sus manos el presente volumen.

Mario Alberto Torres López

Director General

Junio de 2017

PRESENCIA DE LA
CORTE Y LA JUDICATURA

El Instituto Federal de Defensoría Pública y sus servicios

*Luis María Aguilar Morales**

RESUMEN: Se comenta de manera breve cómo es la estructura del Instituto Federal de Defensoría Pública desde su nacimiento en el año de 1998, qué servicios ofrece a la ciudadanía y personas en condición de vulnerabilidad, así como la función de los defensores públicos y de los asesores jurídicos.

SUMARIO: I. Introducción. II. Creación del Instituto. III. Estructura. IV. Misión social. V. El servicio de defensoría pública. VI. Servicio de defensa penal. VII. Defensa penal de personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas. VIII. Servicio de asesoría jurídica. IX. Otros servicios de asesoría jurídica. X. A manera de conclusión.

I. Introducción

La Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública en sus 22 números semestrales más una edición especial, ha presentado no solamente el pensamiento de sus defensores públicos y asesores jurídicos sino de Ministros de la Suprema Corte, Consejeros de la Judicatura Federal, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito y académicos, entre otros, quienes nos han aportado puntos de vista jurídicos muy importantes

* Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.

sobre los temas de actualidad que, sin duda, sirven al lector como guía o para normar un criterio.

Un tema que se considera de interés es el relativo a la estructura del Instituto Federal de Defensoría Pública y a los servicios que otorga.

II. Creación del Instituto

El 28 de mayo de 1998 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Defensoría Pública cuyo artículo 3 señala: *Para la prestación de los servicios de defensoría pública, se crea el Instituto Federal de Defensoría Pública, como órgano del Poder Judicial de la Federación. En el desempeño de sus funciones gozará de independencia técnica y operativa.* Este ordenamiento abrogó la Ley de la Defensoría de Oficio Federal publicada el 9 de febrero de 1922; como consecuencia, desapareció la entonces Unidad de Defensoría del Fuero Federal cuyas funciones eran básicamente la defensa penal ante Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de Circuito.

La ley resalta un cambio de paradigma en la persona del defensor en materia penal, incluso en la denominación pues pasa de ser *de oficio* a *público*; señala la forma de acceder al cargo, los principios que rigen su función¹ y sus deberes al actuar ante el Ministerio Público de la Federación o ante órganos jurisdiccionales o Jueces de Distrito en el ámbito federal,² para hacer valer debidamente los derechos de los usuarios del servicio. Con la creación del Instituto, los defensores públicos comenzaron en 1998

¹ Artículo 2. *El servicio de defensoría pública será gratuito. Se prestará bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo y de manera obligatoria, en los términos de esta Ley.*

² Artículos 11 y 12, que incluso se encuentran actualizados al nuevo sistema de justicia penal por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 17 de junio de 2016.

a prestar sus servicios desde la etapa de averiguación previa en el orden federal, dado que con anterioridad no existía ese servicio.

Otra cuestión novedosa de la ley fue la relacionada con la institucionalización del *asesor jurídico* para el otorgamiento de servicios de orientación, asesoría y representación en materias en las cuales no existiere una instancia de gobierno encargada de prestarlos gratuitamente. Así, en 1998, comenzó la asistencia legal en materias como la mercantil, civil, administrativa y fiscal en el ámbito federal, bajo la óptica de que el usuario de los servicios debe ser una persona sin la capacidad económica o las condiciones para contratar a un abogado particular.

III. Estructura

De acuerdo con su ley y con sus Bases Generales de Organización y Funcionamiento, el Instituto Federal de Defensoría Pública además de sus defensores públicos y asesores jurídicos cuenta con: Junta Directiva, Dirección General, Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio, Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio, Unidad de Supervisión y Control de Defensa Penal y Asesoría Jurídica, y Unidad de Apoyo Operativo, además de 27 Delegaciones en el interior de la República, 2 Direcciones de Prestación del Servicio en la Ciudad de México y Direcciones, Subdirecciones y Jefaturas de Departamento, cuyas atribuciones están delimitadas en las Bases Generales y en los respectivos manuales operativos.

La ley dispone que el Instituto cuenta con autonomía técnica y operativa, lo que significa que es la propia institución la que determina su estructura y formas de operar; esto, materialmente se lleva a cabo mediante las Bases Generales de Organización y Funcionamiento que

vienen a ser como un ordenamiento reglamentario.³ Esas Bases Generales son emitidas y modificadas por la Junta Directiva de la institución⁴ acorde a lo dispuesto en el artículo 29, fracción VII, de la ley.

En cuanto a aspectos financieros, el Instituto no cuenta con un presupuesto propio y de manejo autónomo dentro del Poder Judicial de la Federación. Los recursos necesarios para cubrir los emolumentos de sus servidores, para contar con los bienes muebles e inmuebles que utiliza y ocupa, así como servicios varios, son asumidos por el Consejo de la Judicatura Federal dentro de su propia administración, si bien debe decirse que la institución cuenta con una partida para viáticos y para gastos menores. Esto ha permitido que el Instituto Federal de Defensoría Pública se dedique única y exclusivamente a cumplir con su misión principal que es la de asistir jurídicamente a los ciudadanos.

La ubicación del Instituto dentro del Poder Judicial de la Federación puede generar comentarios respecto de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales. En efecto, puede pensarse que al depender el Instituto del mismo Poder del Estado que los órganos jurisdiccionales federales, éstos se verán inclinados a favorecer a los defensores públicos o a los asesores jurídicos que ante ellos litiguen, o bien a ejercer jerarquía en ellos. Esto no es así; en el Poder Judicial Federal está perfectamente diferenciada la función jurisdiccional y la función administrativa en la que se enmarca la Defensoría Pública y, si bien, en cada Juzgado de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito

³ Siendo la Ley Federal de Defensoría Pública un ordenamiento propio y exclusivo para un órgano del Poder Judicial de la Federación, la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal no tiene aplicación porque no se trata de la “esfera administrativa”.

⁴ Se publicaron el 26 de noviembre de 1998 en el Diario Oficial de la Federación.

que conocen de procesos penales (sistema tradicional) o Centro de Justicia Penal Federal (nuevo sistema) están adscritos defensores públicos, éstos no forman parte de esos órganos o centros; son y pertenecen al Instituto, y gozan de autonomía e independencia en sus funciones.⁵

IV. Misión social

El Instituto, aparte de coadyuvar a hacer efectivo el derecho humano de defensa adecuada en materia penal a que se refiere el artículo 20 constitucional (en los casos en que el acusado no cuenta, por cualquier causa, con abogado particular), tiene su razón de ser en la circunstancia de que las personas sin recursos pueden requerir servicios jurídicos en otras ramas, contar con la asistencia de un profesional de las leyes y que esa asistencia sea gratuita.

Los ordenamientos jurídicos consagran derechos y acciones legales a favor de las personas, sin embargo, en muchos casos, hacerlos valer o llevarlos a la práctica requiere de la necesaria asistencia de un abogado;⁶ quienes pertenecen a grupos vulnerables no cuentan con los recursos económicos para contratar un abogado,

⁵ El artículo 38 de la ley dispone: *También serán causas de responsabilidad para cualquier servidor de los sistemas de procuración y administración de justicia federales, realizar conductas que atenten contra la autonomía e independencia de los defensores públicos o asesores jurídicos o cualquier acción que genere o implique subordinación indebida de estos servidores públicos respecto de alguna persona o autoridad.*

⁶ Al respecto, véase: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 18, mayo de 2015, Tomo I, Primera Sala, Jurisprudencia no. 1ª/J.26/2015, p. 240, no. de registro: 2009005, rubro: *DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERECHO HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO.*

pues los que tienen están destinados a la satisfacción de necesidades elementales o básicas. La asistencia jurídica se puede requerir para solucionar un conflicto mercantil o civil, atacar un acto de una autoridad administrativa, obtener o percibir debidamente una prestación social como la pensión por jubilación u otra causa, y en muchas ocasiones el titular del derecho no lo hace efectivo por carecer de asistencia legal.

El Instituto se ha hecho cargo de prestar ese servicio legal de manera gratuita cuando se trata de materia federal, no exista una instancia gubernamental encargada de otorgarlo y el solicitante carezca de recursos económicos suficientes para obtener patrocinio particular.

Antes y después de la creación del Instituto Federal de Defensoría Pública, se han creado instancias gratuitas de asistencia jurídica federal: PROFECO, CONDUSEF, PRODECON, INDAUTOR, CONAMED y otras. Sin embargo, la asistencia pudiera ser limitada en cuanto a que no abarca todos los procedimientos, instancias o medios de impugnación necesarios para el asunto, o en cuanto a capacidad, en cuyo caso y en lo general el Instituto asume la parte complementaria o terminal de la defensa jurídica.

V. El servicio de defensoría pública

Bajo el rubro de *defensoría pública* la ley de la materia abarca los servicios en materia penal y los relacionados con otras materias de orden federal. En género la ley habla de *defensores públicos* que son tanto los defensores en materia penal y los asesores jurídicos para otras materias (sin embargo, en la práctica se habla de *defensores públicos* para cuestiones penales). El 18 de junio de 2008 el servicio de defensoría pública quedó plasmado en el

párrafo séptimo del artículo 17 constitucional,⁷ como una obligación para la federación y las entidades federativas, con el señalamiento expreso de que ese servicio debe ser de calidad. La Ley Federal de Defensoría Pública lo contempló desde antes.

VI. Servicio de defensa penal

La representación jurídica de personas a quienes se les sigue un procedimiento penal por delitos de orden federal y que no cuentan con un abogado particular, recae en los defensores públicos del Instituto. En su origen y en el sistema tradicional de justicia penal quedó contemplado desde la averiguación previa y hasta la ejecución de la sentencia, pasando por la primera y segunda instancias. Para garantizar el otorgamiento del servicio se estableció el sistema de adscripción de los defensores públicos a un órgano ministerial o jurisdiccional, así como su ubicación *in situ*.

En el nuevo sistema, los defensores públicos están adscritos a los Centros de Justicia Penal Federal, pero siguen presentes en las unidades del Ministerio Público de la Federación y órganos jurisdiccionales del sistema tradicional hasta en tanto éste concluya. La Ley Federal de Defensoría Pública sufrió modificaciones⁸ en los artículos 11 y 12, determinando que el servicio de defensoría en materia penal comprende ambos sistemas y en tal sentido el artículo 4, fracción I, en lo conducente dispone ...*desde*

⁷ El texto actual con la reforma de 2011 es: *La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.*

⁸ Diario Oficial de la Federación del 17 de junio de 2016.

la averiguación previa o investigación hasta la ejecución de las penas, medidas u otra consecuencia, hasta la extinción de éstas.

A la par de la transformación del sistema de enjuiciamiento, el servicio de defensa penal ha sufrido variaciones sustanciales; por ese motivo los defensores públicos en su carácter de “operadores en el sistema” han tenido capacitación previa.

Cabe destacar que la defensa penal se otorga en todas las ciudades y poblaciones en las que exista un Juzgado de Distrito o Tribunal Unitario que conozca de proceso penal, un Centro de Justicia Penal Federal o una unidad de averiguación o investigación del Ministerio Público de la Federación.

VII. Defensa penal de personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas

Uno de los temas de relevancia es la atención de personas indígenas que se ven involucradas en procedimientos penales por delitos de orden federal.

El 14 de agosto de 2001 fue reformado el artículo 2º constitucional y se estableció que: *Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura* (Apartado A, fracción VIII).

Esto permeó, en un primer momento, en el Código Federal de Procedimientos Penales con el artículo 124 bis y en la actualidad en el Código Nacional de Procedimientos Penales, principalmente, en el artículo 113, fracción XII.⁹

⁹ Artículo 124 Bis.- ... Tratándose de personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, tanto el defensor como el intérprete correspondiente deberán tener pleno conocimiento de su lengua y cultura.

Artículo 113. Derechos del Imputado. El imputado tendrá los siguientes derechos: ... XII. A ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en

Respecto de este derecho de las personas indígenas, y el correspondiente deber a cargo del Estado, en la práctica se dan las circunstancias que, según datos del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas,¹⁰ en nuestro país existen 68 lenguas indígenas y 364 variantes, y que en ocasiones entre personas que tienen una misma lengua (por su nombre) la variación no permite intercomprensión.

La Defensoría Pública creó un cuerpo de atención a personas indígenas que a la fecha está conformado por 25 defensores públicos y 21 oficiales administrativos quienes en su conjunto abarcan 34 lenguas y variantes. Desde luego que comparada esta cifra con la del número total de lenguas y variantes, da la impresión que la cobertura es limitada.

No obstante, las lenguas y variantes que se tienen cubiertas permiten dar atención a la mayor parte de los casos penales en que se ven involucradas personas indígenas. Ellas son: amuzgo, chinanteco, ch’ol, chontal, cora, huichol, huichol wixárika, maya, mayo kaita, mazateco, mixe bajo, mixteco alto, mixteco bajo, mixteco del suroeste o de la sierra sur, mixteco oaxaqueño, mixteco de la costa de Oaxaca, náhuatl, otomí, purépecha, rarámuri, tenek, tenek de la Huasteca, tepehuano, tlapaneco de Tlacoapa, totonaco, triqui, tseltal, tsotsil, yaqui, zapoteco del Istmo, zapoteco de Valles, zapoteco de Valles norte, zapoteco del Teotitlán y zoque.

Los pueblos y comunidades indígenas están perfectamente ubicados geográficamente, pero la movilidad de sus miembros por el territorio nacional presenta el reto

el caso de que no comprenda o hable el idioma español; cuando el imputado perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el Defensor deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete de la cultura y lengua de que se trate.

¹⁰ Catálogo de Lenguas Indígenas Nacionales. INALI. 1ª. Reimpresión. México, 2010.

de atenderlos. Para cubrir el servicio, la Defensoría Pública ubica a sus defensores atendiendo primordialmente a la zona originaria de la lengua (v.gr. mixteco y zapoteco en Oaxaca), pero quienes integran el cuerpo de atención correspondiente se trasladan a cualquier parte de la República en que los servicios de defensa pública sean requeridos y lo hacen tantas veces sea necesario. En muchos de los casos la defensa pública corre a cargo del defensor público adscrito al órgano jurisdiccional o centro de justicia asociado con el defensor u oficial administrativo que conozca la lengua.

VIII. Servicio de asesoría jurídica

Este importante servicio de asistencia jurídica gratuita fue instituido en el artículo 4, fracción II, de la Ley: *Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de: ... II. Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones.* La ley no señala textualmente las materias en que se otorga el servicio, pero por vía de exclusión y por ámbito se pueden determinar cuáles son: materias que no atiendan otras instituciones (gubernamentales) y que sean del fuero federal. En el artículo 29 de las Bases Generales se enumeran algunas de las materias: administrativa, fiscal, civil, derivada de causas penales federales, y en cualquier materia en el juicio de amparo en que se requiera la designación de un representante especial. El artículo 15 de la ley destaca que la asesoría jurídica queda establecida para personas pertenecientes a grupos vulnerables.

En las Bases Generales se establece que el servicio de asesoría jurídica tiene tres modalidades: orientación, asesoría y representación.¹¹

¹¹ ARTÍCULO 31.- La prestación de este servicio comprende las modalidades siguientes:

Es interesante comentar lo relacionado con la modalidad de orientación. El artículo 31, fracción I, de las Bases Generales en lo conducente dispone: *Cuando el asunto planteado no es de la competencia legal del Instituto, se orienta al solicitante en términos generales pero suficientes sobre la naturaleza y particularidades del problema, y se le canaliza mediante oficio fundado y motivado a la institución que a juicio del asesor deba proporcionarle atención jurídica gratuita...*

El INFORME EN MATERIA DE JUSTICIA COTIDIANA¹² que elaboró el Centro de Investigación y Docencia Económicas, por encomienda del Presidente de la República (16 de marzo de 2016), señala que es necesaria la generación de un mecanismo *...que permita que las personas en todo el país, puedan identificar sus derechos y obligaciones así como las vías para hacerlos valer.*

I. Orientación.- Cuando el asunto planteado no es de la competencia legal del Instituto, se orienta al solicitante en términos generales pero suficientes sobre la naturaleza y particularidades del problema, y se le canaliza mediante oficio fundado y motivado a la institución que a juicio del asesor deba proporcionarle atención jurídica gratuita, invocando, si fuere el caso, los convenios de colaboración que se hubieren suscrito;

II. Asesoría.- Se proporciona al solicitante respecto al problema planteado cuando, después de analizar las manifestaciones y documentos que aporte, se determina que el caso es de la competencia del Instituto pero no es viable la intervención legal y procesal por las causas específicas que se indiquen, lo que deberá asentarse en el dictamen técnico-jurídico correspondiente; y,

III. Representación.- Consiste en el patrocinio legal que se otorga a la persona que solicita la prestación del servicio, por ser destinatario del mismo conforme a lo dispuesto en la Ley y en estas Bases; en caso de duda deberá practicarse estudio socioeconómico, para determinar si cumple con los requisitos correspondientes. La actuación del asesor jurídico comprende todas las fases procedimentales o instancias judiciales que prevén las leyes respectivas, agotando los recursos legales previstos y la promoción del juicio de amparo si fuere necesario.

¹² <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/documentos/cide-sintesis-del-informe-y-de-las-recomendaciones-en-materia-de-justicia-cotidiana>

Cabe decir que el servicio de orientación permite a quienes lo reciben, llevar a cabo esa identificación y conocer las vías respectivas. En efecto, cualquier persona puede solicitar este tipo de servicio, sin importar la materia o fuero, y recibir por parte de un asesor jurídico una explicación legal asequible acerca del asunto que le inquieta y, si fuera procedente, cómo y ante quién promover lo que resulte procedente. Este servicio representa una aproximación a ese rubro de la “justicia cotidiana”.

IX. Otros servicios de asesoría jurídica

La ley no hace referencia a ellos, pero otros ordenamientos jurídicos los contemplan.

- Asesoría jurídica a víctimas de secuestro en el ámbito federal. La Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹³ en el artículo 32 dispone: *Las víctimas y ofendidos podrán contar con la asistencia gratuita de un asesor jurídico, que será designado por la autoridad competente, en términos de las disposiciones aplicables...* Y el NOVENO TRANSITORIO: *El Instituto Federal de Defensoría Pública del Poder Judicial de la Federación, en el ámbito de su competencia, establecerá las áreas especializadas en defensa de víctimas de secuestro, en los términos de lo dispuesto en la ley de la materia.*

El Instituto fue conformando a partir del año 2010 un cuerpo de asesores jurídicos para víctimas del delito de secuestro en el ámbito federal.

El 9 de enero de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Víctimas en la que se incluyó la figura del asesor jurídico para las personas que tuvieran esa calidad en todo tipo de delitos y, además, para el ámbito federal, la creación de una institución denominada *Asesoría Jurídica Federal* dependiente de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

En ese orden, el DÉCIMO TERCERO TRANSITORIO dispone: *Las funciones de la defensoría en materia de víctimas que le han sido asignadas a los Defensores Públicos Federales por la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, serán asumidas por la Asesoría Jurídica Federal a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.*

La situación de las víctimas representadas por los asesores jurídicos del Instituto Federal de Defensoría Pública se tornó confusa porque el PRIMERO TRANSITORIO del cuerpo legal en cita dispone: *La presente Ley entrará en vigor 30 días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación*, vigencia que dio inicio el 8 de febrero de 2013, pero a esa data no existía la *Asesoría Jurídica Federal* dependiente de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

La interpretación estrictamente gramatical o textual de los transitorios que se han citado nos llevaría a que a partir del 8 de febrero de 2013 la representación de las víctimas de secuestro habría de cesar por parte del Instituto Federal de Defensoría Pública. Pero, el efecto real necesariamente iba a ser el que esas personas no contarían con los servicios de asistencia jurídica gratuita hasta en tanto se erigiera la *Asesoría Jurídica Federal* y sus asesores jurídicos victimales asumieran la representación.

¹³ Diario Oficial de la Federación de 17 de junio de 2010.

Es así que con el afán de proteger y no dejar en indefensión a los ya representados así como a los que requirieran el servicio, la Junta Directiva del Instituto, haciendo una interpretación conforme a derechos humanos, estableció como política que se continuara otorgando el servicio mientras se asumieran las funciones por la institución especialmente creada para ello. Este año se continúa con la orientación, asesoría y representación de las víctimas de secuestro pero, en el futuro, la función quedará fuera del ámbito de la Defensoría Pública.

- Representación en juicio de amparo. En términos del artículo 8° de la Ley de Amparo, el órgano jurisdiccional que conozca del juicio tiene que designar a un representante especial para que intervenga en nombre de un menor de edad, persona con discapacidad o mayor sujeto a interdicción.

Si bien el precepto se refiere a la parte quejosa al indicar *...podrá pedir amparo*, en la práctica y dado que es una parte procesal, también se lleva a cabo la designación cuando se trata del tercero interesado tomando en cuenta que el artículo 10 dispone: *La representación del quejoso y del tercero interesado se acreditará en juicio en los términos previstos en esta Ley.*

El artículo 29, fracción V, de las Bases Generales del Instituto señala que el servicio de asesoría jurídica se presta: *En todas las materias, tratándose de juicios de amparo en que los titulares de los órganos jurisdiccionales requieran la designación de un representante especial para un menor o adulto que tenga limitada la capacidad de representarse por sí mismo.*

Ante el requerimiento de un Juez de Distrito para la designación de un representante especial, el Instituto en lo general designa a un asesor jurídico; sin embargo, lo puede ser también un defensor público si el fondo del

asunto que se tramita tuviera un trasfondo netamente penal dado que es la especialidad de éste.¹⁴ En realidad lo que debe interesar a los órganos jurisdiccionales en materia de amparo, es que el menor o la persona que no puede o no está en condiciones de representarse a sí misma reciba de la Defensoría Pública la designación de un letrado en leyes que de acuerdo a su materia o especialidad haga valer adecuadamente sus derechos.

- La Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁵ dispone en el artículo 26, párrafo tercero: *El demandado o los terceros que lo requieran deberán ser asesorados y representados por asesores jurídicos del Instituto Federal de Defensoría Pública en los términos que establezca la Ley Federal de Defensoría Pública.* Asimismo, el numeral 27 señala: *Cuando no comparezca el demandado o el afectado, el Juez le designará un defensor quien en su ausencia realizará todas las diligencias para garantizar la audiencia y el debido proceso. Cuando comparezcan la víctima u ofendido, en caso de requerirlo, tendrán derecho a que se le garantice defensa adecuada.* Acorde con ello y por tratarse de una acción de carácter real, los asesores jurídicos intervienen en los asuntos en que son requeridos.

- Si bien la Ley de Migración¹⁶ no hace referencia directa a los defensores públicos, asesores jurídicos o al Instituto, el artículo 70 dispone: *Todo migrante tiene derecho a ser asistido o representado legalmente por la persona que designe durante el procedimiento*

¹⁴ El artículo 4 de la Ley Federal de Defensoría Pública claramente señala el marco de actuación de unos y otros: *I. Defensores públicos, en los asuntos de orden penal federal..., II. Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal...*

¹⁵ Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2009.

¹⁶ Diario Oficial de la Federación de 25 de mayo de 2011.

administrativo migratorio.¹⁷ Los migrantes en lo general pertenecen a un grupo vulnerable por no contar con los medios para obtener y cubrir el costo de la asistencia legal particular. El Instituto a través de sus asesores jurídicos otorga gratuitamente esos servicios a las personas de otras naciones para que regularicen su situación migratoria. Recientemente se asignaron asesores jurídicos en las regiones en que el problema migratorio se presenta con mayor frecuencia, con independencia de que la asistencia jurídica se otorga en cualquier parte de la República.

X. A manera de conclusión

Hemos dado un vistazo general a lo que es el Instituto Federal de Defensoría Pública, a las actividades que desarrollan sus defensores públicos y asesores jurídicos, así como a los servicios especializados que se brindan.

El nuevo sistema de justicia penal dentro del Poder Judicial de la Federación concluyó su implementación el día 14 de junio de 2016 y a partir de esta fecha se encuentra en etapa de consolidación. En esa etapa, el procedimiento penal acusatorio gradualmente irá dominando ante el procedimiento tradicional, y las prácticas jurisdiccionales se irán perfeccionando a la par de la actuación de sus operadores.

Los defensores públicos gradualmente irán migrando al sistema acusatorio y desarrollarán sus funciones en los Centros de Justicia Penal Federal o ante unidades investigadoras del Ministerio Público de la Federación, y próximamente en el sistema de justicia para adolescentes.

¹⁷ Adicionalmente el artículo 109 dispone: *Todo presentado (en estaciones migratorias y estancias provisionales), en su caso, tendrá los siguientes derechos desde su ingreso a la estación migratoria: ... V. Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio.*

Su labor exige un profundo conocimiento de la técnica de las leyes penales y de las reglas propias del procedimiento adversarial, habilidad para descubrir y obtener elementos probatorios,¹⁸ destreza en sus planteamientos y perfección en el actuar procesal.

Una capacitación especializada es necesaria en todos los operadores del nuevo sistema, entre ellos los defensores públicos.¹⁹ La adquisición de más conocimientos y el desarrollo de las habilidades propias del nuevo sistema, se lleva a cabo a través del Instituto de la Judicatura Federal, además del Programa Anual de Capacitación de la propia *Defensoría Pública* que incluye las actividades que en la materia realizan sus Delegaciones, al margen de las maestrías, diplomados, cursos, talleres y conferencias que por su cuenta toman los defensores públicos. La práctica es un instrumento invaluable, por lo que, con independencia de los defensores públicos que están directamente adscritos en los Centros de Justicia Penal Federal, se habilita a defensores que lo están en el sistema tradicional para que, en la medida en que sus funciones lo permitan, actúen en el nuevo sistema.

Acorde con la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes²⁰ en concordancia con el artículo 4, fracción I, de la Ley Federal de Defensoría Pública, a los defensores públicos les corresponderá

¹⁸ El Consejo de la Judicatura Federal ha implementado acciones para que el Instituto cuente con un cuerpo de peritos en las disciplinas más requeridas, además de que en los asuntos en que la pericia es fundamental se puede autorizar el pago a peritos particulares.

¹⁹ “En lo concerniente a los defensores públicos y atendiendo a su readscripción, como línea de acción para operar en el NSJP, se ha coordinado su capacitación junto con la de aspirantes a jueces para estar en condiciones de adscribir un defensor por cada juez especializado en funciones jurisdiccionales”. *Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en el Poder Judicial de la Federación*. Junio de 2016.

²⁰ Diario Oficial de la Federación de 16 de junio de 2016.

el patrocinio gratuito de menores de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho a los que se les atribuya la comisión de una conducta calificada como delito en el ámbito federal, por lo que actualmente se capacitan en la Escuela Judicial.

El Instituto Federal de Defensoría Pública a casi cuatro lustros de su creación ha venido cumpliendo con la misión de proteger legalmente a personas en condición de vulnerabilidad, contribuyendo a superar desigualdades sociales, preservar los derechos humanos, consolidar el Estado de derecho y la garantía de acceso a la justicia, mediante los servicios de defensa penal y de asesoría jurídica. Asimismo, se ha elaborado un plan de difusión a efecto de que un mayor número de personas tengan noticia de la institución, se acerquen a ella y reciban los servicios que otorga.

Finalmente, no debe pasar por alto la mención de que el Instituto, además de su misión de servicio, se ha convertido en una valiosa vía para que los estudiantes de derecho puedan llevar a cabo su servicio social²¹ o su práctica profesional²² asociados con un defensor público o un asesor jurídico quienes, a manera de verdaderos tutores, les enseñan cómo se ejerce el derecho y les transmiten conocimientos teóricos para complementar los adquiridos en las aulas, combinando capacidad, esfuerzo y recursos.

El acceso a la justicia es un derecho fundamental y condición indispensable para la realización de todos los demás derechos humanos. El quehacer cotidiano y

persistente de la defensoría pública es uno de los factores clave para el aseguramiento y universalización de este derecho, y especialmente, tratándose de personas en condición de vulnerabilidad, porque el derecho de acceso a la justicia debe resguardarse y garantizarse en mayor medida por la especial situación en que se encuentran.

El derecho de defensa es un derecho humano reconocido internacionalmente, y una garantía básica de la propia noción de *debido proceso*. Como derecho fundamental, el de defensa es una garantía inherente a todo Estado de derecho, y condición básica de legitimidad y validez del proceso penal en todas sus fases. Por su parte, el derecho a la asistencia jurídica, también debe garantizarse a todas las personas, sin excepción; sin ningún tipo de discriminación.

Concluyo ratificando mi reconocimiento al Instituto Federal de Defensoría Pública, que se ha consolidado como un órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, a cargo de garantizar el derecho a la defensa pública en materia penal, y el acceso a la justicia en general mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en las materias administrativa, fiscal, civil y derivadas de causas penales federales, esto desde luego, en un entorno de gratuidad, contribuyendo a superar desigualdades sociales y a consolidar el Estado de derecho.

²¹ Actualmente tiene celebrados más de 100 convenios con universidades y escuelas de derecho en todas las entidades federativas.

²² El Instituto celebró un Convenio con la Facultad de Derecho de la UNAM, para que los alumnos pudieran obtener su título profesional mediante una práctica profesional.

La interconexión del Poder Judicial con otras autoridades

*Jorge Antonio Cruz Ramos**

La expedición de la nueva Ley de Amparo en el año 2013 supuso una evolución en el Poder Judicial de la Federación en torno a la forma en que se da trámite a los juicios de amparo, en donde se incorporó la modalidad electrónica, la cual le da a las partes la posibilidad de promover, consultar y ser notificadas por dicha vía, además de la obligatoriedad de la conformación del expediente electrónico.

El artículo 3 de la Ley de Amparo menciona que:

La Firma Electrónica es el medio de ingreso al sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación y producirá los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, como opción para enviar y recibir promociones, documentos, comunicaciones y notificaciones oficiales, así como consultar acuerdos, resoluciones y sentencias relacionadas con los asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales.

Para reglamentar la modalidad electrónica del juicio de amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal emitieron, de manera conjunta, el acuerdo 1/2015 en el que se establece que el medio de acceso para las partes al juicio de amparo en línea será el “Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación”, el cual entró en funcionamiento el día 4 de enero del año 2016 y que, en conjunto con

* Consejero de la Judicatura Federal.

la Firma Electrónica del Poder Judicial de la Federación (FIREL), ha permitido a los ciudadanos presentar un total de 48,266 demandas de amparo indirecto, por vía electrónica al día 1 de febrero de 2016.

Sin embargo, éste no ha sido el primer acercamiento del Poder Judicial de la Federación a la impartición de justicia por medios electrónicos, ya que en el año 2007, cuando casi 2 millones de quejosos presentaron sus demandas de amparo en contra del régimen de pensiones previsto en la nueva Ley del ISSSTE, el Consejo de la Judicatura Federal optó por establecer un vínculo electrónico con las autoridades responsables, cuando por medio de la Firma Electrónica de Seguimiento de Expedientes (FESE) y el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE) se realizaba el envío de notificaciones y promociones, todos por vía electrónica, agilizando así el trámite del juicio de amparo y garantizando una impartición de justicia pronta y expedita para los quejosos.

Del mismo modo, en el año 2009 el Consejo de la Judicatura Federal implementó la Ventana Electrónica de Trámite (VET), la cual permite a la Procuraduría General de la República enviar a los Juzgados Federales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones y actualmente también a los Juzgados de Distrito Especializados en Medidas Cautelares y Control de Técnicas de Investigación, solicitudes para que ordenen alguno de los actos de investigación mencionados de manera segura e instantánea, reduciendo de manera significativa el tiempo de respuesta por parte de los órganos jurisdiccionales especializados del Poder Judicial de la Federación y facilitando así el cumplimiento de sus funciones.

A pesar de todos los avances, el Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación requiere la

cooperación de otras entidades para poder ofrecer un servicio completo, ya que por sí mismo no puede recibir demandas de amparo directo, puesto que, como lo indica el artículo 176 de la Ley de Amparo, la demanda de amparo deberá presentarse por conducto de la autoridad responsable, lo cual en estos momentos no es accesible, debido a que el Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación sólo permite el envío de escritos, promociones y demandas a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación; en estos momentos para poder presentar un informe justificado, deben registrarse como lo haría un particular, sin embargo no dentro del mismo sistema, cuestión que se resolverá para, a través del mismo, realizar el envío de una demanda de amparo directo a las autoridades responsables.

Con el fin de complementar el Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación, el Consejo de la Judicatura Federal ha llevado a cabo un total de 38 convenios de colaboración e interconexión con diversas autoridades, locales y federales, así como con los Poderes Judiciales locales de 28 Estados de la República, a efecto de contar a futuro con un sistema unificado, el cual permita la presentación por vía electrónica de las mencionadas demandas de amparo directo, así como el envío a los Tribunales Colegiados de Circuito, por parte de las autoridades responsables, del informe justificado, la demanda de amparo, los autos del juicio de origen con sus anexos y la constancia de traslado a las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 178 de la Ley de Amparo.

Otro cambio radical en la impartición de justicia se dio con la reforma constitucional del año 2008, específicamente a la materia penal, en la que se ha instaurado el nuevo sistema penal acusatorio, en el que

sobresalen la modalidad oral en los procesos penales, la aplicación de métodos alternos de solución de controversias, la no existencia de la prueba preconcebida, la instauración de Jueces de control para la determinación de la vinculación a proceso del presunto responsable, de Jueces de proceso oral y de ejecución de sentencias.

En los 44 Centros de Justicia Penal Federal que operan en la actualidad, se cuenta con un sistema de interconexión con la Procuraduría General de la República, mediante la cual el Ministerio Público de la Federación hace el envío de solicitudes de audiencias, así como de promociones y, del mismo modo, recibe notificaciones de las determinaciones judiciales emitidas por el órgano jurisdiccional.

También se cuenta con una integración completa del expediente electrónico, abarcando en el mismo, tanto las determinaciones judiciales escritas como las tomadas por el Juez de control en audiencia, ya que por medio de un sistema de videgrabación digital, se crea un respaldo sistematizado de las audiencias, las cuales se integran, junto con las versiones escritas, a un módulo de consulta digital facilitando así la organización de dichos expedientes.

En cuanto a los mencionados métodos alternos de resolución de controversias, el artículo 183 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que:

...

Para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado, dicho registro deberá ser consultado por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de solicitar y

conceder, respectivamente, alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso.

Para dar cumplimiento al artículo antes mencionado, se trabaja en generar bases de datos que permitan al juzgador determinar si es posible otorgar el beneficio de un método alternativo de solución de controversias.

Lo anterior permitirá también dar cumplimiento a lo establecido por el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 184, que señala que existen 2 formas de solución alterna al procedimiento, siendo estas el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso. Sobre esto los artículos 187, 192 y 200 señalan respectivamente:

Artículo 187. ...No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, tampoco procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas....

Artículo 192. Procedencia

La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:

I...

II...

III. Que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior, en su caso. Lo señalado en la fracción III del presente artículo, no procederá cuando el imputado haya sido absuelto en dicho procedimiento.

Artículo 200. Previo al comienzo de la audiencia de suspensión condicional del proceso, el Ministerio Público deberá consultar en los registros respectivos si el imputado en forma previa fue parte de algún mecanismo de solución alterna o suscribió acuerdos reparatorios, debiendo incorporar en los registros de investigación el resultado de la consulta e informar en la audiencia de los mismos.

Con la base de datos mencionada en párrafos precedentes, será factible dar plena vigencia a la figura de la solución alterna de conflictos.

De lo anteriormente mencionado, se puede concluir que la rápida evolución de la tecnología y los medios electrónicos ha impactado en cada aspecto de la vida cotidiana y la impartición de justicia no es la excepción. El Poder Judicial de la Federación ha encontrado en los servicios informáticos la posibilidad de acercar y facilitar a los ciudadanos el acceso a la impartición de justicia, así como de abatir costos a los ciudadanos evitando, en la medida de lo posible, traslados a los lugares en que se imparte, y está comprometido para lograr ese objetivo.

Principio de publicidad en materia de transparencia y de proceso penal acusatorio

*Martha María del Carmen Hernández Álvarez**

RESUMEN: En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se impone la obligación de respetar el principio de publicidad en materia de proceso penal acusatorio y el de máxima publicidad que corresponde a la materia de transparencia. A pesar de que ambos principios tienen como fundamento la legitimación de la actuación del Estado, se aplican de manera distinta y con efectos diversos, según su naturaleza jurídica. Así, cada uno cuenta con un régimen de excepciones a su aplicación distintos entre sí, además de que la temporalidad para su respectiva aplicación difiere una de otra, de este modo una es instantánea, y la otra es permanente.

La publicidad es un principio que ha acompañado el devenir de la democracia a partir del surgimiento de los Estados modernos constitucionales¹ en el mundo occidental. Autores

* Consejera de la Judicatura Federal.

¹ Puede sostenerse que los Estados constitucionales modernos son aquéllos que surgen del constitucionalismo moderno, cuyos orígenes datan de las Revoluciones Francesa y Norteamericana, a finales del siglo XVIII. Es de sobra conocido que en las Ciudades Estado de Grecia, ya existían constituciones; Aristóteles se propuso escribir la primera Constitución de Atenas. Por otra parte, los Estados modernos nacen junto con la concepción primigenia de soberanía, de la cual da cuenta Jean Bodin, en *Los seis libros de la República* en 1576.

como Immanuel Kant suponían a éste, un principio que brindaba legitimidad al Estado y a su actuación. En la actualidad, son múltiples las Constituciones que contemplan este principio, incluso, como un derecho humano; además, se le considera un pilar esencial del orden político-jurídico, y en algunos Estados, como un elemento que sustenta su democracia. El caso de México es un ejemplo claro.

La finalidad de este breve estudio es exponer dos perspectivas de un principio que en origen aparece como único e indivisible, dentro del orden jurídico mexicano. Éste será analizado desde una breve concepción teórica, para después examinar el texto constitucional donde se encuentra reconocido. Posteriormente, analizar su aplicación en materia de transparencia, y otra muy distinta, su observancia dentro del proceso penal acusatorio; así se podrán apreciar dos caras diferentes de un solo principio que parecería aplicable bajo las mismas circunstancias y con efectos idénticos.

El principio de publicidad es una institución jurídica añeja y tiene su antecedente en la incipiente formación de los Estados constitucionales modernos. Una referencia relevante es la que hace Immanuel Kant en *Hacia la paz perpetua*, escrita en 1795:

Si hago abstracción, como acostumbran a pensar los juristas, de toda la materia del derecho público (de las diferentes relaciones empíricamente dadas de los hombres en el Estado o entre Estados), aún me queda la forma de la publicidad, cuya posibilidad está contenida en toda pretensión jurídica, ya que sin ella no habría justicia (que sólo puede ser pensada como públicamente manifiesta) ni habría tampoco derecho, que sólo se otorga desde la justicia.

Toda pretensión jurídica debe poseer esta capacidad de ser hecha pública y la publicidad puede, por

ello, suministrar un criterio a priori de la razón, de fácil utilización, para conocer inmediatamente, como por un experimento de la razón pura, la falsedad (antijuricidad) de la pretensión en el caso de que no se le dé publicidad...²

Aquí se pueden percibir tres elementos relevantes en la cita del filósofo alemán:

1. El derecho público regula las diferentes relaciones de los hombres en el Estado y entre Estados; éstas son leyes empíricas y sensibles, contrario a las naturales.
2. La publicidad es percibida a través de su forma, y debe estar contenida en una pretensión jurídica; la publicidad hace viable que exista el derecho, como herramienta posible para conseguir la justicia.
3. Toda pretensión jurídica que no tiene capacidad de ser pública, genera de forma *a priori* en la ciudadanía, un supuesto de falsedad.

Lo anterior resulta de mucha relevancia dentro del tema que se trata en el presente estudio. Una razón es porque se obtiene un primer acercamiento de lo que era el derecho público a finales del siglo XVIII, que es en él donde inicia la existencia primordial del concepto *publicidad*. Otra, porque a decir de Kant no puede existir justicia si en las relaciones jurídicas de los hombres con el Estado y entre ellos, no existe publicidad de sus respectivas pretensiones. Es preciso entender la *pretensión* en un sentido amplio, como aquella intención que materializa su actuación y que genera efectos jurídicos; en ese sentido, el Estado también es susceptible de manifestar una intención, no sólo los particulares.

² Kant, E.: *Hacia...* cit., p. 343.

Una más, la publicidad de las actuaciones de los hombres y del Estado evita, *a priori*, generar convicción de falsedad ante la ciudadanía. Por tanto, la publicidad es una condición, no de veracidad de los actos jurídicos, sino un presupuesto para no considerar un fenómeno jurídico como ilegal. Esto puede entenderse como la legitimación del Estado, ya que, hipotéticamente, no existe en él una actuación que se halle fuera de las prerrogativas que los ordenamientos positivos y vigentes le conceden. De esta forma Kant inserta abstractamente el principio de publicidad en su producción filosófica, escasamente política pero sobremanera fructífera.

La democracia, como objeto de estudio de la teoría política, tiene un pilar esencial en la publicidad de los actos de gobierno; de lo contrario, no podría existir una valoración de los gobernados respecto a la actuación oficial. No se podría, pues, aprobar o reprobar los procesos de la toma de decisiones. La publicidad supone una justificación ante la sociedad (o el *dêmos*) de las decisiones tomadas por los gobernantes. Contrario a ello, la invisibilidad de la manifestación del Estado, se puede pensar como una herramienta de ocultamiento de la actividad del gobierno.

Casi dos siglos después, Norberto Bobbio en *El futuro de la democracia*, escrito en 1984, evocaría el pensamiento kantiano: *es bien conocido que la democracia nació bajo la perspectiva de erradicar para siempre de la sociedad humana el poder invisible, para dar vida a un gobierno cuyas acciones deberían haber sido realizadas en público*.³ Para el filósofo italiano esto representa dos beneficios; el primero, que la sociedad conozca la intimidad del gobierno o de la cosa pública, es decir, acceder a lo que compete

a todos en una democracia, pues da la posibilidad de saber en qué se invierte el dinero público; segundo y más importante, controlar las acciones gubernamentales porque *la publicidad es en sí misma una forma de control, es un expediente que permite distinguir lo que es lícito de lo que es ilícito*.⁴ Con ello, en un Estado democrático se permite que la pluralidad de gobernados que integran el mismo, contribuyan con su juicio particular en el desarrollo del gobierno. Es así que, parafraseando a Platón, únicamente al gobierno tirano le está *permitido* hacer cosas escandalosas en público. Contrario, parece difícil que un gobierno que se estime democrático, ventile públicamente el empleo perverso del *pecunos* del Estado, o bien, se exhiba en una actuación oficial corrompida.

En el siglo XXI, muy pocos juristas o estudiosos de la teoría política cuestionarían que el principio de la publicidad, entre otros tantos elementos jurídicos, es un presupuesto para la existencia de un Estado que se califique como republicano, o bien, demócrata. En México, fue hasta el 20 de julio de 2007 que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se establece que *la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública*. A partir de este momento, se elevaba a grado constitucional la publicidad de los actos de gobierno dentro de sus tres niveles; su objetivo principal: implementar una política de transparencia que brinde la posibilidad de erradicar la opacidad en la actuación del Estado. Su finalidad fue superar la cultura en la que se consideraba a la información oficial como patrimonio exclusivo del gobierno. Pero esto no representó la primera reforma constitucional en materia de derecho de la información propiamente dicha.

³ Bobbio, N.: *El futuro...* cit., p.36.

⁴ *Ibidem*, p. 37.

El 12 de enero de 1977 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma al artículo 6° de la Constitución Política mexicana. Se agregó al catálogo de las entonces *Garantías Individuales*, el texto siguiente: *el derecho a la información será garantizado por el Estado*, literalidad que aún se conserva. Cabe decir, que esta reforma no garantizaba de *factum* la publicidad de los actos del Estado. Hubo necesidad de establecer, doctrinariamente, la gama de derechos que incluye el derecho a la información.

Hablar de derecho a la información es hablar de derechos humanos; no solamente porque se encuentran insertos en el catálogo de la parte dogmática de la Constitución Política que el Estado mexicano ha reconocido, sino porque al hacer un ejercicio racional, aquel derecho como los otros, tienen sus raíces en el iusnaturalismo. Los derechos humanos se pueden concebir como aquellas libertades, facultades, instituciones relativas a bienes primarios o básicos pertenecientes a toda persona por el simple hecho de su condición humana para la garantía de una vida digna, incluso previo a la conformación del propio Estado; esta misma posición iusnaturalista, los califica como atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos.

*También se puede decir, que los derechos humanos designan el hecho de que existen bienes y prerrogativas que corresponden al ser humano por el simple hecho de serlo, en cualquier tiempo y lugar; que estos bienes y prerrogativas se traducen en derechos inalienables, universales, que muestran y protegen el halo de dignidad que acompaña a todos los individuos de la especie humana.*⁵

⁵ Ramírez García, H. S. y Pallares Yabur, P.: *Derechos...* cit., p. 30.

Estas características desde luego provienen del derecho natural. Es decir, los derechos humanos son, pues, derecho natural.

Así, resulta que el derecho a la información, como parte de los derechos humanos, no tiene un origen incierto sino que nace como *reacción a los regímenes totalitarios, que privilegiaban la información oficial, en los cuales los receptores no tenían la opción de contrastar las noticias o informaciones gubernamentales en otros medios de difusión.*⁶

Pero aquella reforma constitucional de 1977, tiene un antecedente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre 1948, cuyo artículo 19 inserta por primera vez de manera *formal* el derecho a la información; así, se puede leer lo siguiente: *Todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión y de opinión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*

Años más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual en su artículo 19.2, a la letra prevé: *toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

Por lo anterior, Jorge Carpizo⁷ sostiene que el derecho a la información, *lato sensu*, es una garantía fundamental que toda persona posee para allegarse información,

⁶ Martí Capitanachi, L. C.: *Democracia...* cit., p. 98.

⁷ Carpizo, J. y Villanueva, E.: *El derecho...* cit., pp. 71-102.

a informar y ser informado. Entonces, del derecho fundamental a la información, se desprenden tres *sub* derechos o vertientes: primero, derecho para allegarse información; segundo, derecho de informar y, por último, derecho a ser informado:

- a). El derecho de allegarse información implica que cualquier persona acuda a los archivos, registros, documentos públicos etc., para tener acceso a ellos, cualquiera que sea su intención, siempre que éstos no contengan algún tipo de clasificación, sea reservada o bien, confidencial.
- b). El derecho de informar, es lo que se traduce como derecho o libertad de expresión, de escritura o de imprenta; esta vertiente del derecho a la información, en México, se encuentra reconocida en el artículo 6° de la Constitución Política.
- c). El derecho a ser informado incluye la posibilidad de que la sociedad o la opinión pública reciba información objetiva y oportuna, sobre la actuación de su gobierno sin que medie solicitud alguna;⁸ esto es lo que tiene a bien llamarse transparencia.

De esta manera el Estado, los Poderes de la Unión, y todos los órganos dependientes del gobierno, se hallan compelidos a respetar las tres vertientes del derecho a la información.

En ese tenor, el derecho a la información, en sentido amplio, es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado, los medios y la sociedad. Por otro lado, en sentido estricto, el derecho a la información sería la oportunidad de examinar datos, registros, documentos, archivos que se encuentren en

posesión de las autoridades considerados en esta materia, como sujetos obligados en razón del interés público. Debido a esto último, se ha empleado el concepto derecho de acceso a la información pública a lo que se designa como derecho a la información en *stricto sensu*, y que comprendería distintas normas jurídicas que hacen posible que el ciudadano revise, de mejor manera, los registros y archivos en posesión del Estado: es la petición del desocultamiento de la actuación del gobierno.

Grosso modo, se han comentado las tres vertientes del derecho a la información; únicamente resta abundar sobre el concepto *transparencia*, que está más familiarizada con la conciencia social. *La inserción de la transparencia en el derecho, deviene de otra antigua institución jurídica que hoy se invoca como patente de un sistema democrático, la del principio de publicidad del Estado.*⁹ Al llegar a este punto, se redondea a plenitud el sentido que tiene el concepto *publicidad* en el derecho a la información, como consolidación de la democracia en un Estado. La palabra *transparencia* metafóricamente lleva a pensar sobre una actuación *visible* del Estado.

La transparencia, en palabras de Gustavo Emmerich, es *el acceso ciudadano oportuno, suficiente y garantizado a información relativa al desempeño de las funciones públicas. Además, es posible distinguir dos modalidades de transparencia: activa y pasiva.*¹⁰ La transparencia activa, según Alejandro Ferreiro Yazigi, consiste en una obligación impuesta a los órganos del Estado para que, definida cierta periodicidad legalmente, publiquen toda la información que se requiera para someterse a la crítica y evaluación de la sociedad. La segunda, la transparencia pasiva, es lo que se denomina como una de las vertientes

⁸ Cfr. Caballero Juárez, J., Díaz, V. y Villanueva, E.: *Derecho...* cit., p. 8.

⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰ Emmerich, G. E.: "Transparencia..." cit., p. 80.

del derecho a la información respecto al derecho de ser informado; para ello, en México existe un procedimiento perfectamente establecido para atender las peticiones de los interesados en obtener cierta información.

Con el fin de darle contexto jurídico a lo *público* de la información acerca de la actividad del Estado, es preciso referirse al concepto *transparencia*, según lo que Ferreiro señala como transparencia activa. Así pues, la transparencia puede concebirse como la garantía de un derecho subjetivo;¹¹ es una garantía normativa e institucional dado que la ley impone la periodicidad con que debe publicarse, y asimismo, cuáles clases o tipos de información deben ponerse a disposición, *ex officio*, de la opinión pública.

La noción de transparencia como garantía presupone el principio de publicidad; aquella radica en que las decisiones gubernamentales, administrativas, legislativas y judiciales deberán estar al alcance del público en general, cumpliendo con los requisitos de claridad, accesibilidad y veracidad. De esta manera, la actuación gubernamental estará sujeta a escrutinio y evaluación de la aplicación de los recursos públicos, a la honestidad y responsabilidad de las instituciones y de los servidores públicos. La transparencia de la función pública tiene sus raíces en la concepción de un gobierno netamente democrático, y compete a los ciudadanos exigir que el gobierno sea transparente.

La naturaleza del derecho a la información, en sus tres vertientes, e incluyendo también la transparencia como garantía, se trata de un derecho fundamental para la democracia, el cual, independientemente de ser un derecho subjetivo público individual, es un derecho

institucional que se sustenta en la opinión pública, como alguna vez señaló Peter Häberle.

Como se dijo líneas arriba, la transparencia y, consecuentemente, la publicidad, representan pilares esenciales en la construcción de la democracia. Por esa razón, no solamente se puede encasillar a la democracia como el resultado de un proceso electoral, sino como un todo sistemático en el que el Estado de derecho juega un papel predominante.

En México, el artículo 8°, fracción VI, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, ha señalado lo que implica el principio de máxima publicidad, también consagrado en la Constitución Política vigente: *toda la información en posesión de los sujetos obligados será pública, completa, oportuna y accesible, sujeta a un claro régimen de excepciones que deberán estar definidas y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática*. Este principio de máxima publicidad en materia de transparencia, contiene ciertos aspectos definidos; entre ellos se cuentan el establecimiento del derecho de acceso a la información como regla general, junto a ello se puede precisar un régimen claro de excepciones; la preeminencia del derecho a la información en caso de conflictos de normas o de falta de regulación; necesidad de instituir registros públicos que de manera sistemática y permanente traten la información pública; y, por último, una situación a la que le reviste el mayor sentido proactivo: el deber de los funcionarios del gobierno, depositarios de información pública, de actuar de buena fe y de aplicar estrictamente la normatividad en materia de transparencia.

Parece que no habría objeciones en que la publicidad y transparencia son necesarias para la consolidación de un Estado democrático y republicano, que como bien se

¹¹ Caballero Juárez, J.; Díaz, V. y Villanueva, E.: *op cit.*, p. 13.

sabe, en la mayoría de los países de occidente, divide el ejercicio del Supremo Poder en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En el caso de este último, que tiene encomendada constitucionalmente la actividad jurisdiccional como la función formal, la obligatoriedad de la transparencia le reviste un problema relevante.

Montesquieu, uno de los precursores del constitucionalismo moderno, afirmó que el Poder Judicial *castiga los delitos o juzga diferencias entre particulares*.¹² Esto puede considerarse como *cierto* en términos muy generales. Lo importante aquí, es admitir que la actividad formal del Poder Judicial es la administración de justicia, cuyas obligaciones en materia de transparencia presentan cierta complejidad. La información que tiene el Estado, a través del Poder Judicial, no sólo corresponde estrictamente a la actividad realizada por los órganos jurisdiccionales, sino también, existe información que concierne propiamente a los particulares, la cual es obtenida mediante procedimiento judicial, por requerimientos a otras autoridades o particulares, etc.

Como se mencionó arriba, Montesquieu, señaló que al Poder Judicial le correspondía *castigar los delitos*, y para ello fue preciso legislar específicamente en materia de derecho penal y procesal penal. Los procesos jurisdiccionales penales, a su vez, deben respetar ciertos principios, los cuales son impuestos por la normatividad aplicable, desde la Constitución general de un país hasta las leyes adjetivas; uno de esos principios, en la actualidad, resulta ser el de publicidad.

El artículo 20, de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, dispuso las garantías del acusado en todo juicio criminal; en él aún no se

contempla la publicidad de las audiencias o del proceso. Es hasta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que, curiosamente en el mismo artículo 20, se establece la publicidad de determinadas actuaciones, y cuyo texto original es el siguiente:

Artículo 20. En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

...

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la 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.

...

VI. 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...

Así, en el sistema inquisitivo establecido en la Constitución de 1917 para dirimir una controversia de orden criminal ya se inserta el concepto *publicidad*; pero también el artículo 86 del Código Federal de Procedimientos Penales, hasta su abrogación, previó que las audiencias debían ser públicas y en ellas el inculcado podría defenderse por sí mismo o por su defensor. De este modo, la publicidad ya era una característica en los juicios criminales desde 1917, y ahora también, en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio.

Antes de la reforma constitucional en la que se incluye el modo acusatorio y oral en el proceso penal como ahora se conoce, parte de la transición en la reestructuración del

¹² Montesquieu: *Del espíritu...* cit., p. 169.

sistema oral la asumieron las entidades federativas, pues en ejercicio de su autonomía para legislar en materia de proceso penal, insertaron en sus códigos el procedimiento oral penal; debido a eso, por ejemplo, este modelo de procedimiento se incorporó al Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León el 28 de julio de 2004:

*Así mismo, el 15 de junio y el 08 de septiembre de 2006, se publicaron, en los Estados de Chihuahua y Oaxaca, respectivamente, un nuevo Código Procesal Penal, en los cuales, el proceso penal de cada uno de los estados mencionados, se estructura sobre la base de los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración.*¹³

En 2003, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos elaboró un informe intitulado *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*; en él se señalaba la necesidad de adoptar un modelo de sistema penal acusatorio, el cual *implica el establecimiento de juicios orales, públicos, concentrados y adversariales*.¹⁴ Ésta fue una de las razones por las cuales el 29 de marzo de 2004, el Presidente de la República, Vicente Fox, presentó un proyecto de reforma constitucional en la que se insertó en el sistema de justicia penal, un modelo acusatorio, adversarial y oral.

El 18 de junio de 2008 se publica el Decreto que reforma los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

¹³ Pastrana Berdejo, J.D. y Benavente Chorres, H.: *Implementación...* cit., p. 229.

¹⁴ *Diagnóstico sobre la Situación...* cit., p. 11.

en el Diario Oficial de la Federación. Por esta modificación integral a la Constitución se instauran las bases para regular el sistema procesal penal acusatorio. El artículo 20 de este ordenamiento supremo, señala que el proceso penal será acusatorio y oral, y que además se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En ese sentido, el transitorio segundo de la reforma constitucional aludida, imponía a la Federación, los Estados y al entonces Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias y en un plazo de ocho años, *expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito*. Razón por la cual los Estados y el Distrito Federal expidieron nuevos códigos de procedimientos penales que adecuaban sus procedimientos al nuevo sistema penal acusatorio. Por breve tiempo los respectivos Poderes Judiciales de las entidades fundamentarían en ellos sus procesos penales. Cabe hacer mención que en todos los códigos adjetivos en materia penal promulgados, se preveía el principio de publicidad como uno de los ejes rectores del procedimiento.

El 5 de marzo de 2014, es publicado en el Diario Oficial de la Federación el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, cuyo artículo tercero transitorio establece la abrogación del *Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934, y los de las respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto*. Es así que el Código Nacional tendría aplicación en el ámbito federal así como el local. Al igual que los códigos adjetivos estatales, el Código Nacional

prevé en su artículo 5° el principio de publicidad, con la literalidad siguiente:

Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código.

Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo.

Como arriba se lee, también se define la regla principal conforme a la cual las audiencias dentro del sistema penal acusatorio deben ser públicas. Pero ¿cómo debe ser entendido este principio de publicidad en el nuevo sistema penal acusatorio?

Andrés María Lazcano y Mazón, jurista cubano citado por Jorge Bodes Torres, señala que *la publicidad del juicio oral consiste, en permitir la entrada para presenciar sus sesiones al público, es decir, de no hacerlo a ocultas o en secreto salvo los casos de excepciones determinadas por la misma ley.*¹⁵ Por otro lado, *el proceso penal será público cuando las actuaciones procesales más relevantes puedan ser presenciadas por terceros, no bastando con que a los actos procesales puedan acudir las partes, sus representantes y sus defensores.*¹⁶

Es decir, la publicidad de las audiencias implica por necesidad, un elemento de transparencia en la actuación de las autoridades que intervengan en el juicio: el juez, el fiscal, y según el caso, el defensor público. La transparencia del proceso forma parte esencial del Estado de derecho

en que la impartición de justicia resulta esencial. Otorga, pues, credibilidad, legitimación y también una formación ciudadana, respecto del criterio que sostienen los órganos que intervienen en el proceso penal ante la comisión de un hecho delictuoso. Bodes Torres afirma que la publicidad, hasta un cierto punto, hace coparticipes de la instrucción a los ciudadanos, pues al presenciar el juicio se encuentran en posibilidad de analizar la actuación gubernamental, con ello emitir una opinión e incluso, valorar las pruebas y, consecuentemente, cuestionar el fallo dictado por el juzgador.

De este modo el principio de publicidad en el proceso penal acusatorio, se agota en el momento que se permite la entrada de la ciudadanía para observar las audiencias procesales en el juicio; sin dejar de lado que también existen excepciones, las cuales también están contenidas específicamente en la legislación aplicable. Pues bien, la publicidad implica que se abran las puertas a la ciudadanía, es decir, al público, cuando se lleven a cabo las audiencias del proceso penal acusatorio.

Ahora bien, aparte de la celebración de las audiencias públicamente, este mismo Código Nacional establece que aquéllas deben de registrarse por cualquier medio tecnológico que tenga a su disposición el órgano jurisdiccional. Sin embargo, este registro de la audiencia no tiene como finalidad el cumplimiento del principio de publicidad en esta materia, como otrora podría pensarse.

El artículo 61, del Código Nacional de Procedimientos Penales claramente impone la obligación de asentar registro de las audiencias penales de tipo acusatorio y oral. Además, la propia ley aclara en un segundo párrafo:

La grabación o reproducción de imágenes o sonidos se considerará como parte de las actuaciones y registros y se conservarán en resguardo del Poder Judicial para

¹⁵ Bodes Torres, J.: *El juicio...* cit., p. 103.

¹⁶ Caballero Juárez, J. A. y Natarén Nandayapa, C. F.: *Los principios...* cit., p. 16.

efectos del conocimiento de otros órganos distintos que conozcan del mismo procedimiento y de las partes, garantizando siempre su conservación.

Del precepto señalado arriba, no se advierte específicamente cuál ha de ser el medio tecnológico que debe emplearse, dejando al órgano jurisdiccional la facultad de emplear el mecanismo que tenga a su disposición, según sus posibilidades. Pero, debe tenerse en cuenta, para el caso de que ese medio tecnológico sea grabación o reproducción de imágenes o sonidos, que éstos deben considerarse como parte de las actuaciones y registros, además deben conservarse en resguardo por el órgano jurisdiccional.

En el Acuerdo General Conjunto 1/2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los servicios tecnológicos relativos a la tramitación electrónica del juicio de amparo, las comunicaciones oficiales y los procesos de oralidad penal en los Centros de Justicia Penal Federal, el artículo 2, fracción VI, establece una definición de medios electrónicos: *la herramienta tecnológica relacionada con el procesamiento, impresión, despliegue, traslado, conservación y, en su caso, modificación de información*; en ella, se indica que un medio electrónico es una herramienta con descripción genérica, y no solamente se reduce a la grabación o reproducción de imágenes o sonidos. Además, fuera de esta definición contenida en un acuerdo, no existe un concepto legal de carácter federal o general sobre lo que debe entenderse por medio electrónico.¹⁷ Por otro lado, de

¹⁷ La Ley de Gobierno Digital del Estado de México y Municipios, publicada en la Gaceta del Gobierno, el 6 de enero de 2016, cuyo objeto principal es establecer la gobernabilidad de las tecnologías de la información, señala en su artículo 5, fracción XVII, que por medios electrónicos debe entenderse la tecnología que permita transmitir o almacenar datos e información, a través de computadoras, líneas telefónicas, microondas o cualquiera de otra naturaleza.

las jurisprudencias y tesis aisladas emitidas por órganos judiciales federales, únicamente se pueden obtener ciertos ejemplos de lo que se considera como medio electrónico; así, los medios de comunicación electrónica pueden entenderse como depósito en cuenta bancaria, tarjeta de débito,¹⁸ transferencias,¹⁹ red electrónica,²⁰ internet,²¹ scanner, cámara fotográfica, lectores láser,²² dirección electrónica,²³ red intranet del Poder Judicial de la Federación,²⁴ telégrafo, télex, telefax,²⁵ etc.

¹⁸ Jurisprudencia: Décima Época, Registro: 2006606, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a./J. 50/2014 (10a.), Página: 534.

¹⁹ Jurisprudencia: Décima Época, Registro: 2007566, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, octubre de 2014, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 83/2014 (10a.), Página: 878.

²⁰ Tesis Aislada: Décima Época, Registro: 2002716, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 2, Materia(s): Laboral, Tesis: XIX.1o.P.T.2 L (10a.), Página: 1327.

²¹ Tesis Aislada: Novena Época, Registro: 186637, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVI, julio de 2002, Materia(s): Administrativa, Tesis: II.3o.A.13 A, Página: 1270.

²² Tesis Aislada: Novena Época, Registro: 167640, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIX, marzo de 2009, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.725 C, Página: 2847.

²³ Tesis Aislada: Novena Época, Registro: 180608, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XX, septiembre de 2004, Materia(s): Administrativa, Tesis: VII.2o.C.5 A, Página: 1790.

²⁴ Jurisprudencia: Novena Época, Registro: 183053, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, octubre de 2003, Materia(s): Común, Tesis: XXI.3o. J/7, Página: 804.

²⁵ Tesis Aislada: Novena Época, Registro: 190520, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIII, enero de 2001, Materia(s): Civil, Tesis: I.5o.C.90 C, Página: 1699.

En el Poder Judicial de la Federación, y en la totalidad de las entidades federativas, se ha adoptado como medio de registro las videograbaciones de las audiencias, cuando éstas se instruyan dentro del proceso penal acusatorio, según lo dispuesto por el Código Nacional aplicable.

El Acuerdo General 36/2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los Centros de Justicia Penal Federal; y que reforma y adiciona disposiciones de diversos acuerdos generales, norma en su capítulo séptimo el acceso a videograbaciones, y toma en consideración lo establecido por la normatividad en materia de transparencia, así como al Código Nacional del Procedimientos Penales; sin embargo, no se advierte un artículo que obligue al órgano jurisdiccional a realizar videograbaciones específicamente, cuando se trate de algún asunto instruido mediante proceso penal acusatorio.

La obligación de registrar en medios tecnológicos las audiencias dentro del sistema penal acusatorio, evidentemente no deriva del deber de respetar el principio de publicidad, sino de una disposición cuya finalidad es conservar registro de la actuación para que, en las secuelas procesales correspondientes, quede constancia de que en la audiencia respectiva se garantizó el derecho fundamental de debido proceso, y todo lo que ello implica. Ciertamente, del análisis eventual que otros órganos jurisdiccionales realicen de la grabación, estarán en posibilidad de evaluar si se cumplieron con las garantías del debido proceso, que no son otra cosa que las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, la notificación del inicio del procedimiento, la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa, la oportunidad de alegar, y una resolución

que dirima las cuestiones debatidas y la posibilidad de su impugnación.²⁶ Si el principio de publicidad no se cumplió a cabalidad por el órgano instructor, dicho acontecimiento será evidenciado en la videograbación correspondiente.

No obstante, ¿la falta de cumplimiento del principio de publicidad en una audiencia ventilada en el proceso penal acusatorio, necesariamente conlleva la falta de debido proceso? En la actualidad no existe jurisprudencia relativa, pero respecto a algún caso concreto que actualice esta hipótesis, sería menester analizar si la ausencia de cumplimiento del principio de publicidad implica faltar a alguna de las formalidades esenciales del procedimiento.

Por lo pronto, lo que sí se puede afirmar es que la inobservancia del principio de publicidad, o bien, la publicidad de la audiencia penal cuando era menester realizar el debate público a puerta cerrada, envuelven invariablemente una responsabilidad administrativa por parte del juzgador que instruye, esto es así, pues la publicidad materializa un elemento esencial de la transparencia dentro del proceso penal acusatorio; es lo que le brinda, de cierto modo, legitimidad.

Tanto el principio de máxima publicidad contemplado en el artículo 6°, como el principio de publicidad en materia de proceso penal acusatorio contenido en el artículo 20, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tienen una génesis común: la transparencia de la actuación de la potestad del Estado; es pues, un modo de obtener la legitimación de su funcionamiento. Sin embargo, se vislumbra que

²⁶ Época: Décima Época, Registro: 2005716, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.), Página: 396.

el principio de publicidad en el proceso penal, no es el fundamento correcto para acceder a la información contenida en los expedientes criminales mediante las herramientas procedimentales que concede la Ley de Transparencia. En efecto, si se procede a hacer una diferenciación en ambas, la primera en sobresalir, es el régimen de excepciones para la implicación de estos principios.

Por un lado, las excepciones que corresponden al principio publicidad en las audiencias en materia de proceso penal acusatorio; éstas se hallan contenidas en el artículo 64, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a saber: I. Pueda afectar la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él; II. La seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas; III. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible; IV. El órgano jurisdiccional estime conveniente; V. Se afecte el interés superior del niño y de la niña en términos de lo establecido por los tratados y las leyes en la materia; o, VI. Esté previsto en ese Código o en otra ley. Por su parte, las excepciones al principio de máxima publicidad están determinadas por las causas de clasificación, por reserva o por confidencialidad; ellas están establecidas en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública²⁷ y por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública;²⁸ en términos generales ambas son idénticas.

La clasificación por reserva se dirige a conservar la buena función del Estado; procura que su actuación, en cualquiera de sus potestades, no se vea obstaculizada debido a la divulgación de determinada información que

comprometa su desarrollo; la ley contempla los siguientes supuestos de reserva de información:

- a). Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;
- b). Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;
- c). Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;
- d). Pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal;
- e). Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;
- f). Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;
- g). Obstruya la prevención o persecución de los delitos;
- h). La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en

²⁷ Artículo 113.

²⁸ Artículo 110.

tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;

- i). Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;
- j). Afecte los derechos del debido proceso;
- k). Vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado Estado;
- l). Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el ministerio público, y
- m). Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales.

Por su parte, la clasificación por confidencialidad tiene su origen en la protección de datos personales y los datos sensibles. Este último tipo de clasificación materializa el derecho a la privacidad y a la intimidad, respectivamente, que tiene todo individuo como derecho fundamental reconocido por la Constitución política mexicana.

Otra diferencia entre los principios señalados resulta ser el carácter moral de la actuación de los servidores públicos. Mientras que la publicidad en el proceso penal se inclina a preservar exclusivamente la legitimidad de la actuación judicial y mostrar al público el cumplimiento del debido proceso, la máxima publicidad en materia de transparencia, invita al servidor público, titular de la información, a mantener en todo momento una actitud proactiva respecto al otorgamiento de información, y

estrictamente en aquellos casos que proceda clasificar la información.

Asimismo, el principio de publicidad en materia de proceso penal acusatorio, es instantáneo; es decir, se agota una vez que se ha decretado el final de la audiencia por el titular del órgano jurisdiccional. Del otro lado, el principio de máxima publicidad es permanente; esto se explica en razón de que este principio existirá y debe ser respetado mientras la información gubernamental exista.

Además, en cumplimiento al principio de publicidad en proceso penal acusatorio, quienes ejerzan ese derecho se encuentran impedidos para captar o reproducir, por cualquier medio tecnológico, la información que se ventile durante la audiencia criminal. La retención de la información queda pues limitada a lo que los sentidos puedan recibir, lo que la memoria almacene, y a lo que su destreza gráfica logre conservar en papel por medio de utensilios pictóricos. Respecto a su comparativo, el acceso a la información, implica incluso, obtener réplica de la información, conservarla y reproducirla por los medios que faculte la propia ley, por ejemplo, copia fotostática o fotográfica, medios magnéticos de conservación de información, video, audio, etc. Las consultas de la información *in situ* son extraordinarias y regularmente excepcionales, y sus limitaciones para conservar la información, son similares a las impuestas para el desahogo del principio de publicidad en proceso penal citado arriba.

Así pues, puede afirmarse que para conceder el acceso a la información o para cumplir con las obligaciones de transparencia, debe observarse exclusivamente el principio de máxima publicidad, el cual es aplicable en cualquier materia jurídica; caso contrario, invocar el principio de publicidad en materia de proceso penal acusatorio para

cumplir con esas obligaciones de transparencia o conceder acceso a la información, es aparentemente inadecuado, pues aun cuando ambos principios tienen una misma génesis, no cumplen con un mismo *telos*.

De este modo, considero que dada la naturaleza de ambos principios, deben ubicarse para su estudio, y hacerse valer para su aplicación, en la materia jurídica que corresponda; pero con ello no se quiere decir que el principio de máxima publicidad no pueda aplicarse en el ámbito procesal penal y a la información generada por este medio; sin embargo, deberá sujetarse a su propio esquema de regulación normativa y su propio régimen de excepciones, pues parte de ello es también obligación del Estado, por cuanto hace a la protección de su función y de los datos personales y sensibles de cada ciudadano.

Bibliografía

- Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. FCE, México, 3ª edición.
- Bodes Torres, Jorge: *El juicio oral*. Flores editor y distribuidor, México, 1ª. Edición, 2009.
- Caballero Juárez, J.; Díaz, V., y Villanueva E.: *Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial*. Edición conjunta H. Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Libertad de Información-México, A.C., Fundación Konrad Aden Auer Stiftung, y Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.
- Caballero Juárez, J. A. y Natarén Nandayapa, C. F.: *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*. UNAM, México, 2014.
- Carpizo, Jorge y Villanueva, Ernesto: *El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México*, en Diego Valadés

y Rodrigo Gutiérrez Rivas: *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

- *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México.
- Emmerich, Gustavo Ernesto: “Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”, en *Polis: investigación y análisis sociopolítico y psicosocial*. Segundo semestre, año/vol. 2, número 004, UAM_Iztapalapa, Distrito Federal, México.
- Hidalgo Murillo, José Daniel: *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*. Porrúa, México, 2009.
- Kant, Immanuel: *Kant*. Tomo II, Gredos, Madrid, 2014.
- Martí Capitanachi, Luz del Carmen: *Democracia y derecho a la información*. Porrúa, México, 2007.
- Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*. Tomo I, Sarpe Editorial, España, 1984.
- Pastrana Berdejo, J.D. y Benavente Chorres, H.: *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*. Flores editor y distribuidor, México, Primera Edición, 2009.
- Ramírez García, H. S. y Pallares Yabur, P.: *Derechos humanos*. Oxford, México, 1ª edición, 2011.
- Zamora Etcharren, Rodrigo: *Acceso a la información pública gubernamental federal*. Porrúa, México, 2003.

Interés legítimo. Actualidad y perspectiva

*Alfonso Pérez Daza**

SUMARIO: I. Interés legítimo como requisito de procedencia del juicio de amparo. II. La suspensión del acto reclamado con fundamento en el interés legítimo. III. La protección del interés legítimo *ex officio*. Una propuesta de protección difusa.

I. Interés legítimo como requisito de procedencia del juicio de amparo

A. Antecedentes y evolución del concepto de interés legítimo

Desde 1917 y hasta la Novena Época del *Semanario del Poder Judicial de la Federación*, los tribunales mexicanos asociaban la procedencia del juicio de amparo con la existencia de interés jurídico. La jurisprudencia emitida durante todo este periodo se encargó de definir al interés jurídico como *la existencia de un perjuicio directo a la esfera jurídica del quejoso a partir de la titularidad de un derecho público subjetivo*. Esto es, la acreditación del interés jurídico requiere de una lesión directa e inmediata en la persona o patrimonio del quejoso, apreciable objetivamente.

El 6 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una de las reformas más trascendentales al sistema constitucional mexicano, encaminada a la protección efectiva de los derechos fundamentales de las

* Consejero de la Judicatura Federal.

personas. Esta reforma incorporó novedosas figuras a nuestro derecho procesal constitucional, como el principio *pro homine*, el principio de interpretación conforme y el tema que nos ocupa, la sustitución del principio de interés jurídico por el de interés legítimo.

Esta reforma fue complementada con la reforma correspondiente a la Ley de Amparo. En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma del ordenamiento mencionado, de 15 de febrero de 2011,¹ el legislador señaló lo siguiente:

Interés legítimo

Desde la entrada en vigor de la Ley de Amparo vigente hasta la actualidad, en nuestro país ha regido la regla que establece que para el inicio del juicio de amparo es necesaria la existencia de un interés jurídico identificado con el derecho subjetivo.

Como consecuencia de lo anterior, ahora el contexto social es heterogéneo y cuenta con multiplicidad de demandas que requieren ser atendidas. En estas condiciones nuevas, es insostenible exigir un interés jurídico para acudir al juicio de amparo, pues se corre el riesgo de negar o impedir el acceso a la justicia a reclamos con sustento.

En consonancia con la realidad política y social del país, se vuelve indispensable explorar un sistema que permita abrir nuevas posibilidades de impugnación. La institución que se pretende regular en el cuerpo de la ley es conocida como interés legítimo. Este tipo de interés cuenta con un desarrollo amplio en el derecho comparado y en nuestro orden jurídico existen antecedentes del mismo (en materia administrativa, por ejemplo).

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

En la citada reforma a nuestra Carta Magna se introdujo al texto constitucional el interés legítimo en los términos siguientes: Se prevé que para efectos del juicio de amparo tendrá el carácter de parte agraviada aquella persona que aduzca ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Resulta claro que el interés legítimo -y esto se comparte ampliamente con la Comisión- permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico -interés jurídico- o, cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivada del propio orden jurídico. Por su amplitud, este criterio de legitimación debe ser considerado a la luz de todas las hipótesis que puedan llegar a presentarse en el juicio. Por ello, se propone acotarlo tratándose de los actos o resoluciones provenientes de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

Asimismo, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, de Gobernación y de Estudios Legislativos, del Senado de la República, en sesión de 5 de octubre de 2011, en relación con la figura del interés legítimo, se determinó lo siguiente:

Interés legítimo

La Ley de Amparo vigente, desde su entrada en vigor, ha dispuesto que para la promoción del juicio de amparo se requiere de la existencia de un interés jurídico identificado con un derecho subjetivo correlativo que ha sido posiblemente transgredido.

El concepto de interés jurídico tenía justificada su existencia en un entorno de homogeneidad social. Sin embargo, la transición democrática, la globalización y otros factores han traído por consecuencia que el contexto social en el que nos relacionamos sea heterogéneo y que exista una pluralidad de demandas que requieren ser procesadas y atendidos. En estas condiciones nuevas, es insostenible limitar el acceso al amparo sólo mediante un interés jurídico, pues se corre el riesgo de negar o impedir el acceso a la justicia a otro tipo de reclamos que tienen sustento y se afectan a los derechos humanos de las personas.

En consonancia con la realidad política y social del país, se vuelve indispensable encontrar un sistema que permita abrir nuevas posibilidades de impugnación. La institución que se pretende regular en el cuerpo del proyecto de Ley de Amparo es conocida como interés legítimo. Este tipo de interés cuenta con un desarrollo amplio en el derecho comparado, en nuestro orden jurídico existen antecedentes normativos del mismo, así como un desarrollo jurisprudencial del tema, de forma particular en materia administrativa.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado a través de diversos criterios jurisprudenciales que el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.

De lo anteriormente señalado se desprende que el interés legítimo tiene como finalidad ampliar la cantidad de gobernados que pueden acceder a un procedimiento para defender sus intereses. El ensanchamiento de la puerta de entrada al sistema de justicia constitucional es una de las claves que motivaron la previsión del interés legítimo. Ello estriba en que pueden existir actos de autoridad que resulten violatorios de los derechos fundamentales, pero que en virtud de la exigencia de un interés jurídico queden sin ser juzgados y sancionados.

Ahora bien, en nuestro concepto, el interés legítimo permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de la afectación directa a un derecho reconocido por el orden jurídico -interés jurídico- o, cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivada del propio orden jurídico.

Tal como fue referido en párrafos anteriores, en la reforma aprobada por el Congreso de la Unión a nuestra Carta Magna se introdujo al texto constitucional el interés legítimo. En el dictamen de las Comisiones Dictaminadoras del Senado se señaló que para efectos del juicio de amparo tendrá el carácter de parte agraviada aquella persona que aduzca ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

*En consecuencia, se reformó el artículo 107, fracción I, de la Constitución en los siguientes términos:
Artículo 107. (Se transcribe)*

Con el objetivo de desarrollar en la legislación secundaria este cambio, se estima adecuado prever la siguiente disposición en el artículo 5o. de la Ley de Amparo, mismo que se apunta enseguida:

Artículo 5o. (Se transcribe).

El concepto tradicional de interés jurídico no se compadece con las exigencias de una sociedad moderna, ni responde a los retos del derecho público contemporáneo. Para responder dicha problemática, en esta nueva Ley de Amparo se propone el establecimiento del interés legítimo. Esta figura ha tenido un importante desarrollo en la doctrina más prestigiada del derecho público contemporáneo y en el derecho comparado.

La incorporación del interés legítimo se traducirá en enormes ventajas para los gobernados, quienes estarían en posibilidad de defender su esfera jurídica con una amplitud acorde a los tiempos que vive el país. Del mismo modo, el interés legítimo fortalecerá al Estado de derecho al incluir en el ámbito de control constitucional sectores que hoy están ajenos de control jurisdiccional.

La comprensión del interés legítimo no es fácil dentro de los esquemas en los que se ha desenvuelto el juicio de amparo mexicano desde finales del siglo XIX hasta la fecha. Es necesario, como sucede con múltiples de los avances contenidos en la ley, abrir la mente a novedosas categorías y a una forma más democrática de entender el papel del control de la constitucionalidad de las libertades. Se trata de poner el énfasis en el control sobre el ejercicio del poder; de privilegiar la vigencia plena de los derechos fundamentales frente al abuso de la autoridad; se trata, en suma, de superar el modelo que sirvió a

sistemas autoritarios para avanzar hacia un nuevo paradigma que coadyuve al fortalecimiento de un Estado democrático.

El interés legítimo, cuyo desarrollo más importante se ha dado en el ámbito del derecho administrativo, consiste en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple. Así, no se exige la afectación de un derecho subjetivo, pero tampoco se trata de que cualquier persona esté legitimada para promover el amparo con el fin de exigir que se cumplan las normas administrativas, con lo que se convertiría en una especie de acción popular.

El presupuesto del interés legítimo es la existencia de normas que imponen una conducta obligatoria de la administración pública, pero la obligación no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares, a pesar de que sí se afecte su esfera jurídica. En efecto, puede haber gobernados para los que la observancia o no de este tipo de normas de la administración pública resulte una ventaja o desventaja de modo particular (especial, diferente) respecto de los demás. Esto puede ocurrir por dos razones, en primer lugar, puede ser el resultado de la particular posición de hecho en que alguna persona se encuentre, que la hace más sensible que otras frente a un determinado acto administrativo; en segundo lugar, puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo que se discute. Ésta es la noción del interés legítimo. Es decir, que ciertos gobernados puedan tener un interés cualificado respecto de la legalidad de determinados actos administrativos. La posibilidad de acudir al amparo mediante el interés legítimo abre enormes oportunidades de control de

actos de la administración pública que, hasta ahora, sólo en algunos casos es factible proteger.

El interés legítimo no requiere de la afectación a un derecho subjetivo, aunque sí a la esfera jurídica entendida en sentido amplio. Esta ofensa a los derechos de los gobernados puede ser directa o puede comprender el agravio derivado de una situación que tenga el quejoso en el orden jurídico.

La ley establece la procedencia del juicio de amparo en ambos supuestos, ante la afectación directa o frente al perjuicio derivado de la particular posición del quejoso.

En atención a lo expuesto, en el proyecto se prevé que podrá promover el juicio de amparo quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo, siempre que el acto reclamado viole los derechos previstos en el artículo primero y con ello se afecte real y actualmente su esfera jurídica de manera directa, o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

A través de la incorporación del concepto de interés legítimo en los términos arriba indicados, se protege a los gobernados de afectaciones a sus derechos subjetivos, pero además frente a violaciones a su esfera jurídica que no lesionan intereses jurídicos, ya sea de manera directa o indirecta, debido en este último caso, a su peculiar situación en el orden jurídico; así también se tutelan los llamados intereses difusos o colectivos.

El interés legítimo incorporado en la ley es un concepto abierto, para que los Jueces decidan en cada caso concreto si se está o no en presencia de un acto de autoridad que implique una violación constitucional o a los derechos humanos referidos en el artículo primero de la ley y, en consecuencia, acreditar o no la legitimación en el juicio de amparo.

En cualquier caso, es importante puntualizar algunos aspectos que dibujen los elementos del concepto en cuestión.

a) No es un mero interés por la legalidad de la actuación de la autoridad; requiere de la existencia de un interés personal, individual o colectivo, que de prosperar la acción se traduce en un beneficio jurídico a favor del accionante.

b) Está garantizado por el derecho objetivo, pero no da lugar a un derecho subjetivo, no hay potestad frente a otro.

c) Debe haber una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, ya sea económica, profesional o de otra índole. Lo contrario es la acción popular, en la cual no se requiere afectación alguna a la esfera jurídica.

d) Los titulares tienen un interés propio distinto del de cualquier otro gobernado, consistente en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de carácter general incidan en el ámbito de ese interés propio.

e) Se trata de un interés cualificado, actual y real no potencial o hipotético. En suma, es un interés jurídicamente relevante.

f) La anulación produce efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del gobernado.

Por último, es importante destacar que en tratándose de procesos sigue subsistiendo la necesidad del interés jurídico, entendido como derecho subjetivo, en razón de que sería inconveniente que en un juicio donde hay dos partes que están litigando con idéntico interés, venga un tercero a obstaculizar el ejercicio de sus derechos, con lo cual se crearía un caos ante la imposibilidad de que se ejecutaran las decisiones

judiciales. Por ello, se hace la diferenciación entre lo que son procedimientos judiciales para los cuales se exige interés jurídico y los demás actos para cuya impugnación basta el interés legítimo.

La exposición que antecede pone de manifiesto que la introducción de la figura del interés legítimo obedeció a la nueva realidad política y social del país, al contexto social tan heterogéneo que impera y a la insostenible limitante al acceso a la justicia que implicaba la figura del interés jurídico.

Luego, era necesario ampliar la posibilidad de ser escuchado por los tribunales; por lo que se planteó la existencia de un concepto procesal menos restrictivo, como lo es el interés legítimo. Este concepto únicamente requiere de la existencia de un interés calificado respecto de la legalidad de los actos controvertidos, derivado de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea de manera directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.

Con la incorporación de este concepto, se buscó incrementar el acceso a la justicia, que más gobernados tuvieran la posibilidad de acceder a un procedimiento para defender sus intereses, aun cuando no tuvieran un interés jurídico en el cual sustentar su pretensión. A partir de entonces, cualquier persona que resulte afectada en su situación jurídica, aun cuando no resienta afectación directa en sus derechos, puede acudir a los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

Del marco constitucional vigente, podemos derivar las siguientes premisas respecto de la legitimación para promover el juicio de garantías:

- a. La impugnación de actos o resoluciones que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo mediante amparo directo debe ser

promovida por parte agraviada, quien estará legitimada para ello cuando sea titular de un derecho (interés jurídico), o cuando sea titular de un interés legítimo individual o colectivo, ya sea porque existe una afectación a su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, y

- b. La impugnación de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, debe fundarse en la titularidad de un derecho subjetivo, como se contemplaba previo a la reforma constitucional.

Con motivo de la reforma constitucional apenas descrita, el 2 de abril de 2013, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la nueva Ley de Amparo, cuyo artículo 5, fracción I vigente, precisa:

Artículo 5. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1º de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.

De la lectura de este precepto se desprende que el interés legítimo se encuentra justo en medio del interés jurídico y el interés simple, ya que no exige acreditar la afectación a un derecho subjetivo pero tampoco significa una apertura absoluta, esto es, que cualquier persona pueda promover la acción.

Para que se actualice la existencia del interés legítimo, solamente debe acreditarse una afectación a la esfera jurídica de la persona en un sentido amplio; abarcando no sólo una intromisión directa en la esfera jurídica de la persona por el acto de autoridad, sino también aquellos agravios derivados indirectos de una situación particular que la persona tiene en el orden jurídico. Esto es, debe existir un vínculo tal entre la parte quejosa y el acto reclamado, que su anulación produciría un beneficio o efecto positivo en la esfera jurídica del gobernado. La inexistencia de una utilidad jurídica sería señal indudable de que no existe un interés legítimo, sino simple.²

De esta definición podemos concluir que no existen reglas absolutas que permitan dilucidar cuándo estamos en presencia de un interés legítimo y cuándo no. En

² Eduardo García de Enterría señala que tal interés legítimo se encuentra vinculado con cualquier actuar de la autoridad que no sea legal, mismo que genera una incidencia en el ámbito vital de una persona. Así, el interés legítimo consiste en una acción reaccional, esto es, en la intención de contrarrestar una afectación en el estatus pacífico del mencionado ámbito vital. Véase García de Enterría, E.: *Hacia una nueva justicia administrativa*. Civitas, Madrid, 1992, p. 68.

cualquier caso, corresponderá al juzgador determinar si existe una afectación suficiente en la esfera jurídica de la persona que permita concluir la existencia del interés legítimo. Dicha determinación deberá construirse bajo un parámetro de razonabilidad entre la situación del impetrante de garantías y el impacto que tendría en esta una eventual concesión del amparo constitucional. A su vez, el parámetro de razonabilidad debe analizar la relación entre el promovente del juicio de garantías y el acto que se reclama. Esta relación no necesariamente requiere de la existencia de una afectación directa a un derecho subjetivo (que sería la hipótesis del interés jurídico) sino de una situación jurídica identificable, surgida por una relación entre el quejoso y el acto reclamado, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal, sin que necesariamente implique una conexión inmediata con sus derechos subjetivos.

Ello no implica que la sola manifestación del interesado de que tiene un vínculo con el acto que reclama es suficiente para acreditar el interés legítimo. En todo caso, el juzgador debe hacer una valoración que lo lleve a concluir si está en presencia o no de hechos que demuestran, aunque sea de manera indiciaria y mediante presunciones lógicas, la existencia de una conexidad mediata entre el promovente de garantías, su pretensión y el acto que reclama.

Por ello se reitera, no es posible establecer reglas generales de aplicación absoluta respecto de cuándo existe el interés legítimo. El concepto deberá integrarse conforme a la jurisprudencia de los tribunales y sobre todo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto es, la categorización de las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo será producto de la labor de los diversos juzgadores de amparo y la unificación de los criterios que al respecto se emitan.

Finalmente, no debemos olvidar que el artículo 107, fracción I, párrafo segundo constitucional señala que tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que sea afectado de manera personal o directa.³ Entonces, cuando se combatan actos de autoridades jurisdiccionales, el quejoso necesita fundar su acción en un interés jurídico, esto es, en una afectación directa e inmediata en su esfera de derechos y obligaciones.

Esto quiere decir que la aplicación del interés legítimo está condicionada al supuesto de que los actos reclamados no consistan en actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

Al resolver el amparo en revisión 152/2013,⁴ la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre el interés legítimo en el contexto de las normas autoaplicativas y determinó que dicho interés puede surtir en tres supuestos:

- a. Cuando una ley establezca directamente obligaciones de hacer o no hacer a un tercero, sin la necesidad de un acto de aplicación, que impacte colateralmente al quejoso –no destinatario de las obligaciones– en un grado suficiente para afirmar que reúne las características de afectación jurídicamente relevante, calificada, actual y real.
- b. Cuando el quejoso no es destinatario de la norma sino terceros, pero por su posición frente al ordenamiento jurídico, resentirá algunos efectos de las consecuencias asociadas a esa hipótesis

³ Tal redacción se encuentra reiterada en el cuarto párrafo, de la fracción I, del artículo 5º de la Ley de Amparo.

⁴ Resuelto en la sesión de 26 de marzo de 2014, bajo la Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

normativa en grado suficiente para ser personal o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante.

- c. Cuando la ley regule ciertas cuestiones y su contenido genere de manera inmediata una afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante a la parte quejosa. Esta afectación puede ser económica, profesional, de salud pública, entre otras; pero constituirá interés legítimo cuando la eventual concesión del amparo implique un beneficio jurídico al promovente del juicio.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos derivar las siguientes conclusiones:

Primera. El interés legítimo se define como aquel interés personal –individual o colectivo–, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que pueda traducirse, si llegara a concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso.⁵

Segunda. El interés legítimo tiene un espectro más amplio que el interés jurídico, sin llegar a ser un interés genérico como lo sería el interés simple. Su existencia deriva de un análisis casuístico guiado por un parámetro de razonabilidad y no una simple posibilidad. Debe existir un vínculo suficientemente fuerte entre el quejoso y el acto reclamado.

Tercera. Aunque se pueden esbozar lineamientos generales, corresponderá a los tribunales determinar casuísticamente la existencia o no de interés legítimo.

Cuarta. El interés legítimo no se actualiza ante un mero interés por la legalidad de la actuación de la

⁵ Foja 31 del cuaderno de la contradicción de tesis 111/2013 (sentencia del amparo en revisión 366/2012 del índice de la Primera Sala).

autoridad, requiere de la existencia de un interés personal, individual o colectivo que, de prosperar la acción, se traduce en un beneficio jurídico en favor del accionante.

Sin lugar a dudas, la incorporación de la figura del interés legítimo en nuestro sistema jurídico permite combatir más eficazmente actos que transgreden derechos humanos, pues se elimina el requisito de ser titular de un derecho subjetivo, como sí lo hacía la figura del interés jurídico. De acuerdo a esta figura, se podrán impugnar actos de autoridad, aun cuando no están dirigidos a los quejosos, pero sus efectos jurídicos sí tienen un impacto colateral en su esfera de derechos y obligaciones.

B. Jurisprudencia y tesis relevantes

1. Amparo en revisión 152/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En este asunto, los quejosos, homosexuales ubicados en el Estado de Oaxaca, impugnaron el artículo 143 del Código Civil de dicha entidad que establece que el matrimonio es un contrato entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida. Al presentar su demanda, no acreditaron un acto de aplicación, pues su pretensión consistía en oponerse al efecto discriminatorio generado automáticamente por la ley, al excluir a las parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio.

Al resolver el asunto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la norma controvertida genera una clase especial de afectación, que corre de manera paralela y que afecta directamente a los quejosos como terceros: la estigmatización por discriminación, al excluirlos de antemano de la posibilidad de contraer matrimonio, sobre la base de una valoración negativa de

sus preferencias sexuales. Esto se debe a que el mensaje de la norma es claro: solamente las parejas heterosexuales pueden contraer matrimonio civil en el Estado de Oaxaca.

Derivado de lo anterior, la Suprema Corte determinó que sí existe una afectación de estigmatización por discriminación generada directamente por la norma hacia el grupo al que pertenecen los quejosos; de ahí que éstos tengan interés legítimo para impugnarla.

La existencia del interés legítimo por esta especial afectación se comprueba con el hecho de que, en caso de obtener el amparo, el mensaje de discriminación ya no podría ser proyectado en su contra; en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, la cual no podría aplicárseles en el futuro.

Con este ejemplo podemos ver claramente que la norma no se encuentra dirigida a los promoventes del juicio, ya que se refiere específicamente a las parejas heterosexuales; no obstante, sus efectos impactan en la persona de los quejosos, pues en primer lugar los discrimina sobre la base de su preferencia sexual y, en segundo, les impide gozar del mismo beneficio que la norma prevé para las parejas heterosexuales, consistente en la capacidad para celebrar el acto solemne de matrimonio y constituir los derechos y obligaciones que esta figura implica.

2. Amparo en revisión 323/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 11 de marzo de 2015

En este caso, la quejosa, una asociación civil sin fines de lucro cuyo objeto social es la revisión e impulso de políticas públicas en materia de educación, señaló como acto reclamado la efectiva e inminente distribución a las dependencias federales y a las entidades federativas en

el año 2013, de los recursos que integran el Fondo de Aportaciones para la Educación Básica y Normal (FAEB), sin que se instauraran mecanismos para asegurar que esos recursos se destinen exclusivamente al gasto público en materia educativa, y no al pago a comisionados sindicales y otros gastos.

Al analizar si la quejosa tenía interés legítimo en el caso concreto, la Suprema Corte determinó que los actos reclamados sí afectaban su esfera jurídica, pues el incumplimiento por parte de las autoridades de las obligaciones en materia educativa incide en el derecho a la educación respecto del cual la impetrante de garantías tiene una especial posición, pues su objeto social tiene como finalidad verificar el cumplimiento de ese derecho. Por ello, nuestro máximo tribunal estimó que la persona moral sí cuenta con una especial situación frente al derecho que defiende, lo que la legitima para acudir al juicio de amparo.

A juicio de la Suprema Corte, esto se debe a que el vínculo entre el derecho humano reclamado y la persona que comparece en el proceso, existe porque dicho derecho no sólo se refiere a recibir o impartir educación, sino también a la existencia de instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente, que resulten accesibles a todos, sin discriminación, tanto en su aspecto material como económico; así como a su flexibilidad para adaptarse a las necesidades sociales. Entonces, si el objeto social de la quejosa consiste en estudiar la adecuada prestación de los servicios públicos educativos; así como evaluar, analizar, dictaminar, la transparencia en la gestión gubernamental, el ejercicio eficiente del gasto público educativo, la idoneidad de los docentes, materiales y métodos educativos; es evidente que tiene un interés personal en el diseño e implementación de políticas

públicas en materia de educación y, por ende, un interés legítimo en el acto reclamado. Entonces, aun cuando la asociación civil no es beneficiaria tradicional del derecho a la educación, es titular de obligaciones y derechos que se encuentran comprendidos dentro del mismo, como lo son intervenir como parte de la sociedad civil para lograr su efectividad.

Lo anterior se corrobora con el hecho de que el ejercicio de la acción de amparo es una consecuencia directa del objeto social de la quejosa, por lo que impedir el acceso a dicho juicio, a su vez impediría que la asociación cumpliera con uno de los fines para los que fue creada; lo que le da un interés mayor al interés general de la sociedad en verificar que las autoridades cumplan con sus obligaciones. Por ello, una eventual concesión del amparo generaría un beneficio específico a la asociación, pues podría ejercer de manera libre su objeto social.

En este caso también podemos observar nítidamente que la quejosa no es destinataria de la norma, pues ésta se encuentra dirigida a autoridades educativas. No obstante, sí resiente una afectación en su esfera jurídica, ya que su objeto social consiste en revisar y analizar políticas públicas, objeto que se ejerce al momento de impugnar constitucionalmente las normas citadas. Entonces, es ese objeto social el que configura su interés legítimo para promover el amparo, el cual se corrobora con el hecho de que la eventual concesión a su favor del juicio de garantías, tendría un impacto positivo en su esfera de derechos y obligaciones, al consistir en un ejercicio exitoso del objetivo para el que fue creada.

Estos son solamente dos ejemplos de los estudios que cada órgano jurisdiccional debe realizar para determinar la existencia o no de un interés legítimo. Debemos estar atentos a los criterios que emitan los órganos

jurisdiccionales, pues ellos serán orientadores respecto de los alcances de esta figura y quizás con el tiempo, podrán ser suficientes para establecer parámetros generales de razonabilidad que determinen más fácilmente la existencia o no de interés legítimo.

II. La suspensión del acto reclamado con fundamento en el interés legítimo

A. Importancia

El juicio de amparo, como cualquier otro proceso, requiere tiempo para su trámite y resolución, no basta con presentar la demanda para que los órganos jurisdiccionales encargados de conocer del amparo decidan sobre el derecho del gobernado, sino que es indispensable seguir una serie de plazos y formalidades para lograr el dictado de la sentencia respectiva.

Para evitar que durante este plazo se genere un daño irreparable al quejoso, el juicio de amparo prevé la figura de la suspensión.⁶ Por medio de ésta, se evita que el quejoso sufra molestias durante el tiempo en que los órganos de amparo determinan si el acto reclamado es o no inconstitucional, además de que impide que el juicio constitucional quede sin materia como consecuencia de la ejecución, en muchos casos irreparable, del acto reclamado. Así, la suspensión dota de efectividad real al amparo, ya que por su conducto se logra la protección plena de los derechos fundamentales de los gobernados, mientras se resuelve en definitiva el fondo del asunto.

⁶ Cfr. Góngora Pimentel, Genaro David: “Aspectos medulares de la suspensión por el Ministro Genaro David Góngora Pimentel”, en *La apariencia del buen derecho*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1996, pp. 79 y 80.

B. Marco normativo

El artículo 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla que los actos reclamados en el juicio de amparo podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social. Al respecto, el artículo 131 de la Ley de Amparo dice lo siguiente:

Artículo 131. Cuando el quejoso que solicita la suspensión aduzca un interés legítimo, el órgano jurisdiccional la concederá cuando el quejoso acredite el daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue, y el interés social que justifique su otorgamiento.

En ningún caso, el otorgamiento de la medida cautelar podrá tener por efecto modificar o restringir derechos ni constituir aquéllos que no haya tenido el quejoso antes de la presentación de la demanda.

Como se puede observar, este precepto dispone que es posible conceder la suspensión del acto reclamado cuando exista un interés legítimo. Para ello, el quejoso deberá acreditar: a) el daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue y, b) el interés social que justifique su otorgamiento. Además, el precepto es claro en señalar que el otorgamiento de la suspensión no modificará ni restringirá derechos ni constituirá aquéllos que no haya tenido el quejoso antes de la presentación de la demanda.

Al resolver la contradicción de tesis 299/2015, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷

⁷ Jurisprudencia 2a./J. 61/2016 (10a.), publicada bajo el registro 2011840, con el rubro: *INTERÉS LEGÍTIMO. PARA EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY DE AMPARO, BASTA QUE EL QUEJOSO LO DEMUESTRE DE MANERA INDICIARIA.*

sostuvo que para concederse la suspensión en caso del interés legítimo se debe estar a lo siguiente:

1. El acto reclamado debe ser cierto. Tratándose de la suspensión provisional se podrá verificar la certeza de los actos reclamados con las manifestaciones que bajo protesta de decir verdad, realice el quejoso;⁸ mientras que tratándose de la suspensión definitiva, también deberán tomarse en consideración los informes previos que rindan las autoridades responsables o, en su caso, la omisión en que incurran; así como las pruebas que ofrezcan las partes.
2. El acto reclamado debe ser susceptible de ser suspendido, con lo cual quedan fuera de esta posibilidad actos que por su naturaleza no pueden ser suspendidos, tales como actos negativos, consumados y/o declarativos, entre otros.
3. La suspensión debe ser solicitada por el quejoso y no debe causar perjuicio al interés social ni contravenir disposiciones de orden público. En este apartado es necesario realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.⁹
4. Finalmente, cuando la suspensión se solicita sobre la base de un interés legítimo, es necesario que la parte quejosa acredite el daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue la suspensión. Tratándose de la suspensión

⁸ Jurisprudencia 2a./J. 5/93, publicada bajo el registro : 206395, de rubro: *SUSPENSIÓN PROVISIONAL. PARA DECIDIR SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ATENDERSE A LAS MANIFESTACIONES DEL QUEJOSO RESPECTO DE LA CERTIDUMBRE DEL ACTO RECLAMADO.*

⁹ De conformidad con el texto vigente del artículo 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

provisional, este acreditamiento puede ser de manera indiciaria, tal y como ocurre en el caso del interés jurídico suspensivo. En virtud de lo anterior, quedará a la valoración del juez determinar en qué casos y con qué probanzas, el quejoso acredita, aunque sea de manera indiciaria, el daño inminente e irreparable que se podría causar con la negativa de la suspensión; sin perder de vista que la simple manifestación de tener un interés legítimo no es suficiente para considerar su existencia. Esto es, el juzgador debe encontrar indicios reales que le permitan concluir la existencia de un interés legítimo; debe haber elementos que permitan inferir la existencia de un riesgo de afectación real en los derechos del promovente de la suspensión.

Respecto del último punto cabe destacar que la posibilidad de acreditar, aunque sea de manera indiciaria, la existencia de una afectación al quejoso; no se contrapone con el criterio sustentado por la Segunda Sala del alto tribunal en el sentido de que la afectación al interés jurídico, debe probarse fehacientemente y no con base en presunciones;¹⁰ toda vez que tal exigencia se refiere al interés en el fondo del asunto y no al relativo al otorgamiento de la suspensión de los actos reclamados y además se refiere a una figura, interés jurídico, que carece de la amplitud interpretativa que sí detenta el concepto de interés legítimo.

Como se señaló anteriormente, el legislador instauró el interés legítimo con la finalidad de ampliar el acceso a

¹⁰ Jurisprudencia 2a./J. 16/94, publicada bajo el registro 206338, con el rubro: *INTERÉS JURÍDICO, AFECTACIÓN DEL. DEBE PROBARSE FEHACIENTEMENTE.*

la justicia para los gobernados, por lo que resultaría un contrasentido imponer mayores obstáculos al momento de decidir sobre el otorgamiento de la suspensión provisional de los actos reclamados sobre la base de un interés legítimo. En estos casos, no se puede exigir al quejoso que demuestre plenamente el daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue la medida cautelar, sino que debe bastar con su acreditación indiciaria; máxime que tal exigencia ciertamente operará, en todo caso, al resolver el fondo del asunto o, incluso, al resolverse sobre la suspensión definitiva.

C. Casos prácticos relacionados con la suspensión en el interés legítimo

1. Incidente administrativo en revisión 417/2016, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, con residencia en Aguascalientes, Aguascalientes, el 8 de diciembre de 2016

En este caso, vecinos de un fraccionamiento presentaron un juicio de garantías en contra de la expedición, refrendo, discusión, aprobación, promulgación y publicación de la adición del artículo 1156 Bis del Código Municipal de Aguascalientes, así como contra la autorización de la licencia de construcción 1928, relativa a la construcción de una estructura tipo torre de antena de telefonía de treinta y cinco metros de altura en el mismo fraccionamiento. Los quejosos adujeron, como derechos violados, los contenidos en los artículos constitucionales 1 y 4, párrafos cuarto y quinto, que se refieren al derecho a la protección de la salud de toda persona, ya que el Estado garantizará el respeto a un medio ambiente sano; además de que señalaron que la colocación y funcionamiento de la antena de telefonía implica la emisión de ondas electromagnéticas que afectan el medio ambiente y la salud.

Al momento de resolver sobre la concesión de la suspensión, se estimó que los quejosos acreditaron su interés legítimo con las documentales exhibidas, consistentes en testimonios notariales en los que constan datos de compra venta y comprobantes domiciliarios relativos a la prestación de servicios de energía eléctrica, agua potable y pago de impuesto predial. De estas documentales se tuvo por demostrado que habitaban en el fraccionamiento en donde se inició la construcción de la antena materia del juicio. Además, al haberse expedido el artículo 1156 Bis del Código Municipal, no se observó una política preventiva respecto a la salud de las personas ni se previó la regulación de los máximos niveles permitidos para las emisiones electromagnéticas no ionizantes, ni se analizó que la instalación de antenas en zonas habitacionales es o no perjudicial para la salud.

Con estas premisas, se resolvió que los quejosos sí tenían interés legítimo para impugnar el acto reclamado y además había indicios de un riesgo inminente e irreparable en caso de que no se les otorgara la suspensión, como es una situación de peligro en sus derechos a la salud y a un medio ambiente sano, toda vez que la antena de telefonía celular se erigió en la zona habitacional de la que presuntivamente eran residentes.

En este caso podemos advertir que la legitimación activa de los quejosos se funda en el hecho de que son residentes del fraccionamiento en el que se tenía previsto instalar la antena materia del juicio, esto es, en un interés legítimo. En consecuencia, el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado se flexibiliza y se otorga porque, de los hechos narrados, se puede arribar a la presunción razonable de que existe la posibilidad de un riesgo a la salud y al medio ambiente en el que se desenvuelven los quejosos. No hay una demostración

plena de un riesgo inminente a la salud de los quejosos, pero al tratarse de un amparo promovido sobre la base de un interés legítimo, el otorgamiento de la suspensión solamente requirió de la existencia de un indicio de esa afectación.

2. Amparo en revisión 221/2016, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito, con residencia en Reynosa, Tamaulipas, el 22 de septiembre de 2016

En este asunto, el quejoso manifestó ser propietario de una casa habitación, lo que acreditó con una escritura pública, también adujo que posteriormente compró un terreno que colinda con su propiedad, y para acreditarlo exhibió cuatro recibos por diversas cantidades. Como acto reclamado señaló la orden de la Secretaría de Obras Públicas de demoler la barda de su propiedad, sobre el cual, solicitó su suspensión.

Al rendir sus informes justificados, las autoridades responsables admitieron la existencia de los actos reclamados y agregaron que la barda se ubicaba sobre el área verde del municipio (la porción adicional de terreno que el quejoso señaló como su propiedad), motivo por el que se solicitó al impetrante de garantías su reubicación de dentro del límite de su propiedad. El Juez de Distrito concedió la suspensión definitiva respecto del predio principal, mas no así respecto del terreno adicional, que las responsables señalaron como áreas verdes municipales.

Al resolver el recurso de revisión, el Tribunal Colegiado sostuvo que la suspensión definitiva otorgada debía extenderse a la porción adicional de terreno, que, bajo protesta de decir verdad, el quejoso manifestó haber adquirido en pagos, pues es precisamente en ese lugar

donde se ubica la barda perimetral cuya demolición trata de impedir con la promoción de la demanda de garantías y la solicitud de la medida cautelar.

El tribunal consideró que los recibos de pago no acreditan el derecho de propiedad que el quejoso manifiesta tener sobre la referida porción de terreno; sin embargo, y sobre la base de su interés legítimo, sí constituyen indicios de que dicho terreno y la barda adyacente son de su propiedad, conclusión que se fortaleció con el hecho de que acreditó fehacientemente la propiedad del terreno principal con la escritura pública correspondiente y la falta de pruebas en contrario. Asimismo, el riesgo inminente se actualizó con el reconocimiento expreso de las autoridades responsables de las órdenes de demoler la barda en cuestión.

Finalmente, el órgano jurisdiccional arribó a la conclusión de que la eventual concesión de la suspensión produce un mayor beneficio social que su negativa, o dicho de otra manera, es menor el perjuicio social que pudiera presentarse si se suspende la demolición de la barda mientras se resuelve el fondo del asunto a que si se llegara a ejecutar esta orden.

En este caso no existe una prueba contundente que acredite la propiedad del inmueble anexo al principal ni de la barda materia de la controversia por el quejoso. Incluso, destaca que la propiedad de la porción adicional de terreno es parte del fondo del asunto. Sin embargo, sobre la base del interés legítimo es posible encontrar indicios de esa propiedad y como consecuencia del daño inminente que causaría la ejecución del acto reclamado. Esta flexibilidad permitió al quejoso promover el juicio de garantías y conseguir la suspensión del acto reclamado hasta la resolución de la controversia.

III. La protección del interés legítimo *ex officio*. Una propuesta de protección difusa

Como hemos visto a lo largo de esta exposición, la reforma constitucional de 2011 tuvo como principal motor lograr la efectiva protección de los derechos humanos; equiparando a la norma fundamental, todas aquellas disposiciones de derecho internacional que reconozcan derechos humanos; creando figuras como el principio *pro homine* e interpretación conforme y sentando las bases de la Ley de Amparo vigente, entre las que destaca la figura del interés legítimo.

Gracias a esta figura, el rigor técnico que implicaba el concepto de interés jurídico cede ante la posibilidad de defender derechos de los que no se tiene certeza plena, sino indiciaria. Ello trae como consecuencia la ampliación del espectro de gobernados que pueden acudir al juicio de amparo en defensa de sus garantías fundamentales.

No obstante, aún existen numerosos casos de violaciones de derechos fundamentales que no llegan a los tribunales, debido principalmente a la falta de conocimiento de los derechos de los ciudadanos y a la imposibilidad de cubrir los costos que los juicios de esta naturaleza representan.

Para subsanar este problema, en nuestro país existen diversas instituciones encargadas de la defensa de los derechos de las personas en particulares situaciones de vulnerabilidad, entre las que destacan la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Todas estas instituciones ya prestan servicios de asesoría y representación, tal y como se observa de su marco normativo, el que se reproduce a continuación:

Los artículos 102 y 105, fracción II, inciso g), ambos de la Constitución Federal, así como el diverso 2, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, contemplan la facultad conferida a ésta, para investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos; así como protegerlos, observarlos, promoverlos, estudiarlos y divulgarlos.

Los artículos 5, fracción II, y 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, le atribuye la responsabilidad de representar al contribuyente ante la autoridad correspondiente, ejerciendo las acciones a que haya lugar, y asigna a los asesores jurídicos la obligación de promover ante las autoridades competentes todo lo relativo a la defensa de los intereses de sus representados haciendo valer cualquier acción, trámite o gestión que proceda y que sea necesaria para una eficaz defensa.

El artículo 24, fracciones II y III, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, le encomienda a la Procuraduría la representación individual o colectiva de los intereses de los consumidores, mediante el ejercicio de las acciones, recursos o gestiones que procedan ante autoridades jurisdiccionales. El artículo 5, fracción IV, del Reglamento de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, le reconoce la atribución de representar a los trabajadores, sus beneficiarios y sindicatos, de forma personal y sin intervención de persona alguna, para ejercitar las acciones y recursos que correspondan, incluido el juicio de amparo hasta su total terminación.

Los artículos 12, fracción VIII; y, 18, fracciones II, III y VI, del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, son puntuales en señalar que

corresponde a la Dirección General de Orientación y Gestión la coadyuvancia en la continuidad de los juicios, diligencias y procedimientos respectivos, así como el cumplimiento de las resoluciones correspondientes. Así como en precisar que concierne a la Dirección de Asuntos Jurídicos comparecer y representar a la Comisión ante las autoridades jurisdiccionales en los juicios o procedimientos en que sea parte o se le designe como tal, para lo cual ejercitará toda clase de acciones y excepciones; además de formular demandas, contestaciones y todas las promociones requeridas para la prosecución de los juicios o recursos interpuestos ante las autoridades correspondientes; y que debe elaborar y proponer los informes previos y justificados que en materia de amparo deban rendirse como autoridades responsables; intervenir como tercero perjudicado y, en general, formular todas las promociones inherentes a dichos juicios.

El Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en su artículo 18, fracciones I a III y XXIX, contemplan que corresponde a la Dirección General de Defensoría, Interventoría y Consultiva, recibir y atender las solicitudes de defensoría legal que presenten los usuarios; procurarlos, protegerlos y representarlos individual y colectivamente; y, llevar a cabo las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan ante autoridades administrativas y jurisdiccionales en su defensa.

De lo anterior, podemos concluir que cada una de las entidades citadas está investida legalmente de facultades para representar a los gobernados en cualquier clase de acción y juicio, incluido el de amparo. Ello para darle plena eficacia a su misión de proteger a las personas en determinada situación de vulnerabilidad o desventaja frente al Estado. Eso sí, en todos los ordenamientos citados

se advierte que es necesario que la persona afectada solicite a la institución correspondiente que coadyuve en la defensa de sus derechos, nunca pueden actuar de oficio, sino siempre a instancia de parte agraviada.

Ahora, siguiendo la línea evolutiva del interés necesario para promover un juicio de garantías, mismo que ha derivado en el interés legítimo descrito a lo largo de este trabajo; es posible considerar que tales instituciones tengan la facultad de presentar una demanda de garantías a nombre de una persona cuyos derechos son vulnerados, aun sin que dicha persona les otorgue facultades de representación.

Esta propuesta se funda en el hecho de que la razón de existencia de estas instituciones, su objetivo total, es la protección de los derechos fundamentales de las personas; así como en el propósito del legislador de derribar obstáculos para la defensa efectiva de los derechos de las personas; así se desprende del artículo 1° de la Constitución federal, el cual impone la obligación a todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Entonces, si el sistema normativo mexicano otorga representatividad a las entidades apenas mencionadas para instar a favor de los gobernados y toda autoridad tiene la obligación de respetar y promover el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos; es viable que éstas puedan promover un juicio en defensa de los derechos de personas pertenecientes al grupo que tienen encomendado proteger, aun cuando éstas no hayan solicitado su apoyo. Lo anterior bajo la premisa de que tienen interés legítimo para ello, al estar constitucional y legalmente obligadas a defender los derechos de grupos vulnerables.

Ciertamente esta propuesta puede parecer arriesgada; no obstante, debemos considerar el camino que nos muestra la reforma constitucional de 2011, consistente en el alejamiento de rigorismos técnicos en pro de la amplia protección de los derechos fundamentales de la persona. Esta propuesta se inspira en ese espíritu y en el ideal de que los derechos humanos son y serán el eje central de todo sistema normativo.

El juicio de amparo como institución jurídica atemporal e inmarcesible

*J. Guadalupe Tafoya Hernández**
 Conferencia con motivo de la celebración del
 XXV aniversario de la creación del Circuito
 Judicial Federal en Querétaro.

Este ensayo se circunscribe al constitucionalismo mexicano, en cuanto al juicio de amparo como institución primordial en la defensa de los derechos humanos, lo cual nos lleva a comentar algunos antecedentes de las Constituciones que nos han regido en diversas épocas de nuestra historia mexicana y, en particular, la Constitución de 1917, para tener presente la evolución de la institución del amparo como medio de defensa de los derechos fundamentales.

El juicio de amparo es una institución atemporal, ya que, han transcurrido 160 o 170 años, según el documento constitucional que se quiera tomar como punto de partida. En lo particular, considero que la Constitución de 1857 es la Carta Fundamental donde nace de manera clara y sistemática nuestro juicio de amparo.

Quisiera compartir con ustedes las bondades de una institución que ha permanecido y sobrevivido, no obstante los cambios de gobiernos, conservadores o liberales; a pesar de las críticas, de los detractores, y sobre todas las dificultades político sociales del siglo XIX, sin olvidar las guerras intestinas y aun así, sigue vigente y, con seguridad, seguirá mientras exista una civilización organizada por un Estado de derecho.

* Consejero de la Judicatura Federal.

Por el momento baste decir que al inicio del juicio de amparo, los principales puntos que se discutieron (me refiero al Congreso Constituyente de 1856) fueron la procedencia del juicio de amparo contra leyes, que fue la parte que más generó discusión en los debates, según la crónica de Francisco Zarco y, finalmente, este amparo terminó siendo el logro más importante de la institución. Tan es así que el amparo contra leyes, desde que se aprobó en aquella Constitución, prácticamente ha mantenido su estructura sustancial, hasta hace 5 años, con las reformas a la Constitución federal en materia de derechos humanos y amparo, así como con la nueva Ley de Amparo de 2013, en las que se cambió de manera significativa su diseño para proteger los derechos fundamentales contra leyes inconstitucionales. Por otra parte, el amparo contra los actos concretos, sí tuvo una evolución más trascendente; si hoy comparamos la propuesta del Constituyente, la de Melchor Ocampo y Ponciano Arriaga, veríamos que aquel juicio sería muy diferente al que hoy conocemos, ya que se trataba de un amparo de menor alcance, frente a la institución de amparo que hoy es de dimensiones mayores. Desde luego, consideramos que se trata de una evolución y no de una degeneración.

Concepto de juicio de amparo

El juicio de amparo mexicano, inserto en el derecho constitucional, es la vía jurídica por excelencia, para que los gobernados puedan impugnar una norma general, un acto concreto o una omisión atribuida a cualquier autoridad, cuando se vulneren derechos humanos y garantías individuales reconocidas por la Constitución general y por los tratados internacionales suscritos por México.

Prácticamente a través del juicio de amparo en nuestro país, se puede, a final de cuentas, revisar cualquier acto de autoridad, incluso las omisiones y los actos de particulares.

Encuentro cuatro cimientos del juicio de amparo sobre los que platicaremos más adelante, no sin antes referirme a los hombres que merecen reconocimiento por ser los padres, los forjadores, los impulsores del juicio de amparo, como Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero e Ignacio L. Vallarta, quienes plantearon instituciones novedosas que, en su momento generaron discusiones álgidas y resistencias naturales, como lo relatan las crónicas de Francisco Zarco y los votos de Vallarta. Esos debates, edificaron los basamentos del juicio de amparo, como una singular institución de derecho público, creada en el siglo XIX.

En esos años, los temas más debatidos se relacionaban con los alcances que tendría el juicio de amparo, en particular cuando fuera procedente contra normas emitidas por el Poder Legislativo. La manera como se resolvió el debate, fue por circunstancias eventuales, que obedecieron a vicisitudes por las que atravesaba el país.

El amparo, en su devenir histórico se enriqueció y fortaleció con trascendentes reformas y adiciones, que no alteraron su esencia, sino hasta la reforma constitucional de 6 de junio de 2011 y la fecha en la que se concretó la expedición de la Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, correlacionada con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011.

En esa dirección, la reforma y modificación del juicio de derechos fundamentales, impacta en el sistema y el objeto del control constitucional que amplía la

procedencia del amparo en contra de normas generales, actos concretos y omisiones de la autoridad, no sólo por violación a garantías individuales, sino a los derechos humanos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Se introdujo además el amparo adhesivo, se reconoció el interés legítimo y, por último, estamos en presencia del avance más trascendente en materia de amparo contra leyes que permite la declaratoria general de inconstitucionalidad.

De esta manera, las reformas constitucionales, extienden el amparo como institución protectora, cuyo objeto es la salvaguarda de los derechos de la población, contra cualquier acto de autoridad que provenga de los Poderes Judicial, Legislativo o Ejecutivo, sean federales o locales. Así podremos confirmar, que el derecho no puede ser estático, y que las normas e instituciones, mantienen un sentido dinámico de adaptación a las nuevas circunstancias nacionales y globales. Siempre, con la finalidad de garantizar, proteger y consolidar la seguridad jurídica.

Antecedentes del juicio de amparo en las Constituciones mexicanas

Como decía, el amparo tiene su origen en cuatro antecedentes fundacionales: 1) La primera Constitución Federal del México independiente de 1824; 2) La Constitución del Estado de Yucatán de 1841; 3) El Acta Constitutiva y de Reformas, sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, de 18 de mayo de 1847 y, 4) en la Constitución de 1857. Con estos precedentes se sostiene la esencia del juicio de amparo.

1. Constitución de 1824

El germen del amparo contra leyes es la Constitución promulgada el 4 de octubre de 1824. La sola lectura de su denominación supone, de entrada, una clara semejanza con la Constitución Política de los Estados Unidos de América. Es lógico suponer que los Constituyentes de 1824 estuvieran más preocupados por definir la forma de Estado, para una nación que recién surgía como Estado independiente. Por eso su aportación está enfocada al federalismo y la división de poderes.

Es de precisar que en esta Constitución de 1824 no aparecía un catálogo de derechos fundamentales como en la Constitución de 1857, sino sólo algunos derechos dispersos en diferentes preceptos, que correspondían a los previstos en la Constitución de Cádiz de 1812 (la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen). En consecuencia no contenía la parte dogmática.¹ Pero establecía la libertad de escribir, imprimir, publicar, la propiedad, la posesión y el derecho fundamental a la administración de justicia.²

Sin embargo, no podemos olvidar que antes de esa Constitución de 1824, existían otros documentos se referían a algunos derechos fundamentales, tales como:

- El Bando de Hidalgo de 1810, que abolió la esclavitud.

¹ Se trata de explicar ese hecho en que al apoyarse en la Constitución Norteamericana que consideraba que esos derechos eran del ámbito interno de los Estados integrantes de la Federación y que fue en 1791 que se incorporaron las diez enmiendas que constituyen el *Bill of Rights* de esa Constitución. Cfr.: Fix-Zamudio, Héctor y Carmona Tinoco, Jorge Ulises: "Derechos Fundamentales", en *Panorama del derecho constitucional mexicano*, coords. Diego Valadés y Miguel Carbonell, Porrúa y UNAM, México, 2006, pp. 2-3.

² Artículos 50, fracción III; 161, fracción IV; 112, fracciones II y III; 146 a 153.

- Los Sentimientos de la Nación, que reiteró la proscripción de la esclavitud y la distinción de castas, quedando todos iguales; que aludía a la libertad, igualdad, independencia y soberanía.³
- La Constitución de Apatzingán de 1814, que apoyándose en la Constitución francesa, dispuso que *La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad; y que la conservación íntegra de estos derechos era el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas.*⁴ Esa Constitución contenía una parte dogmática, concerniente a las garantías individuales.

Volviendo a la Constitución de 1824, es oportuno mencionar el pensamiento del maestro Ignacio Burgoa, en su obra *El juicio de amparo*, al sostener que la espontánea división de bandos ideológicos, conservadores y liberales, llegó inclusive, a la más devastadora guerra civil por casi un siglo. El desgaste generado por definir un Estado federal o uno centralista, el primero, impulsado por quienes suponían que el éxito del vecino país del norte se debía a su forma de Estado federal y, el segundo, defendido por quienes invocaban la tradición centralista del virreinato; esta tendencia impidió que los constituyentes se ocuparan por incorporar un capítulo para las garantías individuales.

Sin embargo, por lo que hace a la defensa de los derechos humanos, resulta pertinente indicar que la génesis del amparo se contiene de alguna manera en su artículo 137, fracción V, punto sexto, última parte que facultaba a la Suprema Corte de Justicia para conocer

³ Punto 15 de los Sentimientos de la Nación.

⁴ *Ídem.*

de las infracciones a la Constitución y leyes generales, según lo prevenga la ley.

Alfonso Noriega, supone que de haber ocurrido en México, como en EUA donde se interpretó la referida disposición y se emitió una ley reglamentaria, entonces, en nuestro país, se hubiera definido la existencia del primer medio de control de la constitucionalidad de leyes.

En este orden de ideas, permítaseme recordar esa gran oportunidad que la Suprema Corte de Justicia tuvo para consolidar un medio de control constitucional y la desaprovechó al tomar una decisión equivocada. Dos magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, de nombres Francisco Flores Palacios y Antonio Nevada fueron separados de sus cargos por disposición de una nueva ley promulgada por el Congreso de Oaxaca.

Aquellos magistrados, acudieron a la Suprema Corte de Justicia en demanda de indemnización, al considerar que la ley era opuesta al texto de la Constitución Federal de 1824.

Los ministros de la Corte discutieron sobre la facultad de conocer sobre las infracciones de la Constitución y leyes operantes sin haberse puesto de acuerdo. Por lo que decidieron consultar al Congreso General (Poder Legislativo) sobre la interpretación que debería darse a dicho precepto.

El Congreso General, por conducto de la comisión de puntos constitucionales, respondió a la consulta, negando a la Corte cualquier facultad para revisar si una ley resultaba contraria al texto constitucional. Como era de esperarse, el Congreso General, como cuerpo político, no estaría dispuesto a conceder tan importante facultad a otro poder, pues los más elementales principios de la ciencia política llevan a considerar que el poder no se comparte, se ejerce.

Con esta decisión, la Corte perdió la oportunidad histórica de conocer y resolver el primer caso de un recurso contra una ley considerada contraria a la Constitución federal.

2. Constitución de 1841 del Estado de Yucatán

El segundo antecedente histórico se refiere a la promulgación de la Constitución del Estado de Yucatán de 1841. El término amparo fue utilizado por primera vez por don Manuel Crescencio Rejón, quien en el año de 1840, al elaborar el proyecto de Constitución del Estado Yucatán, que establecía que el Poder Judicial de dicha entidad, tendría la facultad de proteger los derechos fundamentales reconocidos legalmente por el máximo ordenamiento local. La aportación de tan insigne jurista, pilar de nuestro régimen constitucional, fue plasmado en los artículos 53, 63 y 64 del proyecto de la Constitución yucateca, los que establecían que el amparo se seguiría por la vía de acción, a instancia de la parte agraviada y contra leyes y decretos de la legislatura local, contra actos del gobernador del Estado y contra actos del Poder Judicial de dicha entidad.

Las ideas de Rejón, se concretizaron en los artículos 8, 9 y 62 de la Constitución yucateca de 1841, en ellos se advierten las bases que hoy siguen vigentes, como lo son la vía de acción a instancia de la parte agraviada contra cualquier acto proveniente de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial que conculquen los derechos de los ciudadanos y, que la facultad de proteger los derechos reconocidos por la Constitución corresponde al Poder Judicial. En suma, Manuel Crescencio Rejón hizo el sembrado que da origen a tan “ATEMPORAL” institución constitucional del juicio de amparo.

3. Acta Constitutiva y de Reformas de 1847

Otro de los precedentes es el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente. El conjunto normativo surgió en medio de una crisis nacional (como consecuencia de la invasión estadounidense) que tenía como objeto renovar la Constitución de 1824, cuyo propósito sería reorganizar los Poderes federales de la nación mexicana.

Al mencionar que en 1847, nuestro país se convulsionaba por sus diferencias internas y, además, por la invasión norteamericana que se inició por el norte del país, en Monterrey, para acercarse a la capital, cuando el Constituyente se debatía por conseguir la nueva Constitución, después del fracaso del Plan de Tacubaya para promulgar una nueva en 1824 y anular la vigencia de una espuria Constitución conocida como “Las Bases Orgánicas de 1843” impuesta por Santa Anna, y del cuerpo gobernante integrado por 80 notables. A partir de ahí empiezan a moverse las cosas en contra del gobierno santanista y, surge así, el Constituyente de 1847 y, con ello, el Acta de Reforma que en principio tenía el propósito de reestablecer la Constitución de 1824, que había sido provisionalmente interrumpida por aquella compuesta por 7 leyes constitucionales de corte centralista. Así pues, con el Acta de Reforma se revive la Constitución del 24 pero se le hacen algunas adiciones, dedica un capítulo a las garantías individuales, empero lo importante fue el artículo 25 que establece, de manera expresa, por primera vez en la historia de México, el juicio de amparo, remitiendo a una ley secundaria que detallaría un catálogo de garantías individuales que por cierto nunca se promulgó. El autor del texto de esta institución fue Mariano Otero.

Algo muy importante es que Mariano Otero tomó como referencia parte de su diseño del juicio de amparo de los queretanos. Corría el año de 1830 cuando la Legislatura de Querétaro manda al Congreso General una propuesta de modificación y adición a la Constitución federal de 1824, que planteaba en ese momento la legislatura local de Querétaro. Esa legislatura sugería que se intercalara un precepto en la misma, que establecía un control constitucional de las leyes en un sistema de contra-pesos. ¿Qué significa este sistema de contra-pesos? La Legislatura de Querétaro proponía que el Congreso General tendría la facultad de declarar nulas por inconstitucionales las leyes de cualquier legislatura de toda la República mexicana, que fueran contrarias a la Constitución federal, mediante este sistema, se podrían declarar inconstitucionales por mayoría de votos, las leyes locales, así también las legislaturas de los Estados, en conjunto y en mayoría contaban con la facultad de declarar inconstitucional una ley federal, es decir, expedida por el Congreso General que fuera contraria a la Constitución federal, entonces había un verdadero equilibrio, por lo menos constitucionalmente hablando, entre las legislaturas y el Congreso General, esto es un verdadero signo del federalismo. En un federalismo al estilo de los vecinos del norte, quienes fueron los creadores del pacto federal, al que se refiere Alexis de Tocqueville, quien señalaba que la verdadera esencia del federalismo, significaba que mientras no desaparezca o se debiliten las entidades federativas, y se conviertan en jefaturas del centralismo, así como permanezcan esos Estados fuertes y poderosos, y que el gobierno federal también ejerza sus propias facultades, esto representa el no desaparecer ni anular la autoridad de los Estados, lo que no ha ocurrido en nuestro país, quizás, porque adoptamos un régimen que no era acorde con nuestra nación.

Bueno, regreso a esta propuesta de Querétaro, que coincide casi literalmente, cambiando algunos términos mínimos con la que presenta Mariano Otero en el Acta de Reforma de 1847, que contiene dos partes del medio de control constitucional, una el juicio de amparo para los individuos ante los tribunales y, la otra, ejerce un control constitucional de las leyes en un sistema de contra-pesos entre las legislaturas-federación.

A mí no me queda la menor duda, que Otero reprodujo este documento de la Legislatura del Estado de Querétaro, donde existe copia de esa propuesta en una obra de un importante compilador como lo fue Isidro Montiel Duarte, el cual se compone de cuatro volúmenes donde se recompilan los documentos nacionales más trascendentes de la vida constitucional y política de México.

Volviendo al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, es de recalcar que entonces la misma se encuentra influenciada por el voto particular de Mariano Otero de 5 de abril de 1847, donde se establece un sistema mixto de control de la constitucionalidad, consistente, por una parte, en que el Congreso General y el Poder Legislativo de los Estados, podrían anular leyes federales o locales siempre que contravinieran lo dispuesto en la Constitución y, por otro lado, que a través de los tribunales federales del Poder Judicial, se protegerían los derechos fundamentales que se advirtieran vulnerados por alguno de los Poderes Legislativo o Ejecutivo. El mérito de Otero consistió en que fue el autor de la fórmula jurídica que encierra los efectos de la sentencia recaída de un juicio de amparo, es decir, la creación de la fórmula Otero o principio de relatividad de la sentencia.

El Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, en sus artículos 5 y 25, plasmaba el pensamiento del distinguido jalisciense jurista y político Mariano Otero, al asociarse

con la idea de que el Estado mantiene la obligación de proporcionar un instrumento legal para garantizar y proteger el goce de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Es notorio que los tribunales federales mantienen la facultad de salvaguardar los derechos fundamentales para evitar alguna vulneración que proviniese del Ejecutivo y Legislativo y, con ello, se fortalece el principio de relatividad de la sentencia. Los citados artículos son fruto indubitable del voto particular de Mariano Otero, quien fijó las primeras directrices del amparo.

4. Constitución de 1857

El 5 de febrero de 1857, hace 160 años, fue jurada la Constitución Federal que vino a dar vida a la institución del amparo de manera clara y bien estructurada. Los artículos 101 y 102 fueron los equivalentes a los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal de 1917, vigentes en lo sustancial desde hace 100 años.

El numeral 101 de la Constitución de 1857 establecía que los tribunales de la federación resolverían toda controversia que se suscitara por leyes o actos de cualquier autoridad que violaran las garantías individuales,⁵ por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados y, por leyes o actos de sus autoridades, que invadan la esfera de la autoridad federal.

Por primera vez el juicio de amparo se estableció con toda claridad como medio de control de la constitucionalidad de las leyes. El día de hoy, nadie duda que el amparo sea el instrumento establecido para que cualquier gobernado pueda cuestionar una ley ante los jueces federales a efecto de que declaren la inconstitucionalidad de aquélla.

⁵ Constitución Política de la República Mexicana de 1857.

Resulta oportuno señalar que la Constitución de 1857, en los primeros 29 artículos, también dispuso que el pueblo mexicano reconocía que los derechos del hombre eran la base y el objeto de las instituciones sociales, y que todas las leyes y demás autoridades del país debían respetar y sostener las garantías que otorgaba la Constitución. Reconocimiento que se ha considerado una manifestación de iusnaturalismo, en una Constitución que refleja la influencia francesa.

Se prevé en el texto normativo que esos derechos del hombre serían defendidos mediante la institución del amparo, aun cuando al reformarse esta Constitución para dar lugar a la de 1917, la iniciativa criticaba precisamente que esa defensa no tuvo la importancia práctica que de ella se esperaba, al desnaturalizarse el recurso de amparo y quedar convertido en arma política y, posteriormente en medio apropiado para socavar la soberanía de los Estados, incluso quedaron sujetos a la revisión de la Suprema Corte, hasta los actos de aquéllos más insignificantes. Además, porque las leyes orgánicas del juicio de amparo ideado para proteger los derechos individuales no alcanzaron un resultado pronto y seguro, sino dificultaron la expedición de la justicia.⁶

Respecto del juicio de amparo, vale decir que hoy se reconoce una institución de protección fundamental contra actos de cualquier autoridad, pero a mediados del siglo XIX, en un país en el que aún campeaba la idea de que la soberanía residía en el Poder Legislativo, esto no era aceptable, no obstante que las ideas liberales europeas habían superado ese concepto de soberanía para sustituirlo por el de la soberanía popular.

⁶ Diario de los Debates del Congreso Constituyente, 1º de diciembre de 1916, Informe del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista don Venustiano Carranza, pp. 260 y 161.

Por esa razón, a la propuesta sometida a debate en el Constituyente 56-57, para incorporar la procedencia del amparo contra leyes, ofendió tanto a la majestad legislativa y generó acaloradas discusiones y severas impugnaciones por parte de los diputados integrantes de la Comisión de Puntos Constitucionales. Sin embargo, las voces de los diputados Melchor Ocampo, Mata y Moreno, entre otros, procuraron contestar y desestimar las objeciones del nigromante y sus seguidores, logrando convencerlos de la bondad de la propuesta.

El artículo 102 del proyecto original propuso un sistema de protección constitucional de carácter jurisdiccional, eliminando el sistema de control constitucional de las leyes, ejercido por órgano político contemplado en el Acta de Reforma de 1847, para ser sustituido por otro, ejercido por los tribunales tanto federales como locales, previa garantía de un jurado compuesto de vecinos del Distrito respectivo.

En las sesiones de 28 y 29 de octubre de 1856, se presentó el proyecto del mencionado artículo, en cuyas reuniones se congregaron insignes personalidades como Ponciano Arriaga y José María Mata, quienes se pronunciaron a favor, mientras que Ignacio Ramírez y Jesús Anaya Hermosillo emitieron su opinión en contra. También hubieron propuestas donde sugirieron modificaciones al proyecto, tales como las correspondientes a los diputados Albino Aranda y Melchor Ocampo.

La controversia suscitada respecto al amparo, se centraba en la invasión de competencias entre los Poderes de la Unión; el primer diputado que salió en defensa del proyecto del artículo 102 de la Constitución de 1857 fue José María Mata, argumentando lo siguiente:

El señor Mata...

...las garantías individuales están aseguradas por el

código fundamental, todo ataque que ellas sufran es una infracción de la Constitución sujeta al examen de los tribunales federales; que la concurrencia de éstos con los de los Estados será determinada por la ley orgánica y que precisamente en que las sentencias se refieran simplemente a casos particulares, anulando de una manera indirecta los actos que motiven la queja, consiste la ventaja del sistema de la comisión, que tiende a evitar todo género de disputas entre los Estados y el poder federal.

Se advierte que el notable legislador sustentó su defensa argumentando que cualquier violación a la Constitución, debería estar sujeta al conocimiento del Poder Judicial.

En respuesta, Ignacio Ramírez dijo textualmente:

El Sr. Ramírez... Lo que en realidad se quiere es que en lo de adelante los tribunales tengan la facultad de derogar parcialmente las leyes y de revocar las órdenes de las demás autoridades. Las quejas deben dirigirse siempre contra el ejecutor de las leyes o contra el funcionario que falte a sus deberes y éste es el camino para hacer efectiva la responsabilidad; pero, en el sistema inventado por la comisión, las quejas han de ser contra las leyes, para obtener su derogación en favor del individuo determinado, resultando de aquí que el poder que derogue las leyes no es el que las hace, lo cual es contrario a todo principio de jurisprudencia. Los fallos de los tribunales van a ser excepciones de ley, y estas excepciones sólo debe concederlas el mismo legislador. Los tribunales, pues, a título de juzgar, van a ser legisladores superiores a los Estados y a los poderes federales.

Cuando un juez pueda dispensar la aplicación de una ley, acaba la majestad de las leyes, y las que se

den después carecerán de todo prestigio, lo cual de ninguna manera puede ser conveniente.

Casi todas las leyes contienen restricciones o taxativas que disminuyen un tanto las garantías individuales. Pocas leyes habrá que el interés particular no denuncie como atentatorias ante los jueces y, así, el Poder Legislativo se nulifica y se establece un absurdo en jurisprudencia.

De los argumentos vertidos, se desprende que el nigromante sostenía que, al Poder Judicial se le estaban otorgando atribuciones que iban más allá de su naturaleza, al decir que la facultad para derogar parcialmente las leyes y de revocar órdenes de las demás autoridades en sus sentencias, estaría realizando funciones del Poder Legislativo. De igual forma, el diputado Jesús Anaya Hermosillo, apoyaba el punto de vista de Ignacio Ramírez, expresándose de la siguiente manera:

El Sr. Anaya Hermosillo... Dijo que dar al Poder Judicial injerencia en los actos de todas las demás autoridades es contrario al principio de que nunca se depositen dos o más poderes en una misma corporación o persona; que este artículo va a destruir la independencia de los poderes, que es indispensable para que subsista la libertad.

A su vez el jurista Ponciano Arriaga replicaba:

El Sr. Arriaga... Las garantías individuales, como aseguradas por la Constitución, deben ser respetadas por todas las autoridades del país, los ataques que se den a tales garantías son ataques a la Constitución y de ellos deben conocer los tribunales federales.

El pensamiento del ilustre jurista, reafirmaba que las violaciones a la Carta Fundamental eran competencia de los tribunales federales.

En esta misma tesitura, el diputado Albino Aranda

coincidía con el proyecto, sin embargo, sugería que los tribunales federales serían los únicos competentes para conocer las violaciones a la Carta Magna y dicha modificación la expresaba de la siguiente manera:

El señor Aranda... Lo más prudente es que se ocurra a un tercer poder y, para que éste sea imparcial, no debe ser el mismo legislador, sino los tribunales encargados de la aplicación de las leyes y que fallarán conforme a la Constitución, refiriéndose sólo a casos particulares. El orador defiende con buenas razones y con mucha claridad el plan de la comisión, pero se opone a la intervención que da el artículo a los tribunales de los Estados. Si la queja se refiere a algo relativo al régimen interior de un Estado, la cuestión toca exclusivamente a los tribunales del mismo Estado; si se refiere a intereses federales, son competentes los tribunales de la federación y, así, no tiene objeto la unión que el artículo consulta y lo que debe hacerse es lo que ha explicado la comisión.

La participación de Aranda, se basaba en que las violaciones a la Constitución federal solamente serían competencia del Poder Judicial de la Federación.

Cabe mencionar que el jurista Melchor Ocampo pidió retirar el punto para reformarlo con posterioridad, presentó una nueva redacción del artículo 102, en la cual conservaba la esencia del proyecto pero de una manera sencilla y clara, acogiendo algunas ideas aportadas en las sesiones del Constituyente.

Finalmente, la Constitución de 1857 recogió el principio de relatividad de las sentencias, la federalización del amparo, y la facultad del Poder Judicial de la Federación de conocer las violaciones a los derechos fundamentales reconocidos por el máximo ordenamiento.

Por último, se advierte que en la redacción final del

artículo 102 de la Constitución no se incluyó el jurado vecinal, omisión que se le atribuye a León Guzmán, miembro único de la comisión de estilo, hecho que fue considerado como un fraude parlamentario, pero que se considera la salvación del juicio de amparo, toda vez que de haber subsistido el jurado popular, el trámite habría perdido su brevedad y se hubiera convertido en un procedimiento tortuoso condenado a desaparecer.

i) Ley Reglamentaria de 1861 y Ley de Amparo de 1869

El juicio de amparo nace formalmente con la Constitución de 1857. En consecuencia, se emite su primera ley reglamentaria de 1861. Posteriormente, dicho conjunto de normas se vio sustituido en 1869 con la promulgación de una nueva Ley de Amparo. Este segundo cuerpo normativo, en su artículo 8°, establecía que el amparo contra resoluciones judiciales no procedía.

ii) El amparo del Juez de letras de Culiacán Miguel Vega

Aunque hubo algunos antecedentes, comentemos el episodio histórico jurídico de Miguel Vega que concretiza el primer amparo contra leyes, suceso paradigmático en el derecho mexicano.

El obstáculo señalado fue superado por el caso del Juez de Letras de Culiacán, Miguel Vega. Dicho precedente tuvo su inicio con una causa penal del fuero común, en la que un cargador, José Bañuelos, apuñaló al jornalero Benito Prado en Culiacán. El juez que conoció este hecho criminal fue Miguel Vega, que el 18 de diciembre de 1868 juzgó que el heridor había actuado en legítima defensa y en riña. La sentencia del juzgador Vega le impuso dos meses y medio de prisión y tuvo por compurgada la pena. En apelación, el Tribunal Superior del Estado de Sinaloa

consideró ilegal esta sentencia, revocó y sancionó al juez (se le impuso una doble sanción: privándolo de sus funciones como juez durante un año y prohibiéndole el ejercicio de su profesión de abogado por el mismo periodo). Contra la sanción, el juez de primera instancia interpuso juicio de amparo, no obstante el texto del artículo 8° de la ley referida de enero de 1869: *no es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales*.

En virtud de lo anterior, el licenciado Miguel Vega apeló el desechamiento de su amparo realizado por un Juez de Distrito en Culiacán, acudiendo ante la Suprema Corte de Justicia, como órgano jurisdiccional competente, que declaró implícitamente, inconstitucional el artículo 8° de la Ley de Amparo, toda vez que contravenía lo dispuesto en el artículo 101 de la Constitución de 1857.

Constitución de 1917

La Constitución de 1917, resultado de la primera revolución social del siglo XX recoge el ideal del pueblo mexicano para que éste contara con una herramienta efectiva en el control de la legalidad, al decir que mantiene la esencia y los alcances del juicio de amparo que fueron otorgados por el Constituyente de 1856-1857. En otras palabras, el amparo permanece como el mecanismo por excelencia para defender los derechos fundamentales contra cualquier ataque proveniente de los Poderes de la Unión.

Por lo que hace a la regulación de los derechos humanos, es de mencionarse que en el Título Primero del proyecto de Constitución de 1917, presentado por Venustiano Carranza, se propone su modificación para lograr que el quebrantamiento de las garantías individuales fuera efectivamente proscrito y recibiera castigos severos, considerando que la sola proclamación de un principio

fundamental no fue suficiente para imponer respeto, así como se expresa en la Constitución de 1857, que el número de atentados contra la libertad y sus diversas manifestaciones fue sorprendente, por abusos y excesos de la autoridad y que no se pudo reprimir ni menos castigar, que hubieron un sin número de amparos por consignación al servicio de las armas, no contra las arbitrariedades de los jefes políticos.

Así, observamos que el Título Primero de la Constitución de 1917, cambia su denominación por “De las garantías individuales”, que prevalece hasta la reforma de 2011. El texto original del artículo 1º disponía que: *En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga la constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.*

El nuevo texto del artículo 1º, a decir de algunos autores, evidenciaba un carácter positivista en razón de que de manera expresa se sostiene que es la Constitución la que otorga las garantías a los individuos, y que los derechos del hombre al estar previstos en la Constitución se convierten en garantías.⁷

También se evidencia una mayor amplitud de los derechos al considerar los derechos sociales en materia agraria y laboral como conquista de la Revolución Mexicana.

Por otra parte, se modifica el texto del artículo 14 constitucional para comprender no sólo a los juicios de orden criminal, sino también los de orden civil después

⁷ Patiño Camarena, Javier: *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 217 y 218. Consulta electrónica en la página www.juridicas.unam.mx y <http://biblio.juridicas.unam.mx>

de diversas controversias de su alcance, al considerar que el pueblo mexicano estaba acostumbrado al amparo en los juicios civiles para librarse de las arbitrariedades de los jueces, proponiendo limitarlo a los casos de verdadera y positiva necesidad, dándole un procedimiento fácil y expedito para que fuera efectivo en su reglamentación.⁸

Volviendo a la institución del amparo en la Constitución de 1917, consideramos que desde el Constituyente de 1916-1917 hasta nuestros días, el amparo ha ido avanzando con las circunstancias políticas, sociales y económicas. Sin embargo, como hemos referido, no fue sino hasta la reforma constitucional de 6 de junio de 2011 que se originó un gran parteaguas en los alcances y efectos del juicio de amparo; dentro de esos importantes cambios encontramos que el amparo contra leyes ha logrado vencer la fórmula Otero para alcanzar la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Control constitucional de las leyes

Hans Kelsen afirma que un Estado de derecho es la columna vertebral que sostiene toda la estructura legal de un sistema jurídico. La Constitución debe ser plenamente respetada, porque de ella depende la validez de todas las normas inferiores. La pureza y el respeto a las reglas constitucionales sólo pueden estar garantizados si un órgano distinto del Poder Legislativo tiene la tarea de revisar y comprobar que una ley sea constitucional y, en caso contrario, cuando constate que contiene vicios de inconstitucionalidad y pueda declarar su invalidez o inaplicación.

⁸ Diario de los Debates del Congreso Constituyente, 1º de diciembre de 1916, Informe del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza, pp. 262 y 163.

El órgano del Estado dotado de tal responsabilidad puede ser un tribunal especial que suele llamarse “Tribunal Constitucional”, o bien, los tribunales ordinarios, de manera especial la Suprema Corte de Justicia.

El pensamiento kelseniano refiere que un sistema de control de la constitucionalidad de leyes se define por cinco conceptos fundamentales: a) El objeto o materia del control; b) El criterio del control; c) El órgano del control; d) El procedimiento del control; y, e) Los efectos o resultados del control.

En un sistema de control de constitucionalidad, el objeto suele estar constituido por las leyes; es decir, por los actos emanados del Poder Legislativo, de carácter general y abstracto, así como por todas las demás disposiciones que, aun cuando formalmente no tengan el carácter de leyes por no emanar del Poder Legislativo, materialmente tengan el carácter general y abstracto inherente a los actos legislativos.

En México, hasta antes de las reformas constitucionales de 6 de junio de 2011 y de la Ley de Amparo de 2013, el objeto o materia de control del amparo contra leyes lo constituían las propias leyes, en su acepción amplia, que incluye los reglamentos y cualquier otra disposición de carácter general y abstracto.

En efecto, tanto la doctrina constitucional extranjera como la nacional, las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación extendieron el concepto de leyes a los decretos del Poder Legislativo, a los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo y, en general, a cualquier disposición gubernamental que tenga las características de generalidad y abstractas, propias de los actos legislativos.

Las citadas reformas a los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

y la nueva Ley de Amparo superaron el problema de la interpretación, sustituyendo el concepto de “leyes” por el de normas generales.

Cabe precisar que tanto las circulares como las órdenes al presidente de la República no tienen el carácter de disposiciones legislativas para efectos del amparo contra leyes por carecer de las características de ser abstractas y generales.

La segunda característica kelseniana, criterio del control, es el punto de vista que debe adoptar el órgano de control para declarar la invalidez de una ley. El criterio lo debe proporcionar la propia norma fundamental. En nuestro país el artículo 103 constitucional lo establece en sus tres fracciones.

Donde se observa que el criterio de control del amparo contra leyes se limita a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales y a las garantías otorgadas por la misma Constitución. Ello le daría a nuestro juicio de amparo el carácter de un medio de control parcial de la misma.

Sin embargo, a partir de la reiterada interpretación que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde la Quinta Época del *Semanario Judicial de la Federación* y todos los tribunales de amparo en nuestro país, de las garantías de los artículos 14 y 16, entre otros, la protección se ha extendido a todo el texto constitucional.

Por tanto, en México el criterio de control del juicio de amparo contra leyes lo constituye toda la norma constitucional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El tercer elemento se refiere a la autoridad que ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes. Existen fundamentalmente dos esquemas de control

en los distintos sistemas jurídicos. El primero cuando el encargado de esta responsabilidad es un órgano o autoridad distinta de las que componen los poderes judicial, legislativo o ejecutivo; caso en el que podría sostenerse la existencia de un cuarto poder.

En el segundo esquema la responsabilidad de la tutela constitucional le corresponde al Poder Judicial; a este tipo de control llamado jurisdiccional corresponde el amparo contra leyes en México. Ello se desprende del artículo 103 constitucional, que da competencia a los tribunales de la federación para conocer del juicio de amparo contra las leyes. Se le conoce como control concentrado de la constitucionalidad, por estar asegurado de manera exclusiva a tribunales federales especializados.

No obstante, a raíz de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, específicamente del artículo 1º y de su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución dictada en el controvertido caso de Rosendo Radilla, se consideró también la facultad de todos los tribunales del país para analizar la inconstitucionalidad de una norma general y, en su caso, dejar de aplicarla en perjuicio de una de las partes en el conflicto sometido a su consideración.

A esta forma de control de la constitucionalidad de las leyes se ha denominado control difuso.

En relación con la cuarta característica diremos que en el procedimiento del control, el Poder Judicial Federal en México ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes mediante un verdadero juicio, que comienza con la presentación de la demanda de amparo y termina con la sentencia que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley.

El carácter de juicio del amparo mexicano se desprende del artículo 107, fracción I, de la Constitución

Federal que establece que éste se seguirá siempre a instancia de parte agraviada. Con la presentación de la demanda, la parte quejosa deduce la acción constitucional del amparo.

Tratándose del control difuso de las leyes, el procedimiento también es de carácter jurisdiccional, pero no se inicia con una acción, como en el juicio de amparo, sino de oficio o a petición de cualquiera de las partes de una controversia común, por vía de excepción.

Ahora me referiré a la última característica, los efectos del control. Una vez que el órgano de control, en nuestro caso los tribunales de amparo, dictan su resolución declarando la inconstitucionalidad de la norma general, los efectos de la declaración, son diferentes según el sistema constitucional adoptado en cada país.

En los EUA, por ejemplo, la declaración de que una ley es inconstitucional no la deroga inmediatamente, sino que sólo se inaplica al caso particular, aunque la fuerza moral del precedente reiterado hace que pierda prestigio y pronto deje de aplicarse como si hubiese sido derogada.

En otros sistemas el efecto de la declaración implica la derogación inmediata. En México, en el caso del control difuso, lo que hace el órgano de control es dejar de aplicar la ley en la resolución procesal correspondiente.

En el control concentrado, ejercido en México por el Poder Judicial de la Federación, a través del amparo, el efecto es inaplicar la ley al quejoso, pero de acuerdo con las últimas reformas del artículo 107, fracción II, tercero y cuarto párrafos de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentra en la facultad de hacer la declaratoria general de inconstitucionalidad de la norma reclamada, lo que viene a modificar la fórmula Otero, que durante más de siglo y medio se mantuvo plenamente vigente.

Finalmente y a manera de reflexión, que comparto con ustedes, diremos: *EL JUICIO DE AMPARO ES UNA INSTITUCIÓN ATEMPORAL E INMARCESIBLE*, que ha dado muestras de evolución, ajustándose a los requerimientos de una sociedad mutable y cambiante, produciendo la reforma constitucional de junio de 2011.

Las reformas constitucionales están determinadas por la historia y la realidad sociopolítica del país. El amparo se originó como una exigencia de la sociedad, para limitar el poder público a través de un medio de control constitucional, que preservara los derechos fundamentales reconocidos en nuestro máximo ordenamiento.

El amparo se originó con bases sólidas aportadas por grandes mexicanos, que hasta el día de hoy perduran, y siguen marcando las directrices para que nuestra ilustre institución siga perfeccionándose y adecuándose a los tiempos en que vivimos. De esta forma, la Ley de Amparo cumple con la primera parte del apotegma de Rousseau, *las buenas leyes traen otras mejores; las malas producen otras peores*. Por último, afirmamos que la aplicación de la figura del amparo permite que brille el horizonte jurídico de nuestra nación.

Problemas actuales: polizones-pasajeros ilegales a bordo de embarcaciones¹

Reflexiones en torno al significado del Convenio FAL

Barbara Stępień²

SUMARIO: I. Introducción. II. Reacción internacional. III. Procedimiento a seguir con polizones. IV. ¿La otra perspectiva?: consideraciones conclusivas. V. Bibliografía.

ABSTRACT: In this article the problem of maritime stowaways is analyzed under the optic of international maritime law, especially from the perspective of shipping industry. The article argues that the regulation foreseen by the Convention on Facilitation of International Maritime Traffic (FAL) imposes a heavy burden on the Shipowner and Captain attributing them the economical and administrative responsibilities inherent to the maintenance

¹ Traducción del polaco del Dr. Mauro Arturo Rivera (Suprema Corte de Justicia de la Nación). Este artículo apareció publicado como Stępień, Barbara, "Aktualny problem: blindziarze – nielegalni pasażerowie na statkach. Refleksja na temat znaczenia Konwencji FAL", en Perkowski, Maciej y Szymański, Janusz (eds.) *et al*, *Człowiek i prawo międzynarodowe. Księga dedykowana Profesorowi Bogdanowi Wierzbickiemu*, Białystok, Editorial Temida 2, 2014, págs. 469-477. Su actualización fue realizada durante una estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Nov. 2015-Mar. 2016).

² Doctora en Derecho con especialidad en Derecho Internacional Público por la Universidad Jaguelónica (Cracovia). Actualmente es Investigadora Postdoctoral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigadora visitante en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional por haber sido galardonada con el premio Kutrzeba (2014). Capitán de Yate 200GT. @BASstepien (Twitter).

and repatriation of stowaways. Such duties may conflict with duties related to the safety and security of ships, crew, cargo and human rights of seafarers.

KEY WORDS: Stowaways, Maritime Industry, Human Rights, Migration.

RESUMEN: Este artículo analiza la regulación jurídica del problema del polizonaje desde la perspectiva de la industria marítima en el contexto de la actual crisis migratoria. Se argumenta que la regulación prevista por el Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional (FAL) impone una pesada carga al armador y capitán de la nave al atribuirles la responsabilidad de soportar la carga económica y tomar responsabilidades administrativas inherentes a la manutención y repatriación de polizonajes. Tales deberes pueden entrar en conflicto con deberes relativos a la seguridad del buque, tripulación, cargamento y derechos humanos de los marineros.

PALABRAS CLAVE: Polizonaje, Industria Marítima, Derechos Humanos, Migración.

I. Introducción

1. Existen numerosas razones por las que personas de orígenes diversos en el mundo deciden escapar de su lugar de residencia que es, en la mayoría de los casos, su lugar de origen. Frecuentemente, son orillados a ello por fuertes crisis económicas o inestabilidad política en sus países, persecuciones (por ejemplo, por motivos religiosos) o simplemente llevados por el deseo de una mejora en su calidad de vida³ en países o regiones con

³ McNicholas, M.: *Maritime...* cit., p. 173.

un mayor desarrollo como Europa, Estados Unidos o Australia. Las temáticas relacionadas con la migración ilegal, refugiados o solicitantes de asilo, tocan una gran variedad de áreas del derecho internacional, como los derechos humanos, derecho de los refugiados, derecho humanitario e inclusive derecho penal internacional.

2. Las embarcaciones marítimas son con frecuencia el medio de transporte elegido por los migrantes y, por tanto, corresponde al derecho del mar afrontar este problema. En ocasiones, los medios de comunicación publican información sobre intercepciones espectaculares de embarcaciones realizadas por los servicios de la Guardia Costera o Aduanera, con una construcción primitiva y condiciones de hacinamiento, con grandes números de migrantes a bordo (por ejemplo, en la costa de Estados Unidos con refugiados provenientes de Cuba). A veces hay trágicas noticias sobre desastres de embarcaciones con refugiados (el hundimiento en la costa de la isla italiana de Lampedusa el 3 de octubre de una embarcación con inmigrantes ilegales provenientes de Libia y días después el hundimiento de una embarcación en las aguas territoriales de Malta con refugiados de África o el naufragio en las costas de Indonesia en julio de 2013 de un barco con refugiados de Sri Lanka e Irán

⁴ Por ejemplo, sólo en un mes (abril de 2015), más de 1300 refugiados se perdieron o murieron en el mar. Sobre ello, el reporte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: Agencia de la ONU para los Refugiados, *The Sea route to Europe: The Mediterranean passage in the age of refugees*, Génova, 2015, p. 8. (El texto completo se encuentra disponible en <http://www.unhcr.org/5592bd059.html>). Véase también Organización Internacional para la Migración, *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond: Compilation of available data and information*, Génova, 2016. (El texto completo se encuentra disponible en http://www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/IOM-Mixed-Migration-Flows-Mediterranean-and-Beyond-14-January-2016.pdf).

a bordo).⁴ Además de ello, dada la así llamada *crisis marítima de los refugiados* en Europa, casi cada pocos días se reportan personas extraviadas o ahogadas en el mar. El problema de la migración ilegal marítima también influencia a países latinoamericanos.⁵

3. Un grupo ligeramente distinto lo constituyen aquellas personas que de forma sigilosa consiguen introducirse en las cubiertas de carga y pasaje, utilizando de escondite lugares donde hay una gran probabilidad de que no serán descubiertos (*inter alia*, en contenedores, bodegas de carga, entre la carcasa del buque, sala de máquinas o el compartimiento del ancla) y de esta forma intentan llegar a un *mundo mejor*. A estas personas se les designa con el nombre de polizones.⁶

4. El fenómeno del viaje marítimo se encuentra por largo tiempo indisolublemente ligado al imperceptible ingreso de personas en las cubiertas de las embarcaciones para disfrutar de un *viaje sin boleto*. Sin embargo, desde la segunda guerra mundial e incentivada por el desarrollo de las regulaciones internacionales en materia de derechos humanos, la aproximación a esta cuestión ha cambiado de forma significativa.

⁵ De acuerdo con la Secretaría de Marina mexicana y el Instituto Nacional de Migración, aproximadamente 150 migrantes son rescatados mensualmente por la marina mexicana. Véase el Comunicado de Prensa de la Secretaría de Marina 021/2013. Disponible en <http://bit.ly/1nq3EDF> (última consulta, 25 de enero de 2016). Ello tuvo cierto eco en la prensa nacional. Véase <http://bit.ly/1QhpPFk> y <http://bit.ly/1RWygJH> (última consulta, 25 de enero de 2016). Una situación similar acontece en la frontera sur de México (principalmente en Chiapas) en la que los migrantes centroamericanos cruzan la frontera para buscar residencia permanente en México o bien, un paso hacia Estados Unidos.

⁶ En el original polaco, la palabra es *Blindziarz* que proviene del inglés *blind* (ciego) y del alemán *die Blende* (ciego). De ahí la terminología que designa al polizón como una persona invisible escondida en un hueco pequeño y poco profundo. N. del T.

Anteriormente, los pasajeros ilegales eran tratados como criminales; personas que sin conocimiento del armador o capitán de la nave se introducían en ella a efectos de viajar sin el correspondiente pago. En la actualidad, son frecuentemente considerados como refugiados, fugitivos de países devastados por la guerra o donde la pobreza azota con fuerza, inmigrantes o solicitantes de asilo.⁷

5. Empero, la presencia de polizones en una nave es peligrosa por muchas razones. Al esconderse en lugares en que no debería haber persona alguna en lo absoluto, se exponen a peligros considerables como la pérdida de la vida o afectación a su salud. Debe tomarse en consideración el hecho de que su escondite los obliga a pasar largos periodos de travesía marítima en espacios reducidos, con acceso restringido a agua o alimentos. Puede llegar a suceder que fenezcan cuando se ejecuta alguna maquinaria. Amenazan, incluso, la seguridad de la propia nave.

6. La presencia a bordo de personas indeseadas conduce también a una serie de consecuencias adversas para toda la industria marítima, por ejemplo: retrasos en el itinerario de la nave causados por la necesidad de conducir pasajeros ilegales, su manutención y repatriación que incumben al armador de la embarcación así como una serie de responsabilidades adicionales que recaen en el capitán de la nave,⁸ el armador, agentes y autoridades portuarias.

⁷ Parrit, B. (ed.): *Stowaways...* cit., p. 13.

⁸ El capitán de la nave, frecuentemente empujado por impulsos humanos como la compasión o la esperanza de ayudar a los refugiados que lleva en la nave que comanda, la expone a un considerable número de peligros y problemas, principalmente con las autoridades migratorias del puerto de destino.

II. Reacción internacional

7. La norma internacional que actualmente regula la temática de los polizones⁹ fue adoptada bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional. Nos referimos al Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional (*The Convention on Facilitation of International Maritime Traffic- FAL*)¹⁰ aprobada el 9 de abril de 1965 durante la Conferencia Internacional sobre Facilitación de Viajes y Transportes Marítimos.

8. El principal objetivo del Convenio FAL¹¹ es facilitar que los buques de tráfico marítimo efectúen viajes internacionales a través de la simplificación de los procedimientos y minimización de los trámites relacionados con el arribo, escala y zarpe del buque (por ejemplo, los documentos requeridos). En el anexo al Convenio FAL¹² se han establecido los estándares

⁹ En el año 1957 fue adoptado el Bruselas el Convenio sobre Polizones. Sin embargo, a la fecha no ha entrado en vigor dada la falta de ratificación por el número requerido de Estados. Walters, W.: "Bordering... cit., p 4. Disponible en línea: http://www.borderlands.net.au/vol7no3_2008/walters_bordering.pdf

¹⁰ Según los datos disponibles al 26 de enero de 2016, hay 116 países firmantes del Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional. El tonelaje bruto combinado de la flota mercante de estos países representa 92.30% del tonelaje bruto de la flota mercante mundial. International Maritime Organization, *Status of multilateral Conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary or other functions*, 20 de enero de 2016, p. 172. Disponible en: <http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202016.pdf>

¹¹ El Convenio FAL fue ratificado por Polonia (Diario Oficial, 1969, n. 30, poz. 236) y, por tanto, es parte integrante del sistema jurídico polaco. (México ratificó el convenio el 24 de marzo de 1983 y depositó el instrumento de adhesión el 31 de mayo de 1983. Por su parte, el Convenio y sus enmiendas fueron aprobadas por el Senado de la República el 27 de diciembre de 1974 y publicadas en el DOF el 2 de abril de 1975. N del T.).

¹² El texto del Convenio FAL se encuentra disponible en: <http://www.tc.gc.ca/media/documents/marinesafety/Wave-34-4-e.pdf>

necesarios que deben seguirse para facilitar el tráfico marítimo, así como prácticas recomendadas de carácter no vinculante.

9. En el año 2002 se aprobaron diversas enmiendas al Convenio FAL debido a los numerosos retrasos en el tráfico marítimo causados por los polizones. Tales cambios se consagran en la sección cuarta del anexo al convenio.¹³

10. De acuerdo con la definición contenida en el Convenio FAL, un polizón es una persona que de forma secreta¹⁴ aborda una embarcación (sin el conocimiento del armador del barco, capitán u otra autoridad) o se esconde en la carga (antes de que haya sido ingresada en el barco) y más tarde es descubierta con posterioridad al zarpe o durante la descarga del cargamento en el puerto de destino. La detección de tal persona debe ser notificada a las autoridades correspondientes¹⁵ por el capitán del barco como un pasajero sin boleto.

11. Siguiendo las reglas generales contenidas en el Convenio FAL, todas sus determinaciones deberán ser aplicadas de acuerdo con las regulaciones internacionales derivadas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas de 1951 y con el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1957, así como las disposiciones nacionales aplicables.

¹³ En el caso mexicano, tales cambios se publicaron oficialmente en el Diario Oficial de la Federación el 02/12/2014 a efectos de su conocimiento oficial. Disponible en: <http://goo.gl/mndEgJ> N. del T.

¹⁴ Los polizones con frecuencia logran introducirse a cubierta entrado a través de las amarras, escondiéndose en contenedores antes de que sean cargados a bordo de la embarcación o entran a la nave por la parte del timón (aparato de gobierno o máquina del timón). En la mayoría de las ocasiones, abordan la nave en el tiempo que media entre su inspección, desatraque o abandono del puerto.

¹⁵ En el Convenio FAL también fue considerado un grupo llamado polizones frustrados (*attempted stowaways* en inglés) con el cual se hace referencia a los polizones tal como son descritos en el Convenio pero que son detectados en la nave antes de su salida del puerto.

12. Dado el creciente número de polizones¹⁶ los Estados costeros han tomado medidas cada vez más modernas y avanzadas para prevenir el arribo de buques con personas no declaradas a sus puertos que intentan de esta manera ingresar a diferentes destinos en el mundo. Las regulaciones que rigen las operaciones de detección e intercepción de inmigrantes ilegales por las correspondientes autoridades de los Estados costeros, especialmente aquellas que son llevadas a cabo en alta mar o en el mar territorial de otro Estado, frecuentemente no ofrecen una protección suficiente a los polizones *inter alia* contra su posible expulsión o devolución.¹⁷ Esto lleva a la situación en que los refugiados y otras personas que requieren una tutela del derecho internacional no reciben tal protección y son forzados a volver a su país de origen en donde pueden enfrentarse a procesos penales, sanciones severas, arresto o daños a su integridad física.¹⁸

13. Por estas razones *inter alia*, la elección de su lugar de desembarco no puede ser aleatoria. Es crucial que su desembarco se lleve a cabo en un lugar en el que sus derechos sean garantizados de acuerdo con el derecho internacional.

III. Procedimiento a seguir con polizones

14. De acuerdo con el Convenio FAL, en caso de necesidad de solventar un problema relativo a la presencia de pasajeros ilegales a bordo de un buque, debe tomarse en cuenta tanto su seguridad como la seguridad

operativa del buque. Las partes del Convenio FAL deben garantizar que el capitán de un buque que lleve su bandera respetará las disposiciones humanitarias y de seguridad, tomará en consideración cuestiones de salud, garantizará la seguridad, estado general de salud y bienestar del polizón mientras se halle a bordo, incluido el suministro de las provisiones adecuadas, alojamiento, atención médica apropiada y el uso de instalaciones sanitarias. Se encuentra prohibido el forzarlos a trabajar para la nave durante su presencia a bordo con excepción de situaciones de emergencia o los deberes inherentes relativos a su alojamiento en la nave.¹⁹ En caso de que un polizón declare ser un refugiado, el capitán del buque deberá mantener esta información en secreto en la medida necesaria para garantizar su seguridad y protección.

15. En la práctica, los refugiados detectados a bordo de un buque, solicitantes de asilo o inmigrantes ilegales viajando como *pasajeros sin boleto* son un gran problema para el capitán y su tripulación dado que, en la mayoría de los casos, es extremadamente complejo obtener el consentimiento de Estados costeros para el desembarco de la nave. Tal situación fuerza al capitán del buque a mantener a los polizones a bordo durante un tiempo prolongado, frecuentemente en atmósferas adversas. Los problemas causados por personas indeseadas en la embarcación contribuyen a la insatisfacción de los marineros, armador, pasajeros y, en el mismo sentido,

¹⁶ Existen también polizones profesionales que con frecuencia navegan en los barcos como *free riders*.

¹⁷ En virtud de las disposiciones relativas a la prohibición de expulsión o devolución de refugiados contenidas en el artículo 33 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

¹⁸ United Nations High Commissioner for Refugees: *The UN Refugee...* cit., p. 5.

¹⁹ Sucede a veces que la tripulación (y el armador) llegan a trabar amistad con un polizón y lo involucran en labores propias de la embarcación durante un periodo más largo (como miembro de la tripulación). Si bien desde el punto de vista humanitario parece una práctica apropiada, esto no es recomendado por la industria marítima (en su caso, como último recurso, el armador está obligado a llevar a cabo los procedimientos relativos a la repatriación del polizón a su país de origen al finalizar sus labores en la embarcación).

fomentan la creación de una atmósfera de hostilidad a bordo. Adicionalmente, la compleja situación jurídica de los pasajeros ilegales se presenta como un aspecto problemático. En la mayoría de los casos carecen de documentos identificativos o cualquier otro tipo de documentos eventualmente requeridos (por ejemplo, visado válido) o destruyen intencionalmente dichos documentos al momento de ser detenidos por la tripulación en la embarcación, lo que los convierte en inmigrantes ilegales a la luz del derecho (para ser considerados como refugiados, se debe cumplir con los requisitos específicos previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951). En la situación descrita anteriormente, la decisión final en su caso recae en las autoridades locales.²⁰ Por tanto, de acuerdo con las provisiones del Convenio FAL así como con las prácticas allí recomendadas, se sugiere una estrecha cooperación entre el armador y las autoridades portuarias en el manejo de polizones.

16. Las partes del Convenio FAL deben obligar al capitán del buque en que se detectaron polizones, a tomar todas las medidas necesarias para determinar su identidad, incluyendo su nacionalidad y/o ciudadanía, así como a indagar el puerto en que abordaron. Las autoridades competentes del primer puerto de escala deben ser notificadas sobre su presencia proporcionando a este respecto toda información disponible. Esta información debe también ser proporcionada al armador, autoridades portuarias del puerto de embarco de los polizones, al Estado de abanderamiento del buque y a

²⁰ Por ejemplo, los servicios polacos de migración rara vez reciben polizones procedentes de embarcaciones, a diferencia de países escandinavos que tienen un aparato social de buen funcionamiento. <http://portalmarnarski.pl/w—morska-podroz-bez-biletu/>, [27.02.2014].

otros puertos de escala (en caso de ser necesario). El abordaje de polizones debe igualmente ser notificado a la Organización Marítima Internacional.

17. El Estado de abanderamiento del buque debe cooperar con el capitán y armador del buque, así como con las autoridades competentes del puerto de escala para determinar la identidad de pasajeros ilegales a bordo del buque, su nacionalidad, así como para conducir su remoción de la embarcación y su repatriación.

18. De acuerdo con las disposiciones del Convenio FAL, después de detectar polizones a bordo de un buque, las autoridades competentes del primer puerto de escala deben decir –de conformidad con el derecho nacional aplicable– si es posible permitir su ingreso al país. El Estado debe permitir su desembarco si están en posesión de documentos válidos que les permita su regreso a su país de origen y las autoridades nacionales aceptan hacer los arreglos concernientes a su repatriación y transferencia.

19. Su desembarco puede ser también concedido cuando las autoridades competentes permitan que los propios pasajeros ilegales o el armador del barco reciban documentos de viaje válidos cuando ello sea posible. Las autoridades estatales deben también considerar voluntariamente dar el consentimiento para el desembarco de polizones en casos en que mantenerlos a bordo de la nave de arribo sea poco práctico o cuando otros elementos indiquen la necesidad de sustraerlos de la embarcación (por ejemplo, si su situación legal no ha sido resuelta a la fecha programada para el zarpe del buque o si su presencia a bordo puede poner en peligro la seguridad funcional de la embarcación, salud de la tripulación o su propia integridad física).

20. En caso de que no sea posible desembarcar al polizón en el primer puerto de escala, las autoridades

competentes de los siguientes puertos de escala deberán atenerse a las reglas mencionadas con anterioridad.

21. De acuerdo con el derecho internacional vigente, las autoridades competentes del país de nacionalidad o ciudadanía del polizón deben aceptar su regreso al país. De forma similar debe proceder el país de residencia del polizón. De ser posible, las autoridades deben proveer auxilio para determinar la identidad, nacionalidad o ciudadanía de las personas que aleguen ser sus ciudadanos o poseer derecho de residencia.

22. En el Convenio FAL se establece que, si ha quedado demostrado que un polizón subió a bordo en un país determinado, las autoridades competentes de dicho Estado están obligadas a aceptar su regreso a este país (después de que su salida haya sido rechazada en el país de desembarco). Los países de embarco de los polizones no deben regresarlos a países en que no fueron aceptados previamente.

23. Los *polizones frustrados*, descubiertos en la nave dentro del mar territorial o dentro de la zona de migración determinada por el Estado en su regulación interna, deben ser desembarcados del buque y recibidos por el Estado. En esta situación, el buque no debe ser detenido y el armador del barco no debe cargar con ningún costo. En contraposición, en una situación en que los polizones frustrados no fueren desembarcados en el puerto de embarque, las regulaciones pertinentes en materia de polizones les serán enteramente aplicables.

24. Las prácticas recomendadas en el Convenio FAL contienen medidas relativas al retorno de polizones a sus países (repatriación). En caso de que tal persona carezca de los documentos de viaje requeridos, las autoridades estatales deben, siempre que sea práctico y en medida compatible con la legislación y las prescripciones de

seguridad nacional, proporcionarles una carta de envío²¹ consistente en su fotografía y toda la información relevante requerida por las autoridades correspondientes en puntos de tránsito y/o en el puerto de desembarco. Tal documentación, que permite el regreso del polizón a su país de origen o al lugar en que comenzó su travesía, debe estar en posesión de una persona responsable de la supervisión de la salida del polizón del país en cuestión.

25. Las autoridades competentes del Estado en que el polizón haya sido desembarcado deben contactar a las autoridades competentes de los puntos de tránsito (durante el regreso del polizón) para informarles de su estatus. Adicionalmente, las autoridades competentes de los países de tránsito de los polizones deben permitirles –tomando en consideración aspectos de seguridad, así como requisitos concernientes a visados– su tránsito por sus puertos y aeropuertos que será desarrollado de acuerdo con las provisiones del país en que el polizón haya sido desembarcado.

26. En caso en que un país que funja como puerto de escala se rehúse al desembarco de polizones en su territorio, debe informar inmediatamente las razones de su negativa al país de abanderamiento del buque que los transporta.

27. De acuerdo con las provisiones del Convenio FAL el capitán de la nave en que los polizones hayan sido detectados después de haber abandonado el mar territorial del país (dentro del cual los polizones hayan abordado), no debe desviarse de la travesía prevista para buscar un lugar de desembarco. Sin embargo, esta regla no es aplicable *inter alia* en situaciones en que se haya otorgado un consentimiento para el desembarco de polizones por las

²¹ En el inglés tal documento recibe el nombre de *covering letter*.

autoridades de un país tercero aun cuando eventualmente sea necesario hacer ajustes en el curso original del buque. La desviación de la travesía prevista puede también justificarse por razones de seguridad, salud o de carácter humanitario. Dicha desviación es también permisible en situaciones en que la repatriación del polizón, con los documentos o permisos apropiados para desembarcar, haya sido concertada en otro lugar (por ejemplo, en un puerto en que el procedimiento de repatriación sea más sencillo que el siguiente puerto de escala en la travesía prevista del buque).

28. Las autoridades del país en que los polizones hayan sido desembarcados deberán informar al armador del buque (o sus representantes), acerca de los costos estimados relativos a la detención y repatriación de los polizones que tendrá que financiar. Adicionalmente, estas autoridades deberán limitar los costos financiados por el armador al mínimo (*i.e.* los costos no deberán exceder a aquellos previstos por las correspondientes regulaciones nacionales). De igual forma, el tiempo de manutención de los polizones en el Estado –financiado por el armador– deberá constreñirse al mínimo indispensable. Más aún, las autoridades correspondientes deberán considerar la disminución de las multas y costos del buque de acuerdo con la legislación nacional, siempre y cuando el capitán haya declarado la presencia de polizones a bordo en el puerto de desembarco y haya demostrado que se tomaron todas las medidas preventivas disponibles para prevenir el embarco de polizones.

IV. ¿La otra perspectiva?: consideraciones conclusivas

29. El viaje ilegal de personas en embarcaciones es un problema sumamente complejo que representa un gran desafío a la comunidad internacional en la situación

actual. Por un lado, despierta compasión el hecho de que tantas personas decidan tomar un paso tan desesperado como huir de su país de residencia, sin ningún tipo de documento y estando al tanto de que deberán viajar en condiciones inhumanas, altamente peligrosas, con la esperanza de arribo a su país destino. A la luz de razones de carácter humanitario, los episodios de maltrato a polizones (por ejemplo, al forzarlos a abandonar el buque contra su voluntad) o en casos extremos su franco arrojo por la borda,²² son indignantes y han sido enfrentados con particular oposición. Sin duda alguna, muestra un reflejo trágico de la situación en que se encuentran ánimas desesperadas en búsqueda de mejores condiciones de vida. Por otro lado, empero, durante las consideraciones relativas a los polizones (independientemente de la obvia estigmatización de los métodos inhumanos utilizados en el manejo de esta situación por algunas tripulaciones) no podemos olvidar las razones y consecuencias para el segundo actor presente en esta problemática, a saber, la industria marítima. Debemos recordar que la industria marítima no se constituye exclusivamente por grandes compañías internacionales con feroces intereses monetarios, sino mayoritariamente por marineros también puestos en peligro por la presencia de polizones en la embarcación (entre otras causas, en virtud de posibles fallos, problemas con el ingreso a puerto, etc.).

30. La complejidad de este problema se desenvuelve *inter alia* en mutuos deberes exclusivos tanto del armador, capitán del barco, así como de los Estados. Una complejidad que se manifiesta en un difícil dualismo. Por un lado, dado el número de derechos del que los polizones son titulares, estos países se encuentran obligados al

²² <http://www.independent.co.uk/news/world/stowaways-killed-and-thrown-overboard-1439970.html>, [27.02.2014].

cumplimiento de regulaciones internacionales (sobre todo desde la perspectiva de los derechos humanos). Por otro lado, sin embargo, los mismos Estados deben también garantizar la seguridad de las tripulaciones, embarcaciones, el cargamento y, en general, actuar en el mejor interés de la industria marítima, así como ejercer control sobre los movimientos migratorios en su territorio.

31. No obstante, las voces disidentes se alzan. Se cuestiona si la imposición de múltiples obligaciones al capitán y armador del barco por el Convenio FAL, así como la imposición al armador de las cargas financieras de la manutención de polizones es injusta desde la perspectiva de la industria marítima (independientemente de que admitamos el efecto disuasorio sobre prácticas deshonestas como el abierto tráfico de personas). Frecuentemente, el hecho de que personas no autorizadas aborden una embarcación, se deriva no de la negligencia de la tripulación o el armador, sino de la negligencia de terceras partes como, por ejemplo, los servicios portuarios del lugar de embarque de los polizones.²³ Contribuye a atizar las brasas de la discusión las frecuentemente ineficientes y, a veces, ineptas políticas migratorias de los Estados costeros. Muchas veces, ello conduce simplemente a sobrecargar al armador con deberes que, de hecho, no son sus obligaciones. Buena muestra de ello es, por ejemplo, la obligación de procurar documentos de viaje para los polizones o la participación

²³ Dado que los servicios portuarios son responsables del aseguramiento de las áreas portuarias y los servicios aduaneros son responsables de la revisión e inspección del cargamento (por ejemplo, contenedores, empaques, etc.) deberían tener cierta responsabilidad financiera y legal en caso que sea posible demostrar que los polizones ingresaron en la embarcación debido a su negligencia.

del armador en el procedimiento de repatriación. Desafortunadamente, desde la perspectiva del Estado de desembarco de pasajeros ilegales, es más sencillo el punir al *transportador* que lidiar con los inmigrantes ilegales.²⁴

32. No existe una mejora visible respecto a la situación de transporte de pasajeros ilegales con independencia de las enmiendas al anexo del Convenio FAL en 2002, relativas a los polizones. Por esta razón, la Organización Marítima Internacional exhorta a los Estados a tomar medidas apropiadas en consonancia con otros instrumentos internacionales para reducir los riesgos de embarcación de buques por personas no autorizadas.²⁵ Ello parece, inclusive, más urgente en la situación actual de *crisis marítima de los refugiados* en Europa, que ciertamente contribuirá a incrementar el número de pasajeros ilegales en las embarcaciones.

33. Impedir el viaje de inmigrantes ilegales, refugiados o fugitivos, principalmente a través de las medidas preventivas contenidas en el Convenio FAL no resuelve en forma alguna el problema de estas personas.

²⁴ Parrit, Bryan: *op. cit.*, nota 7.

²⁵ En el año 2011, el Comité de Facilitación de la Organización Marítima Internacional (IMO's Facilitation Committee) durante su 37 periodo de sesiones (FAL 37) adoptó la resolución FAL 11(37) "Revised guidelines on the prevention of access by stowaways and the allocation of responsibilities to seek the successful resolution of stowaway cases". Empero, tal resolución se dirige principalmente a aquellos países que no son signatarios del Convenio FAL y aquellos que creen que los procedimientos desarrollados de conformidad con sus disposiciones son poco prácticos. La OMI también alienta la plena aplicación de las disposiciones contenidas en el capítulo XI-2 del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (International Convention on Safety of Life at Sea – SOLAS) relativo a la seguridad marítima y la aplicación del Código internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (International Ship and Port Facility Security Code – ISPS) <http://www.imo.org/OurWork/Facilitation/Stowaways/Pages/Default.aspx>, [27.02.2014].

Empero, es indudable que tal medida no contribuye tampoco en el deterioro de su situación. En consecuencia, tales acciones preventivas parecen ser la única opción razonable desde la perspectiva de la industria marítima. También debe notarse que el Convenio FAL establece un tipo de mecanismo que incluye la *Facilitation Comitee* de la Organización Marítima Internacional. Las resoluciones aprobadas por este comité, aunque no sean jurídicamente vinculantes permiten estandarizar a nivel internacional los parámetros de conducta relativos al creciente fenómeno de los refugiados que ilegalmente han abordado un buque y poner en el mismo plano sus derechos con los intereses de los armadores y –en general– la seguridad de la navegación marítima.

V. Bibliografía

- Agencia de la ONU para los Refugiados, *The Sea route to Europe: The Mediterranean passage in the age of refugees*, Génova, 2015.
- International Maritime Organization, *Status of multilateral Conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary or other functions*, 2014.
- McNicholas, Michael: *Maritime Security: An Introduction*. Amsterdam/Londres, Butterworth-Heinemann, 2008.
- Organización Internacional para la Migración: *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond: Compilation of available data and information*. Génova, 2016.
- Parrit, Brian (ed.): *Stowaways by sea, Illegal Immigrants – Refugees – Asylum Seekers*. Londres, 2001.
- United Nations High Commissioner for Refugees: *The UN Refugee Agency, Rescue at Sea, Stowaways and Maritime Interception*, 2^{da} edición, Génova, 2011.
- Walters, Williams: “Bordering the Sea: Shipping Industries and the Policing of Stowaways”, *Borderlands e-journal*, vol. 8, n. 3, 2008.

La suspensión del voto activo de los sentenciados y procesados en México

*Cyntia Autrey Paredes García**

RESUMEN: Análisis de la suspensión del voto activo de los procesados y sentenciados en México, con base en los principios de la jurisprudencia interamericana y europea para el establecimiento de limitaciones a los derechos políticos, así como a la luz del nuevo modelo procesal penal.

SUMARIO: Introducción. I. El voto activo. II. Limitaciones al voto en los sistemas interamericano y europeo. III. La limitación del voto activo de los sentenciados y procesados en México. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Introducción

El voto es el derecho subjetivo que el ordenamiento jurídico interno reconoce a los ciudadanos para participar en la toma de decisiones de los asuntos públicos. Del establecimiento del voto en la norma superior de los Estados deriva su carácter fundamental, mientras que su naturaleza política procede de su objeto, el cual consiste en garantizar la participación política.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconocen un amplio margen de apreciación nacional a los Estados para que establezcan la edad, nacionalidad, y residencia como

* Subdirectora de área adscrita a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Consejo de la Judicatura Federal.

requisitos para gozar de la condición de elector y ejercer el derecho a votar, sin embargo, respecto a las restricciones basadas en criterios distintos a los señalados, ambos tribunales consideran que el margen de apreciación es más estrecho, por lo que instan a los Estados a que dichas limitaciones observen los principios de legalidad, igualdad, efectividad y proporcionalidad.

En el capítulo primero se aborda la evolución del derecho de voto, su naturaleza jurídica, así como el carácter universal del mismo y su contribución a la legitimación democrática del gobierno.

En el capítulo segundo, ante la escasa jurisprudencia interamericana respecto a la limitación del voto activo, se aborda el único caso en el que la Corte IDH analiza, de forma indirecta, dicha limitación por inhabilitación judicial; así como los principios desarrollados por la Corte IDH para el establecimiento de limitaciones al voto pasivo. Asimismo, se analizan tres casos por condena penal del sistema europeo similares al caso mexicano.

Por último, en el capítulo tercero, se analizan las limitaciones al voto activo de los sentenciados y procesados en México, de acuerdo con la legislación procesal penal aplicable y con los criterios jurisprudenciales en la materia.

I. El voto activo

El voto activo se encuentra previsto en las primeras declaraciones de derechos, en el *Bill of Rights* de 1689, y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En estas declaraciones, el voto activo tenía como función legitimar el poder político del parlamento y las leyes expedidas por éste.

En esta función legitimadora sólo podían participar los ciudadanos que tuvieran propiedades o se dedicaran

a determinadas profesiones, por esto el voto activo tenía carácter censitario.

El voto restringido se estableció en algunos ordenamientos jurídicos internos como las bases y leyes constitucionales de la República Mexicana de 1836 que otorgaban el voto a los mexicanos que tuvieran una renta anual de cien pesos;¹ y las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 que establecieron el sufragio para los ciudadanos mexicanos que tuvieran una renta anual, y supieran leer y escribir.²

No obstante, en el mismo siglo, algunos países como Alemania, Bélgica, Estados Unidos y Francia, ya establecían el voto activo con carácter universal en la legislación nacional.³

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en 1948, reconoce el carácter universal del voto y su relevancia como medio para que la voluntad popular se exprese y, con ello, se garantice la legitimidad democrática de los poderes públicos.

Décadas más tarde, con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en 1966, y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en 1969 se reconoce al voto no sólo como un medio para garantizar la voluntad del pueblo en las elecciones, sino también como un derecho cuyas vertientes pasiva y activa, respectivamente, implican el derecho individual a ser elegible, y a presentarse como candidato en las elecciones para cargos públicos; y el derecho individual de voto de cada uno de los ciudadanos que tienen capacidad para participar en una elección.⁴

¹ Ley constitucional primera, numerales 7 y 8, fracciones I y II, en Tena Ramírez, F.: *Leyes...* cit., p. 207.

² Artículo 18, Bases Orgánicas de 1843. *Ibidem*, p. 409.

³ Martínez Sospedra, M. *et. al.*, *Sistemas...* cit., p. 35.

⁴ Aragón Reyes, M.: "Derecho..." cit., pp. 175 y 178.

En México, mediante reforma al artículo 41 constitucional de 1977, se estableció el sufragio universal, libre, directo y secreto, es decir, se señalan las características del voto activo y, con ello, se establecen los elementos que se deben garantizar no sólo para salvaguardar la veracidad del sufragio, sino también, la autenticidad de las elecciones.⁵

Esta evolución del voto de carácter restringido al universal, a su vez, transformó la participación del ciudadano, del electorado-función –el voto como una atribución de determinadas personas que por pagar un censo y ejercer determinadas profesiones se consideraban que tenían interés en la cosa pública y tenían capacidad para conocer el interés de la Nación– a la del electorado-derecho y, en consecuencia, perteneciente a todos los miembros de la comunidad política.⁶

A. Naturaleza jurídica

El voto es un derecho fundamental y político. El carácter fundamental del derecho de voto deriva de su establecimiento en la norma superior de los ordenamientos jurídicos internos, la cual lo dota de contenido –facultad, derecho subjetivo– y objeto –participación política–.

Como derecho fundamental, el voto se define como el derecho subjetivo que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas de participación política.⁷

A su vez, atendiendo al contenido y objeto del derecho, algunos autores lo definen en sentido amplio y en sentido estricto, como derecho subjetivo y como principio o medio.

⁵ Decreto que reforma y adiciona los artículos 6o., 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 76, 93, 97 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el D.O.F., el 6 de diciembre de 1977.

⁶ Citado por Pérez Alberdi, M. R.: “La delimitación... cit., p. 345.

⁷ Presno Linera, M. Á.: *El derecho...* cit., pp. 10-11.

En sentido amplio, se concibe como el derecho del cual es titular el miembro de un cuerpo político, de participar de forma activa en la formación de la voluntad de la comunidad.⁸

Entendido como principio, el voto es el medio para formalizar la representación democrática,⁹ es decir, es el acto mediante el cual el ciudadano a través de una manifestación de su voluntad, expresa una preferencia política.¹⁰

De las definiciones anteriores, se advierte la importancia del voto para el ejercicio de la participación política que constituye su objeto, así como para el establecimiento de los gobiernos democráticos.

La participación política, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.¹¹

De la participación política que constituye el objeto del derecho de voto deriva su naturaleza política y las modalidades de ejercicio. El voto como derecho político, es de ejercicio individual en la modalidad pasiva, es la facultad que tiene el titular de ser electo para desempeñar un cargo de elección popular; y en su modalidad activa, es de ejercicio colectivo, porque la participación política sólo se constituye de manera conjunta.

⁸ Martínez Sospedra, M.: *op. cit.*, nota 3, p. 31.

⁹ Aragón Reyes, M.: *op. cit.*, nota 4, p. 173.

¹⁰ Martínez Sospedra, M.: *op. cit.*, nota 3, p. 31.

¹¹ Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 146-147.

B. La universalidad del voto activo

Para garantizar el cumplimiento del objeto del voto, es decir, la participación política, este requiere ser universal, sólo a través de la participación de un mayor número de electores se garantiza que la voluntad del pueblo se exprese en las elecciones para la designación de representantes o en las consultas populares, por ejemplo, para la toma de decisiones políticas.

Asimismo, la democracia entendida como *la identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado*¹² exige que todos los sectores de la sociedad participen en las determinaciones del Estado y cuenten con representación en los poderes públicos, para lo cual resulta necesario garantizar la universalidad del voto.

Si bien las legislaciones nacionales establecen el voto universal, al regular el derecho establecen requisitos a la titularidad y ejercicio del mismo.

Por regla general, la edad, nacionalidad y residencia son requisitos que establecen los ordenamientos jurídicos internos para el reconocimiento de la calidad de elector. En el ámbito internacional, el artículo 23.2 de la CADH establece dichos requisitos como causas de restricción de los derechos políticos y, en su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que estos tres requisitos determinan la condición de elector.

Tanto la Corte IDH como el TEDH en su jurisprudencia han reconocido un amplio margen de apreciación nacional¹³ a los Estados para que

¹² Dalla Via, A. R.: *Los derechos...* cit., p. 4.

¹³ El margen de apreciación nacional es una herramienta interpretativa que se mueve en una línea entre lo que es una materia propia de cada comunidad y debe decidirse a un nivel local, y aquello que es fundamental, es decir, que demanda los mismos requisitos para todos los países, pese a sus variaciones en tradiciones y culturas. Jeroen Schokkenbroek, citado en García Roca, J. (coord.): "El preámbulo..." cit., p. 36.

establezcan la edad, nacionalidad, y residencia como requisitos para gozar de la condición de elector y ejercer el derecho a votar, pues consideran que dichos criterios permiten garantizar la vinculación con el Estado; asegurar la madurez de los participantes en el proceso electoral; y el conocimiento de la problemática nacional y de los programas electorales.¹⁴

En el caso de restricciones basadas en criterios distintos a la nacionalidad, edad y residencia, ambos tribunales consideran que el margen de apreciación es más estrecho, por lo que instan a los Estados a que dichas limitaciones observen los principios de legalidad, igualdad, efectividad y proporcionalidad.

II. Limitaciones al voto en los sistemas interamericano y europeo

A. Limitaciones al voto en el sistema interamericano

La CADH reconoce el derecho de los ciudadanos a votar en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal, igual y secreto que garantice la libre expresión de los electores.¹⁵

Al mismo tiempo que reconoce el derecho de voto, la CADH establece que los Estados parte pueden imponer restricciones al derecho por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, así como por condena dictada por juez competente, en proceso penal.

La Corte IDH ha señalado que el catálogo de causales de restricción antes citado, se fundamenta en criterios comunes de las legislaciones electorales nacionales y

¹⁴ Caso *Castañeda Gutman vs México*, op. cit., nota 11, párr. 155 y TEDH, y caso *Hirst v Reino Unido* (no. 2), causa 74025/01, sentencia del 6 de octubre de 2005, párr. 62.

¹⁵ Artículo 23.1. de la CADH.

tiene como propósito único evitar la discriminación en el ejercicio de los derechos políticos.¹⁶

i. Principios para el establecimiento de limitaciones al voto derivadas de los casos *Yatama vs Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs México*

La jurisprudencia interamericana sólo en el caso *Argüelles y otros vs Argentina* analiza, de manera indirecta, la restricción del sufragio activo por inhabilitación jurisdiccional. Ante la falta de criterios en la materia, en este apartado también se abordan los casos *Yatama vs Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs México*, en los que la Corte IDH analiza las limitaciones previstas en las legislaciones nacionales al sufragio pasivo, así como a la participación política.

La Corte IDH ha señalado que la aplicación de requisitos para ejercer los derechos políticos no constituye, *per se*, una restricción indebida a estos derechos, toda vez que no son absolutos.¹⁷ Sin embargo, considera que las restricciones deben observar los principios de legalidad, igualdad, efectividad y proporcionalidad; y deben resultar necesarias en una sociedad democrática.

Conforme a la jurisprudencia interamericana, el principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa y clara, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, así como el procedimiento que antecede a las elecciones.¹⁸

De acuerdo con lo anterior, la Corte IDH en el caso *Yatama vs Nicaragua* consideró que la ley electoral

no cumplía con dicho principio porque no establecía con claridad las consecuencias del incumplimiento de ciertos requisitos para los que participan en la contienda electoral, a través de un partido político o una alianza de partidos.¹⁹

Asimismo, en el caso *Castañeda Gutman vs México*, la Corte IDH señaló que el principio de legalidad exige que las restricciones al ejercicio del sufragio pasivo estén previstas en una norma emanada de los órganos democráticamente elegidos –ley en sentido formal–²⁰ la cual debe establecer las condiciones y circunstancias generales que autorizan la restricción –ley en sentido material–.²¹

Respecto a la compatibilidad de las restricciones con el principio de igualdad, la Comisión IDH ha señalado que no todas las diferencias de tratamiento están prohibidas por el derecho internacional en materia de derechos humanos.²²

En el mismo sentido, la Corte IDH en el caso *Castañeda Gutman*, al analizar la restricción de participar para cargos electivos a nivel federal, exclusivamente, a través de partidos políticos, reiteró que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Para arribar a dicha conclusión, señaló la diferencia entre distinciones y discriminaciones, considerando que las primeras constituyen diferencias compatibles con la CADH por ser razonables, proporcionales y objetivas; mientras que las

¹⁹ *Ibidem*, párr. 212.

²⁰ Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

²¹ Caso *Castañeda Gutman vs. México*, *op. cit.*, nota 11, párr. 176.

²² Comisión IDH, Caso *Statehood Solidarity Committee vs Estados Unidos de América*, causa 11.204, Informe No. 98/03, del 29 de diciembre de 2003, párr. 88.

¹⁶ Caso *Castañeda Gutman vs México*, *op. cit.*, nota 11, párr. 155.

¹⁷ Caso *Yatama vs Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 206.

¹⁸ *Idem*.

segundas generan diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.²³

Estas diferencias arbitrarias –discriminaciones– son las que se encuentran prohibidas por el principio de igualdad, el cual de acuerdo con la Corte IDH, si bien se deriva de las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos y libertades sin discriminación alguna –arts. 1 y 2 de la CADH–, así como del derecho a la igualdad ante la ley previsto en el artículo 24 de la CADH, es una norma de *ius cogens* sobre la que descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional.²⁴

Con base en dicho principio, la Corte IDH ha señalado que los Estados tienen la obligación de no establecer regulaciones discriminatorias y de eliminar las que tengan este carácter; de combatir las prácticas discriminatorias; así como el deber de establecer normas y medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.²⁵

Al igual que el principio de igualdad, el de efectividad se deriva de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos contenidas en la CADH, y exige por parte de los Estados la adopción de medidas legislativas y de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos.

La Corte IDH ha destacado que la efectividad del ejercicio de los derechos políticos no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos.²⁶

En el caso *Castañeda Gutman vs México*, reiteró que los derechos políticos no pueden tener eficacia

simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son, por su misma naturaleza, inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé eficacia.²⁷

Para la Corte IDH, los derechos a votar y a ser votado no pueden ser ejercidos sin el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales.²⁸

De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, las limitaciones al derecho de voto, además de cumplir con los principios antes citados, deben estar justificadas en una finalidad prevista en la CADH, ya sea en disposiciones específicas o en las normas que establecen finalidades generales legítimas, como el artículo 32 de la CADH que prevé el establecimiento de restricciones con base en los derechos y libertades de las demás personas, o en las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.²⁹

La Corte IDH ha señalado que, a diferencia de otras disposiciones de la CADH que al reconocer derechos establecen finalidades legítimas para restringirlos, el artículo 23 establece aspectos con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados, pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá de imponer el Estado.³⁰

Para garantizar la proporcionalidad de las restricciones a los derechos políticos, la Corte IDH considera que se deben analizar tres cuestiones: que satisfaga un

²³ Caso *Castañeda Gutman vs México*, op. cit., nota 11, párr. 211.

²⁴ Caso *Yatama vs Nicaragua*, op. cit., nota 17, párr. 184.

²⁵ *Ibidem* p. 185.

²⁶ *Ibidem*, párr. 201.

²⁷ Caso *Castañeda Gutman vs México*, op. cit., nota 11, párr. 159.

²⁸ *Ídem*.

²⁹ *Ibidem*, párr. 180.

³⁰ *Ibidem*, párr. 181.

interés público imperativo; que sea la que restrinja en menor grado el derecho protegido; y, que guarde mayor proporcionalidad con el objetivo legítimo que persigue.³¹

ii. Argüelles y otros vs Argentina

Este es el único caso³² en el que la Corte IDH analiza, de forma indirecta, la restricción del sufragio activo por la imposición de una inhabilitación jurisdiccional impuesta a cinco militares acusados por la comisión de delitos en contra de la Fuerza Aérea Argentina.

Dicha inhabilitación les impedía ejercer, por 10 años, el derecho de acceso a cargos públicos, el derecho de sufragio activo y pasivo y la suspensión del goce de jubilación o retiro.³³

Al igual que en los casos *Yatama vs Nicaragua* y *Castañeda Gutman*, la Corte IDH señaló que las limitaciones a los derechos políticos deben cumplir con alguna de las finalidades previstas en la CADH y observar los principios de legalidad, igualdad, efectividad y proporcionalidad.

De acuerdo con lo anterior, la Corte IDH determinó que la restricción de derechos políticos impuesta cumplía con el principio de legalidad porque se encontraba prevista

³¹ Caso *Yatama vs Nicaragua*, *op. cit.*, nota 17, párr. 206 y caso *Castañeda Gutman vs México*, *op. cit.*, nota 11, párr. 186.

³² En este caso 20 oficiales militares fueron privados de su libertad personal de forma indebida y a 5 de ellos se les impuso una inhabilitación perpetua. Los delitos que se les imputaban consistían en la asignación irregular de créditos de diversas unidades de la Fuerza Aérea Argentina para posteriormente obtener, en beneficio propio, el importe de tales fondos; apropiación personal de fondos de las respectivas unidades de la Fuerza Aérea, y falsificación de documentos para los propósitos anteriores. Resumen oficial emitido por la Corte IDH, *Argüelles y otros vs Argentina*, 20 de noviembre de 2014, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_288_esp.pdf, p. 1.

³³ Artículo 19 del Código Penal (Ley 11.179, de 21 de diciembre de 1984). Caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, *op. cit.*, nota 32, pie de página 208.

en el Código Penal argentino y su causa, la condena penal dictada por juez competente, es uno de los supuestos que la CADH permite a los Estados reglamentar.³⁴

Respecto a la proporcionalidad de la restricción consideró que, al imponerse por la comisión de delitos económicos en contra de la Fuerza Aérea Argentina, satisfacía el interés público imperativo de proteger al erario y era idónea, toda vez que de acuerdo con la legislación penal argentina, sólo restringía los derechos políticos por 10 años e, inclusive, por un lapso menor si se reparaba el daño.³⁵

B. los casos por condena penal analizados en el sistema europeo similares a México

El Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 3 establece el derecho a elecciones libres, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.³⁶

El TEDH, al interpretar dicha disposición en el caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt v Bélgica*, determinó que el artículo 3 contenía derechos subjetivos,³⁷ y señaló que el sufragio contribuye al establecimiento y consolidación de la sociedad democrática.

A partir de la relación del voto con el fortalecimiento de la democracia, el TEDH considera que cualquier restricción a la universalidad del sufragio debe tener en

³⁴ Caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, *op. cit.*, nota 32, párr. 226.

³⁵ *Ibidem*, párrs. 229-231.

³⁶ Los derechos políticos no se establecieron en el Convenio Europeo, adoptado en 1950, porque de acuerdo con diversos autores, algunas potencias coloniales, en especial el Reino Unido, tenían el temor de que pudiera vincularlos a adoptar un sistema electoral de carácter proporcional. Cfr. Dalla Vía, A. R.: *op. cit.*, nota 12, p. 8.

³⁷ TEDH, Caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt v Bélgica*, causa 9267/81, sentencia de 2 de marzo de 1987.

cuenta el contenido mínimo del derecho y los objetivos señalados en el artículo 3 del Protocolo No. 1, es decir, no debe menoscabar la libre expresión del pueblo en las elecciones del cuerpo legislativo.³⁸

El TEDH reconoce que los Estados cuentan con un amplio margen de libertad para establecer su sistema electoral y determinar la condición de elector con base en los criterios de nacionalidad, edad y residencia, sin embargo, considera que cualquier limitación al derecho de voto que prive a grupos o categorías de personas, como lo sentenciados a condena penal, debe observar los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad.

El TEDH, a diferencia de la Corte IDH, ha analizado la limitación del sufragio activo por condena penal desde sus inicios, inclusive su antecesora, la Comisión Europea de Derechos Humanos también resolvió asuntos vinculados con esta limitación.³⁹

Los siguientes casos resultan de vital importancia para el análisis de las limitaciones al voto activo de los sentenciados y procesados en México. En el caso *Hirst v Reino Unido* se advierte que la legislación inglesa, al igual que la mexicana, restringe el voto activo de los sentenciados tomando exclusivamente como base el dictado de la condena penal, es decir, no establece criterios para imponer dicha limitación.

La Constitución rusa al igual que la Constitución federal mexicana restringe el voto activo a todas las

personas condenadas a pena de prisión, con independencia de la naturaleza o gravedad del delito.

El asunto *Thierry Delvigne* analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien es un caso de limitación del voto activo por condena penal, debido al régimen transitorio de la legislación francesa resulta indispensable para el análisis de la aplicación del régimen transitorio de la legislación procesal penal mexicana, la cual como se señala más adelante, aminora la limitación del voto activo de los procesados.

i. Hirst v Reino Unido (Nº. 2)

En este caso, John *Hirst* fue condenado a cadena perpetua discrecional por homicidio y, como consecuencia de dicha condena, fue privado del derecho de voto en las elecciones parlamentarias y locales.⁴⁰

La sección 3 de la *Representation of the People Act* de 1983, establece que una persona condenada durante el tiempo que esté detenido en una institución penal cumpliendo su sentencia [...] está legalmente incapacitada para votar en la elección parlamentaria o local.⁴¹

Hirst impugnó la disposición normativa aplicada ante la *High Court*, solicitando que llevara a cabo el control de la misma conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, la Corte rechazó el pedimento, por considerar que dicha sección encuentra su fundamento en la evolución histórica y política del gobierno inglés.

El asunto fue llevado al TEDH ante el cual, el gobierno inglés manifestó que el fin que persigue la norma consiste en prevenir y castigar el delito; mejorar la responsabilidad cívica, y el respeto por el Estado de derecho.

³⁸ Caso *Hirst v Reino Unido* (no. 2), *op. cit.*, nota 14, párr. 62.

³⁹ La Comisión reconocía que los Estados gozan de una amplia libertad para privar del sufragio activo a los sentenciados. En el asunto *X contra Holanda*, consideró legítima la privación del sufragio activo por comisión de delitos contra la seguridad del Estado o contra los fundamentos de una sociedad democrática; y, en el caso *H contra Holanda*, señaló que la privación del sufragio activo por 3 años, derivada de una pena privativa de libertad de más de un año, es acorde con el artículo 3 del Protocolo No. 1. *Cfr.* Pérez Alberdi, M. R.: *op. cit.*, nota 6, p. 342.

⁴⁰ TEDH, caso *Hirst v Reino Unido* (no. 2), *op. cit.*, nota 14, párr. 60.

⁴¹ Collí Ek, M.: "El derecho... *cit.*", p. 351.

En este caso el TEDH, no ejerce el control respecto de la aplicación de la norma al caso concreto sino de la norma en sí, es decir, ejerce un control abstracto de la convencionalidad de la sección 3 de la ley de representación popular inglesa.

El TEDH consideró que la privación del voto cumple con el principio de legalidad, toda vez que se encuentra prevista en ley, la cual establece la condena penal como la condición que autoriza la limitación del voto.

Respecto a los fines que persigue la norma, argumentados por el gobierno inglés, el TEDH consideró que no son legítimos e, inclusive, señaló que pueden afectar la futura reinserción social del sentenciado.

Al analizar la proporcionalidad en sentido estricto, el TEDH señaló que la aplicación automática de la norma, sin tener en cuenta criterios objetivos como la naturaleza y gravedad del delito, así como la duración de la condena, afecta el contenido mínimo del derecho de sufragio, porque excluye a un colectivo amplio de la formación de la voluntad popular.⁴² Por tanto consideró que la legislación inglesa contraviene el artículo 3 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ii. Anchugov y Gladkov v Rusia

En el caso *Anchugov y Gladkov v Rusia*⁴³ la primera sección analizó la restricción del voto de los prisioneros impuesta conforme a la Constitución rusa, la cual establece la privación del voto a todas las personas condenadas a pena de prisión, con independencia de la naturaleza o gravedad del delito, así como de las circunstancias individuales del prisionero.

⁴² Caso *Hirst v Reino Unido* (no. 2), *op. cit.*, nota 14, párr. 62.

⁴³ TEDH, caso *Anchugov y Gladkov v Rusia*, causas no. 11157/04 y 15162/05 de 4 de julio de 2013.

Al igual que en el caso *Hirst* (nº. 2), la primera sección reiteró que los gobiernos gozan de un amplio margen de apreciación para restringir los derechos políticos de los prisioneros, sin embargo, señaló que la aplicación general de restricciones sobrepasa el margen de apreciación otorgado.

El gobierno ruso argumentó que la restricción constitucional tiene como finalidad prevenir el delito y garantizar la responsabilidad cívica; y que sólo es aplicable a las personas condenadas por delitos particularmente graves castigados con pena de prisión de más de cinco años.⁴⁴ Adicionalmente, señaló que la Constitución se había adoptado tras una votación en todo el país y no como un instrumento de orden legal.⁴⁵

Al respecto, la primera sección consideró que el derecho al voto no es un privilegio en el siglo XXI, pues la presunción en un Estado democrático debe estar a favor de la inclusión y el sufragio universal se ha convertido en el principio básico. Por ello, determinó que las limitaciones al derecho de voto deben estar justificadas en razones válidas y convincentes que garanticen la proporcionalidad de la restricción.⁴⁶

Sobre la aplicación de la restricción del voto a los condenados por delitos graves con pena de prisión de más de cinco años, el gobierno ruso no presentó ninguna jurisprudencia que confirmara dicho argumento, por lo que de acuerdo con la legislación penal rusa, la Primera Sección consideró desproporcionada la privación del voto de los prisioneros, toda vez que se aplicaba a cualquier delito, e inclusive, a aquellos cuya comisión es sancionada con pena de prisión de dos meses, período mínimo de prisión en Rusia.⁴⁷

⁴⁴ Caso *Anchugov y Gladkov v Rusia*, *op. cit.*, nota 43, párr. 101, 102, y 104.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 108.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 103.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 101 y 105.

Respecto a la adopción popular de la Constitución rusa, la primera sección advirtió que no existieron debates públicos durante su adopción, relacionados con la evaluación de la proporcionalidad de la prohibición general del voto de los presos. Asimismo, recordó que conforme al artículo 1 del Convenio Europeo, el Estado es responsable de los actos y omisiones de sus órganos.⁴⁸

Conforme a estos argumentos y advirtiendo que la individualización de la pena de prisión impuesta en la sentencia no implica el examen de la proporcionalidad de la privación del voto, la primera sección determinó que la Constitución rusa viola el artículo 3 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo.⁴⁹

Si bien el gobierno ruso manifestó que la modificación o revisión de la disposición constitucional implica un procedimiento especialmente complejo, la primera sección instó al Estado a que explorara todas las formas posibles para garantizar la armonía de dicha disposición con el artículo 3 del Protocolo No. 1, ya sea a través de algún tipo de proceso político o mediante la interpretación de la Constitución rusa por las autoridades competentes –el Tribunal Constitucional de Rusia– en primer lugar.⁵⁰

iii. TJUE: Caso Thierry Delvigne

Hasta 1994 en Francia, las personas sancionadas por delitos graves con pena de prisión, de al menos 5 años, eran privadas de los derechos ciudadanos, de conformidad con los artículos 28 y 34 del Código Penal francés.⁵¹

Conforme a la nueva legislación penal, vigente a partir del 1° de marzo de 1994, la privación, total o parcial, de los

derechos cívicos debe imponerla el órgano jurisdiccional hasta por 10 años tratándose de delitos graves, y hasta por 5 años por delitos menos graves.⁵²

De acuerdo con la versión modificada, en ese mismo año, del artículo 13 del Código Penal francés se mantienen las privaciones de derechos ciudadanos impuestas por condena penal dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código.⁵³

Al haberse impuesto la privación de los derechos ciudadanos a *Delvigne* por sentencia de 1988, en 2012 fue excluido del censo electoral del Ayuntamiento de *Lesparre-Médoc*. El actor impugnó dicha resolución ante el Tribunal de Burdeos solicitando que planteara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).⁵⁴

El tribunal nacional solicitó al TJUE que analizara la compatibilidad de la legislación francesa con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El TJUE señaló que pueden introducirse limitaciones al ejercicio del voto siempre que tales limitaciones estén establecidas en ley, respeten el contenido esencial del derecho; observen el principio de proporcionalidad, sean necesarias, y respondan a objetivos de interés general reconocidos por la unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.⁵⁵

Al analizar la privación del voto activo del Sr. *Delvigne*, el TJUE consideró que cumple con el principio de legalidad porque se aplica conforme a las disposiciones del Código Electoral y del Código Penal francés vigente al dictarse la sentencia; respeta el contenido esencial

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 108.

⁴⁹ Caso *Anchugov y Gladkov v Rusia*, *op. cit.*, nota 43, párr. 106.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 111.

⁵¹ TJUE, caso *Delvigne v Francia*, causa 650/13, sentencia del 6 de octubre de 2015, párr. 5-6.

⁵² *Ibidem*, párr. 7.

⁵³ *Ibidem*, párr. 8.

⁵⁴ Caso *Delvigne v Francia*, *op. cit.*, nota 51, párr. 18-19.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 46.

del derecho de voto porque sólo excluye a algunas personas, en determinadas circunstancias y debido a su comportamiento; y, es proporcional, toda vez que se impone tomando en consideración la naturaleza y gravedad del delito cometido, así como la duración de la pena.⁵⁶

Adicionalmente, el TJUE señaló que la legislación francesa, al mantener la privación del sufragio activo por condena penal impuesta por sentencia dictada durante la vigencia del antiguo Código Penal, no se opone a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, porque las personas que se encuentren en dicho supuesto están facultados para solicitar al órgano jurisdiccional el levantamiento total o parcial de dicha privación, conforme a lo previsto en el artículo 702 de la legislación penal, modificado en 2009.⁵⁷

Por tanto, el TJUE concluyó que las legislaciones pueden disponer la no aplicación retroactiva de la ley más favorable, siempre y cuando, establezcan un recurso efectivo que permita la revisión jurisdiccional de la situación particular.

III. La limitación del voto activo de los sentenciados y procesados en México

Los supuestos de suspensión de derechos políticos vigentes en México, a partir de la expedición de la Constitución mexicana en 1917, son resultado de la propuesta de reforma planteada por el entonces presidente de la república, Venustiano Carranza, el cual en su mensaje al Congreso Constituyente de 1917 señaló que la Constitución debía establecer:

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 47-49.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 9, 56 y 57.

*La suspensión de la calidad de ciudadano mexicano a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente. El que ve con indiferencia los asuntos de la República, cualesquiera que sean, por lo demás, su ilustración o situación económica, demuestra a las claras el poco interés que tiene por aquélla, y esta indiferencia amerita que se le suspenda la prerrogativa de que se trata.*⁵⁸

Bajo esta premisa, el Constituyente de 1917 estableció que los derechos y prerrogativas del ciudadano se suspenden, entre otros supuestos, por estar sujeto a proceso criminal desde el dictado del auto de formal prisión; y, por sentencia que imponga como pena la suspensión de estos derechos.

A. La condena penal

El artículo 38 constitucional, fracción III, señala que los derechos del ciudadano, entre ellos el de votar,⁵⁹ se suspenden durante la extinción de una pena corporal.

La legislación penal establece como única pena corporal la pena de prisión, la cual consiste en la privación de la libertad.⁶⁰ La imposición de otras penas corporales constituye tratos crueles o inhumanos, los cuales se encuentran prohibidos por mandato constitucional.⁶¹

De acuerdo con la jurisprudencia, la suspensión de los derechos políticos es consecuencia directa y necesaria de la prisión impuesta por el delito cometido.⁶²

⁵⁸ González Oropeza, M., et. al.: *La suspensión...* cit., pp. 10-11.

⁵⁹ El artículo 35, fracción I constitucional establece el sufragio activo como derecho, y el artículo 36, fracción III lo prevé como una obligación.

⁶⁰ Artículo 25 del Código Penal Federal.

⁶¹ Artículo 22 constitucional.

⁶² Tesis I.6o.P.J/7, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t, XXI, enero de 2005, p. 1554.

Dicha suspensión, conforme a la legislación penal⁶³ inicia desde que causa ejecutoria la sentencia y se mantiene durante todo el tiempo de la condena.

La jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) señala:

*[...] una vez que el gobernado se ubica en la hipótesis constitucional –como cuando se extingue una pena privativa de libertad–, no se requiere un acto voluntario diverso para que se produzcan sus consecuencias, sino que operan de manera inmediata. [...] la suspensión de derechos por ministerio de ley, [...] se produce como consecuencia necesaria de la imposición de [...] la pena de prisión, que el Juez debe tomar en cuenta ineludiblemente al dictar sentencia; por lo que es innecesario que en estos casos el Ministerio Público solicite la suspensión.*⁶⁴

La suspensión de los derechos políticos, como lo señala la SCJN, opera por mandato constitucional, de forma automática y general, lo que implica que todos aquéllos que son sentenciados por la comisión de un delito que merezca pena privativa de libertad son privados de sus derechos políticos.

Conforme a los elementos del principio de proporcionalidad señalados en la jurisprudencia interamericana y europea, se considera que la suspensión de los derechos políticos por condena penal cumple con el principio de legalidad pues se encuentra prevista en el texto constitucional y en la legislación penal.

Asimismo, la suspensión es permitida por el artículo 23.2 de la CADH que establece como causa de restricción de los derechos políticos, la condena dictada por juez competente.

⁶³ Artículo 46 del Código Penal Federal.

⁶⁴ Tesis 1a./J.67/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t, XXII, julio de 2005, p. 128.

Conforme a la Constitución federal, son ciudadanos los mexicanos que tengan 18 años cumplidos y un modo honesto de vivir, el cual es definido por la SCJN como el comportamiento adecuado para hacer posible la vida del pueblo.⁶⁵

Derivado del modo honesto de vivir como requisito de la ciudadanía, se puede inferir que aquellos que por sentencia han sido condenados a pena privativa de libertad por la comisión de delitos no cumplen con dicho requisito, por lo cual, son suspendidos sus derechos políticos. Por tanto, la falta del modo honesto de vivir constituiría la finalidad legítima de la suspensión de los derechos ciudadanos.

Al analizar la proporcionalidad, en sentido estricto no se advierte la razonabilidad y necesidad de la suspensión de los derechos políticos con motivo de la pena de prisión dictada por sentencia condenatoria.

La pena de prisión como causa de suspensión se podría considerar como un elemento razonable y objetivo que fundamenta la diferencia de trato, sin embargo, debido a la Constitución federal del Estado mexicano, dicha causa genera discriminación.

La legislación penal en materia sustantiva, es decir, los delitos que merecen pena privativa de libertad son regulados por cada entidad federativa, delitos locales; y, los delitos federales son regulados por el Código Penal Federal y otras leyes del mismo ámbito.

⁶⁵ Jurisprudencia S3ELJ 18/2001. González Oropeza, M.: *op. cit.*, nota 58, p. 1. Si bien, la edad y nacionalidad son criterios objetivos para determinar la condición de elector, el *modo honesto de vivir* es un criterio subjetivo basado en condiciones sociales, por lo que de suyo genera discriminación.

Debido a la distribución de competencias en materia penal, la misma conducta puede ser considerada delito en una entidad federativa mientras que en otra no, ejemplo de ello es el aborto, el cual en la Ciudad de México no es considerado delito si se practica de forma voluntaria antes de las 12 semanas de gestación, sin embargo, en Guanajuato es sancionado con pena privativa de libertad.⁶⁶

Ante este escenario, la pena de prisión por sí sola no es un criterio que cumpla con los criterios de razonabilidad y necesidad que exige el principio de proporcionalidad para la imposición de restricciones a los derechos.

Para la aplicación de la suspensión de derechos políticos se requiere tomar en consideración la naturaleza del delito; por ejemplo, que sean privados del voto aquellos que cometieron delitos electorales, relacionados con el ejercicio indebido del servicio público, y contra la seguridad de la nación.

Para aplicar lo anterior, se requiere necesariamente reformar el precepto constitucional, toda vez que el legislador ordinario no está facultado para establecer criterios objetivos, como la naturaleza del delito, en la legislación secundaria que permitan imponer, de forma proporcional, la suspensión de derechos políticos por extinción de una pena corporal.

Asimismo, en el ámbito jurisdiccional, el juzgador se encuentra impedido para interpretar la suspensión de los derechos políticos por imposición de pena privativa libertad, pues dicha suspensión opera por mandato constitucional conforme al criterio jurisprudencial de la

⁶⁶ El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, desde 2007, establece que el aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. El artículo 158 del Código Penal para el Estado de Guanajuato señala que el aborto es la muerte provocada del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Lo considera delito grave conforme a lo señalado en el artículo 11, fracción V.

SCJN –obligatorio para todos los operadores de justicia– y, adicionalmente, no cuenta con criterios legales que le permitan interpretar la proporcionalidad de la medida.

Si bien podría considerarse que el juez no requiere que la legislación establezca elementos objetivos para imponer la suspensión del voto, pues podría acudir a los tratados internacionales para garantizar la proporcionalidad de la medida, en este ejercicio estaría violando el precepto constitucional al no aplicarlo de forma automática y, adicionalmente, estaría incumpliendo con otro criterio jurisprudencial de la SCJN de 2014 que prohíbe a los juzgadores ejercer el control convencional de las restricciones constitucionales.

De acuerdo con el criterio sustentado por la SCJN en 2014,⁶⁷ bajo el principio de supremacía constitucional, el ejercicio de derechos restringido en la Constitución federal no se puede ampliar con base en lo dispuesto por un tratado internacional.

Por tanto, si un tratado garantiza el ejercicio más amplio de un derecho y la Constitución lo restringe, el juzgador no puede aplicar la disposición más favorable contenida en el tratado al titular del derecho, sino que debe atender a lo dispuesto en el precepto constitucional.

Ante la imposibilidad del legislador de establecer en disposiciones secundarias criterios objetivos y razonables para la imposición de la suspensión del voto por condena penal; y los impedimentos jurisprudenciales para que el juzgador amplíe el ejercicio del derecho de voto restringido por la Constitución federal, resulta necesario reformar la disposición constitucional.

No obstante lo anterior, para garantizar la proporcionalidad de la restricción del voto por condena

⁶⁷ Tesis P./J.20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

penal, la SCJN podría realizar una interpretación armónica de la suspensión con el derecho de voto, y señalar que los juzgadores deben imponer la restricción constitucional atendiendo a la naturaleza y gravedad del delito.

Esta alternativa, es equiparable a la planteada por el TEDH al gobierno ruso en el caso *Anchugov y Gladkov*, y resulta aplicable porque la Constitución mexicana, al igual que la Constitución rusa, priva del voto activo a todos los sentenciados por cualquier delito, de forma automática, es decir, sin que se individualice la imposición de dicha restricción por el juzgador.

B. El auto de formal prisión

El artículo 38, fracción II constitucional establece como causa de suspensión de los derechos políticos, el estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

De acuerdo con los artículos 16 y 19 constitucionales, las personas que cometen una conducta considerada como delito deben ser detenidas, por la autoridad o en flagrancia por cualquier persona, y remitidas al ministerio público, el cual sólo puede retenerlas por el plazo de 48 horas, al término del cual o se pone en libertad a la persona porque no se encontraron elementos para determinar la culpabilidad o, en caso de que existan dichos elementos, el ministerio público la pone a disposición del juez.

Una vez que el indiciado es puesto a disposición del juez, este debe dictar auto de formal prisión⁶⁸ para con ello dar inicio al proceso penal y acreditar que la detención de la persona se llevó a cabo conforme a la ley.

⁶⁸ El auto de formal prisión es el instrumento en donde consta el delito que se imputa, las circunstancias de ejecución, los datos de la averiguación previa, así como los elementos que permiten comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Artículo 20, Apartado A, fracción X constitucional, antes de la reforma del 18 de junio de 2008.

Conforme al texto constitucional, la suspensión del derecho de voto opera desde el momento en que el juez dicta el auto de formal prisión, sin embargo, dicha causal de suspensión del voto ha sido objeto de diversas interpretaciones jurisprudenciales, entre las que destacan, el criterio sustentado por la Primera Sala de la SCJN, el del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF); y el criterio del Pleno de la SCJN.

La Primera Sala de la SCJN en 2007 consideró que la suspensión del voto opera por mandato de la Constitución federal y es una consecuencia accesoria del auto de formal prisión, la cual no es contraria al principio de presunción de inocencia, puesto que el artículo 1° constitucional permite restricciones al ejercicio de derechos, y no implica que se le tenga al procesado por responsable del delito que se le imputa.⁶⁹

En el mismo año, el TEPJF consideró que las personas que continuaban su proceso en libertad podían votar porque no existía ningún impedimento físico para ejercer el derecho constitucional, ni tampoco existían razones que justificaran la suspensión del derecho.⁷⁰

Para arribar a dicha conclusión, el TEPJF consideró que la restricción constitucional puede ampliarse conforme a lo previsto en los tratados internacionales y en la legislación secundaria, respecto a esta última tomo en consideración lo señalado en el artículo 46 de la legislación penal federal y la inexistencia en la Constitución del

⁶⁹ Tesis 1a./J.171/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 215. Actualmente superada por el criterio del Pleno de la SCJN que se describe en este apartado.

⁷⁰ Caso Pedraza Longi. El TEPJF consideró que no debían suspenderse los derechos del actor porque se encontraba en libertad bajo caución, por lo que al no tener un impedimento físico para votar, ordenó su inscripción en el registro electoral y la expedición de su credencial para votar. Alanís Figueroa, M. C.: "El desarrollo... cit., p. 231.

Estado de Puebla del auto de formal prisión como causal de suspensión de derechos políticos.

Esta interpretación, con base en un presunto principio garantista, viola el principio de supremacía constitucional al realizar una extraña especie de control de constitucionalidad invertido: como el artículo 38 de la Constitución contradice un tratado internacional y una Constitución local, entonces no debe aplicarse.⁷¹ Asimismo, contraviene el criterio jurisprudencial de la Primera Sala de la SCJN, obligatorio para el TEPJF, al considerar que la privación de la libertad es la causa de la suspensión de derechos y no el auto de formal prisión.

De acuerdo con el criterio del TEPJF, la limitación del voto es consecuencia de la privación de libertad, por tanto, y conforme a la legislación procesal penal aplicable en 2007, año en el que se sustentó dicho criterio, los procesados por delitos graves y los procesados por delitos no graves a los que no se les concedía la libertad bajo caución o no podían pagarla fueron privados del derecho de voto, sin embargo, los procesados que pagaron la caución podían votar porque continuaban su proceso en libertad.

Conforme a lo señalado se advierte que el criterio del TEPJF al garantizar el derecho de voto de los procesados en libertad genera un trato discriminatorio para los procesados por delitos no graves que no podían pagar su caución para estar en libertad.

i. El criterio jurisprudencial de la SCJN

En 2011 el Pleno de la SCJN determinó que el derecho de voto se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté

efectivamente privado de su libertad, pues ello implica imposibilidad física para ejercer el derecho.

De acuerdo con lo señalado, se advierte que el Pleno arriba a la misma conclusión que el TEPJF sostuvo en 2007. No obstante, la SCJN sin violar la supremacía constitucional, realiza una interpretación armónica de los artículos 20, apartado B, fracción I y 35, fracción I constitucionales, los cuales prevén el derecho de presunción de inocencia de los procesados y el derecho de voto, respectivamente:

El principio de presunción de inocencia y el derecho a votar constituyen derechos fundamentales, cuya evolución y desarrollo constitucional llevan a atemperar la citada restricción constitucional. [...] la interpretación armónica de tal restricción con el indicado principio conduce a concluir que el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad, supuesto en el cual, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria, no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo.⁷²

Al interpretar de esta forma la suspensión de los derechos políticos de los procesados se está violando el principio de presunción de inocencia, porque si bien no se les tiene por responsables del delito que se les imputa, se están anticipando consecuencias propias de la condena, al restringirles el ejercicio del sufragio.

⁷¹ Salazar Ugarte, P., et. al.: "Dos versiones... cit., p. 62.

⁷² Tesis P./J.33/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 6.

El justificar la suspensión de los derechos políticos en la privación de la libertad, por considerar que ésta genera la imposibilidad física para ejercerlo, implica reconocer que la verdadera causa de la restricción es la omisión estatal para garantizar el ejercicio del voto en las prisiones.

Otra cuestión que se debe señalar de la jurisprudencia del Pleno de la SCJN, actualmente vigente, es la referencia que hace al auto de vinculación a proceso, tanto en su rubro⁷³ como en el contenido.

Esta referencia tiene como finalidad aplicar la suspensión de derechos políticos a los procesados por el dictado de auto de vinculación a proceso, conforme al nuevo modelo de procedimiento penal, aplicable en toda la República Mexicana a partir de junio de 2016.

Cabe interpretar que el Constituyente al establecer que el nuevo procedimiento penal inicia con el auto de vinculación a proceso,⁷⁴ homólogo del auto de formal prisión, no pretendía que la restricción constitucional fuera aplicable a los procesados conforme al nuevo modelo, de lo contrario, lo hubiera establecido, es decir, hubiera reformado el artículo 38, fracción II constitucional, para establecer que la suspensión de derechos políticos de los procesados opera con el dictado del auto de vinculación.

Lo que se deduce de la referencia al auto de vinculación a proceso en la jurisprudencia del Pleno de la SCJN, es que el Constituyente omitió reformar la suspensión de derechos políticos de los procesados por auto de vinculación a proceso y, en consecuencia, la SCJN está *subsana* dicha omisión legislativa.

⁷³ *Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad.*

⁷⁴ Artículo 19 constitucional. Conforme al Decreto de reforma constitucional de 18 de junio de 2008.

Ante la inexistencia de disposición constitucional que restrinja la suspensión de los derechos políticos de los procesados por el dictado de auto de vinculación a proceso, esta no debe operar, si bien podría considerarse que la SCJN garantiza la igualdad de trato entre los procesados con independencia del procedimiento penal aplicable, esta igualdad implica una restricción de derechos, sin fundamento legal alguno, para los procesados conforme al nuevo modelo penal.

ii. El nuevo procedimiento penal como aminorante de la limitación del voto activo de los procesados

Conforme al nuevo procedimiento penal, los procesados, por regla general, continúan su proceso en libertad, salvo que el juez dicte la prisión preventiva, la cual consiste en la privación de la libertad del procesado por un año, plazo que se puede prorrogar por un año más.⁷⁵

De acuerdo con el transitorio quinto del decreto de 17 de junio de 2016, los procesados a los que se les haya decretado prisión preventiva conforme al modelo de proceso penal anterior, pueden solicitar al juez competente la revisión de dicha medida.⁷⁶

⁷⁵ Artículo 165, párrafo segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁷⁶ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales; del Código Penal Federal; de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública; de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal; de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de Defensoría Pública, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley de Instituciones de Crédito. Publicado en el D.O.F., el 16 de junio de 2016.

El régimen transitorio antes descrito al permitir que el procesado solicite al juez la revisión de la prisión preventiva genera a su vez, que éste pueda estar en posibilidad de ejercer sus derechos políticos en los casos en que el juez decreta el cese de la misma.

Si bien dicho régimen transitorio es homólogo al previsto en la legislación penal francesa, analizada por el TJUE en el caso *Thierry Delvigne*, y garantiza de igual forma el ejercicio del voto activo, en el caso francés se considera justificado porque la suspensión del voto es consecuencia de la condena penal dictada por juez competente, sin embargo, en el caso mexicano la sujeción al proceso no justifica la suspensión de derechos políticos.

No obstante que se considera que la aplicación del nuevo procedimiento penal resulta garantista del ejercicio del voto activo de los procesados conforme al modelo anterior; y respecto de los procesados conforme a este nuevo modelo implica que solamente tengan suspendidos sus derechos políticos por el plazo de uno o máximo dos años, no se deberían suspender los derechos políticos de los procesados, en general, porque dicha suspensión es contraria al principio de presunción de inocencia ya que se están adelantando consecuencias propias de la condena.

Adicionalmente, en el caso de los procesados conforme al nuevo modelo como se describió en el apartado anterior, no existe fundamento legal alguno que justifique la suspensión de sus derechos políticos, toda vez que el auto de vinculación a proceso no está previsto como causa de suspensión en la Constitución Federal, sólo encuentra justificación en el argumento fáctico de la privación de la libertad previsto a nivel jurisprudencial.

De la interpretación armónica de la suspensión de los derechos políticos por auto de formal prisión con el principio de presunción de inocencia y el derecho de voto,

se debiera de concluir que todos los procesados pueden votar, toda vez que éstos son presuntamente responsables del delito que se les imputa, por lo que no se les puede excluir de la participación política.

Dicha postura es compartida en el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas considera que no se debe de impedir el ejercicio del derecho de voto a las personas que se encuentran privadas de su libertad sin que se les haya dictado sentencia condenatoria⁷⁷ y, en el mismo sentido, la Comisión IDH sostiene que no existe fundamento jurídico válido y compatible con la CADH que sustente la restricción al derecho de voto a aquellas personas en –prisión preventiva– custodia del Estado como medida cautelar.⁷⁸

IV. Conclusiones

El carácter universal del voto se vincula con la consolidación de los regímenes democráticos, pues sólo a través del reconocimiento del voto a un mayor número de personas, se garantiza la representatividad de los grupos sociales en el gobierno y las decisiones políticas reflejan la voluntad de la comunidad.

De acuerdo con los principios señalados por la Corte IDH y el TEDH, las limitaciones al derecho de voto que no

⁷⁷ CDHNU, Observación General No. 25. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57° período de sesiones, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=FhOD6sgqgzAhFXD9F%2feKaEJI2%2fxgoMstRAco6nVCah%2bsuEZWG0anjLBrhZ08UuAa%2fRfc9fMnCMfx6qtzevJAhdQuv4MpxEZ%2bbSmdNERJ8iBzzCzcyd6X4b6FsIjJ68Xq>, párr. 14.

⁷⁸ CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 de diciembre de 2013, <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>, párr. 273.

tengan como causa la nacionalidad, edad o residencia, no deben menoscabar la voluntad del pueblo –democrático– o afectar el ejercicio del derecho de tal forma que lo conviertan en ilusorio –efectividad–; no deben imponerse a categorías de personas de forma general y automática –igualdad–; deben estar previstas en ley –legalidad–; y, deben ser idóneas y necesarias para cumplir con el objetivo legítimo que persiguen –proporcionalidad–.

La suspensión del voto activo de los sentenciados prevista en la Constitución federal contraviene los principios de igualdad y proporcionalidad. Al operar por mandato constitucional, de forma automática, sin que se tomen en consideración la naturaleza, la gravedad del delito o las condiciones del sentenciado, genera un trato discriminatorio para los sentenciados.

Por ello, es necesario una reforma constitucional que permita al legislador secundario establecer criterios idóneos y necesarios para que la limitación de los derechos políticos de los sentenciados sea proporcional o, en su caso, que la SCJN establezca dichos criterios por vía jurisprudencial.

En el caso de los procesados es necesario eliminar la suspensión constitucional de sus derechos políticos, toda vez que no existe un fin legítimo que permita justificar dicha suspensión. El establecer la privación de la libertad como causa de suspensión de su voto activo implica reconocer que la verdadera causa de la suspensión del voto activo es la omisión estatal para garantizar el ejercicio del voto en las prisiones.

No obstante que el nuevo modelo de proceso penal resulta garantista de los derechos políticos de los procesados conforme al modelo anterior, ya que el régimen transitorio de junio de 2016 les permite solicitar al juez que revise la prisión preventiva a la que están, en su caso,

sujetos y con ello, en caso de que ésta cese, permite que puedan votar al eliminar su privación física para votar, la aplicación de dicha suspensión de derechos contraviene el principio de presunción de inocencia.

Asimismo, dicho principio se estaría violando al aplicarse la suspensión de los derechos políticos de los procesados conforme al nuevo modelo, si bien se podría argumentar que la privación de libertad sólo dura de 1 a 2 años como máximo y, por tanto, la suspensión de derechos políticos aplicaría por el mismo plazo, en términos categóricos, dicha suspensión no les es aplicable a los procesados por el dictado del auto de vinculación a proceso, toda vez que la Constitución federal se refiere al auto de formal prisión.

V. Bibliografía

A. Libros y artículos de revista

- Alanís Figueroa, María del Carmen: “El desarrollo jurisprudencial de la suspensión del derecho al sufragio en México”, en *Revista Mexicana de Derecho Electoral*. México, núm. 2, IIJ-UNAM, julio-diciembre de 2012, pp. 225-257, <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-electoral/article/view/9983/12011>.
- Aragón Reyes, Manuel: “Derecho de sufragio: principio y función”, en Nohlen Dieter, et. al. (comp.): *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. México, Fondo de Cultura Económica de México, 1998.
- Collí Ek, Manuel: “El derecho de voto y su negación en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y México”, en *Revista de Derecho Constitucional*. No. 29, julio-diciembre 2013, pp. 335-351.

- Dalla Via, Alberto Ricardo: *Los derechos políticos y electorales en la jurisprudencia del tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Argentina, ANCMP, 9 de mayo de 2012, p. 31, <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/13Dallav%C3%ADa12.pdf>.
- García Roca, Javier (coord.): "El preámbulo contexto hermenéutico del convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo", en *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. España, CEPC, 2011, pp. 21-47.
- González Oropeza, Manuel, et. al.: *La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México*. México, IIJ-UNAM, p. 36, <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/1/3.pdf>.
- Martínez Sospedra, Manuel, et. al.: *Sistemas Electorales: Un estudio comparado*, España, Tirant lo Blanch, 2007, p. 35.
- Pérez Alberdi, María Reyes: "La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Político*. España, núm. 88, UNED, septiembre-diciembre de 2013, pp. 337-366, <http://www.revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/12786/11915>.
- Presno Linera, Miguel Ángel: *El derecho de voto: un derecho político fundamental*. España, 2011, p. 186, <http://presnolinera.wordpress.com/elderechodevotounderechopoliticofundamental.pdf>.
- Salazar Ugarte, Pedro, et. al.: "Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana", en *Garantismo Espurio*. Madrid-México, Fontamara, 2011, pp. 11-89.

- Tena Ramírez, Felipe: *Leyes fundamentales de México 1808-2005*. México, Vigésimocuarta edición, Editorial Porrúa, 2005, p. 1180.

B. Instrumentos internacionales

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor, 18 de julio de 1978. Publicada en el D.O.F. el 7 de mayo de 1981.
- *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado en Roma, 4.XI.1950.
- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, adoptada en Bogotá Colombia en 1948.

C. Casos del sistema europeo

- Caso *Anchugov y Gladkov v Rusia*, causas no. 11157/04 y 15162/05 de 4 de julio de 2013.
- Caso *Hirst v Reino Unido* (no. 2), causa 74025/01, sentencia de 6 de octubre de 2005.
- Caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt v Bélgica*, causa 9267/81, sentencia del 2 de marzo de 1987.
- Caso *Delwigne v Francia*, causa 650/13, sentencia de 6 de octubre de 2015.

D. Casos, opiniones consultivas e informes del sistema interamericano

- Caso *Argüelles y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288
- Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

- Caso *Statehood Solidarity Committee vs Estados Unidos de América*, causa 11.204, Informe No. 98/03, del 29 de diciembre de 2003.
- Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- CDHNU, Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57° período de sesiones, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=FhOD6sgqgzAhFXD9F%2feKaEJI2%2fxgoMstRAco6nVCah%2bsuEZWG0anjLBrhZ08UuAa%2fRfc9fMnCMfx6qtzevJAhDQuv4MpxEZ%2bbSmdNERJ8iBzzCzcyd6X4b6FsIjJ68Xq>, párr. 14.
- CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 de diciembre de 2013, <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>, párr. 273.

E. Legislación mexicana

- *Código Federal de Procedimientos Penales*. Publicado en el DOF el 30 de agosto de 1934. Última reforma 12 de enero de 2016.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Publicado en el DOF el 5 de marzo de 2014.
- *Código Penal Federal*. Publicado en el DOF el 14

de agosto de 1931. Última reforma 7 de abril de 2016.

- *Código Penal para el Distrito Federal*. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002
- *Código Penal para el Estado de Guanajuato*. Publicado en la Gaceta Oficial del Estado el 2 de noviembre de 2001.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicada en el DOF el 5 de febrero de 1917. Última reforma 29 de enero de 2016.
- *Decreto que reforma y adiciona los artículos 60., 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 76, 93, 97 y 115 de la de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicado en el D.O.F. el 6 de diciembre de 1977.
- *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales; del Código Penal Federal; de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública; de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal; de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de Defensoría Pública, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley de Instituciones de Crédito*. Publicado en el D.O.F. el 16 de junio de 2016.

F. Tesis de jurisprudencia

- Tesis I.6o.P.J/7, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t, XXI, enero de 2005, p. 1554.
- Tesis 1a./J.67/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t, XXII, julio de 2005, p. 128.
- Tesis 1a./J.171/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t, XXVII, febrero de 2008, p. 215
- Tesis P./J.33/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t, XXXIV, septiembre de 2011, p. 6.
- Tesis P./J.20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t, I, abril de 2014, p. 202.

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

Litigar en ejecución penitenciaria ¿es función de un Asesor Jurídico o de un Defensor Público Federal?

*Raul Florentino Acosta Ruano**

RESUMEN: Anterior a la publicación de la Ley Nacional de Ejecución Penal del 17 de junio de 2016, la protección a los derechos humanos y fundamentales de las *personas privadas de su libertad*, se generaron múltiples demandas de amparo indirecto en aras de conseguir una vida digna dentro de los centros penitenciarios, básicamente por actos omisos derivados de la violación al artículo 18 de la Constitución Política del país, para hacer que las autoridades encargadas del sistema penitenciario cumplieran con la reinserción social sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. De hecho, la ley que establecía las normas mínimas sobre readaptación social para sentenciados, no contemplaba ningún tipo de asesoría o representación legal para los internos en los centros penitenciarios. Entonces al promoverse amparos indirectos anteriores a dicha ley especial, la vía idónea para hacer efectivas estas demandas ha sido el amparo indirecto hasta ahora, pero el problema es que cuando la persona privada de su libertad promueve el amparo por propio derecho, los tribunales

* Defensor Público Federal.

federales han designado oficiosamente a un asesor jurídico para su representación en el trámite, esta decisión se ha generalizado y así se ha interpretado en una tesis reciente que es el motivo de análisis, para concluir que quien debe asistir a las personas privadas de su libertad deben ser defensores públicos.

La pregunta con la que he titulado este análisis es simple, pero la respuesta se ha vuelto compleja.

El dilema ha surgido del criterio de algunos tribunales federales que han considerado que los amparos promovidos por propio derecho de una persona privada de su libertad por violación a sus derechos humanos, relativos a las condiciones de su internamiento, se les designa un asesor jurídico para que intervenga y los asista.

En efecto, la ejecutoria del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito,¹ establece:

ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA Y DEFENSA ADECUADA. PARA GARANTIZAR ESTOS DERECHOS HUMANOS EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO POR UN QUEJOSO RECLUIDO EN UN CENTRO DE REINSECCIÓN SOCIAL QUE RECLAMA ACTOS RELATIVOS A LAS CONDICIONES DE SU INTERNAMIENTO, EL JUEZ DE DISTRITO DEBE DISPONER LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA QUE

¹Décima Época. Registro: 2013643. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Publicación: viernes 10 de febrero de 2017. Materia(s): (constitucional, común). Tesis: V.3o.P.A.3 P (10a.) Amparo en revisión 109/2016. 14 de junio de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Alba Lorenia Galaviz Ramírez. Secretario: Juan Carlos Marrufo Flores.

SEA DEBIDAMENTE REPRESENTADO Y ASESORADO POR UN PROFESIONAL DEL DERECHO, INCLUSO CON LA DESIGNACIÓN DE UN ASESOR JURÍDICO. Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional deben ejercer el control de constitucionalidad; por ello, se estableció que todas las autoridades tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por su parte, el artículo 18 constitucional, en la parte que se refiere al régimen penitenciario, establece que el sistema de ejecución de penas tiene como fin lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir. Asimismo, que la organización del sistema penitenciario se apoyará, entre otros, en el respeto a los derechos humanos; de ahí que sea indispensable dar contenido a los derechos que tienen los reos, entre los que se encuentran, la oportunidad a una debida defensa y asesoría legal en las situaciones que se les presenten en su condición de internos, la que, por sí misma, y por obvias razones, les impiden como a cualquier otra persona no privada de su libertad, buscar orientación legal adecuada. Por tanto, cuando en el juicio de amparo indirecto se reclamen actos que no derivan de un procedimiento judicial, pero que se encuentran relacionados directamente con las condiciones de internamiento del quejoso en un centro de reclusión, como lo pudiera ser la falta de atención

médica, malos tratos o azotes, ser aislado o segregado del resto de los internos, o interno en condiciones que transgredan el respeto a su dignidad, el Juez de Distrito, para garantizar los derechos de acceso a la justicia y defensa adecuada, debe disponer las medidas necesarias para que el quejoso sea debidamente representado y asesorado por un profesional del derecho, incluso con la designación de un asesor jurídico, quien tiene, dentro de sus funciones, brindar esos servicios jurídicos profesionales a los sectores de la población destacados de manera enunciativa, pero no limitativa, en el artículo 15 de la Ley Federal de Defensoría Pública. En consecuencia, puede deducirse que por razones análogas, también los núcleos de la población penitenciaria tienen una condición escasa de oportunidades para encontrar un apoyo legal digno, a fin de adquirir una representación jurídica capacitada para enfrentar las diversas situaciones que se les presenten bajo las condiciones restrictivas en que se encuentran; de ahí que los asesores jurídicos pueden ser designados por el juzgador de amparo para intervenir como autorizados de los quejosos en dichos juicios.

La tesis en cita deriva de un amparo en revisión penal promovido por una persona privada de su libertad, que señaló como autoridades responsables al Director General y al Director del Área Médica de un Centro Federal de Readaptación Social por la negación del servicio médico; y, en el amparo consideró que los actos omisos de las responsables violan derechos fundamentales que, en su concepto, fueron vulnerados y contenidos en los artículos 18, 19 y 20, apartado A, constitucionales.

La resolución de amparo en revisión que se analiza consistió en ordenar la reposición del procedimiento para

que se dotara a la parte quejosa privada de la libertad en un centro penitenciario, de un asesor jurídico que lo asistiera durante el trámite del amparo indirecto.

Para reponer el procedimiento, el motivo toral de la resolución fue que bajo el nuevo modelo de reinserción social, las instituciones penitenciarias deben funcionar de tal forma que permitan garantizar al sentenciado la posibilidad de acceder a los medios de reinserción (salud, deporte, trabajo y capacitación para el mismo); y, por otro lado, pretende que sea la lógica de la protección de los derechos humanos la que inspire y determine el funcionamiento de tales instituciones, de tal forma que se garanticen condiciones de vida dignas en prisión, porque éste es el fin al que principalmente aspira el artículo 18 constitucional reformado.

En la resolución se afirma que el sentenciado no debe ser considerado como una persona desadaptada socialmente o enferma, sino simplemente como acreedor a una pena previa a incorporarse a la sociedad, y que entonces, no hay razón para que no sea tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por ello se concluye en que sea indispensable darle contenido a los derechos que estas personas tienen, entre los que se encuentran, desde luego, la oportunidad a una debida defensa y asesoría legal en los casos que se les presenten en su condición de internos, cuya situación por sí misma, y por obvias razones, les impiden tener acceso como cualquier otra persona no privada de su libertad a buscar un apoyo legal adecuado.

Se explica que en todos aquellos actos que no derivan de un procedimiento judicial, en el que por disposición constitucional el procesado o sentenciado debe estar debidamente representado y asesorado por un profesional del derecho que garantice su defensa adecuada, cuando se

encuentren relacionados directamente con las condiciones de su internamiento en un centro de reclusión, como lo pudiera ser la falta de atención médica, malos tratos o azotes, ser aislado o segregado del resto de los internos o interno en condiciones que transgredan el respeto a su dignidad.

Se destaca que en los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estriba el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente.

Se concluye así que bajo este marco constitucional expuesto y conforme al concepto rector de un efectivo acceso a la justicia, debe velarse para que una persona que detente una condición de estar privada de su libertad dentro de un centro de reinserción social, cuente con la asesoría legal adecuada para poder enfrentar de manera digna cualquier situación legal que se le presente bajo esas condiciones.

Sin embargo, para determinar quién debe ser el profesional que proporcione esa asesoría adecuada, en la resolución del amparo en revisión penal se consideró que debe ser un asesor jurídico. Fundándose para ello en que el contenido de los artículos 4, 6, 14, 15, 16 y 19 de la Ley Federal de Defensoría Pública –antes de sus reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016– las cuales disponen:

Artículo 4. Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de: I. Defensores públicos, en los asuntos del orden penal federal y de la Justicia

Federal para Adolescentes, desde la averiguación previa o investigación hasta la ejecución de las penas o medidas, y II. Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones.

Artículo 6. Los defensores públicos y asesores jurídicos están obligados a:

I. Prestar personalmente el servicio de orientación, asesoría y representación a las personas que lo soliciten en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Ley y las demás disposiciones aplicables;

II. Representar y ejercer ante las autoridades competentes los intereses y los derechos jurídicos de los defendidos o asistidos, a cuyo efecto harán valer acciones, opondrán excepciones o defensas, interpondrán incidentes o recursos y realizarán cualquier otro trámite o gestión que proceda conforme a Derecho que resulte en una eficaz defensa;

III. Evitar en todo momento la indefensión de sus representados;

IV. Vigilar el respeto a las garantías individuales de sus representados y formular las demandas de amparo respectivas, cuando las garantías individuales se estimen violadas;

V. Llevar un registro y formar un expediente de control de todos los procedimientos o asuntos en que intervengan, desde que se les turnen hasta que termine su intervención;

VI. Atender con cortesía a los usuarios y prestar sus servicios con diligencia, responsabilidad e iniciativa, y las demás que se deriven de la naturaleza de sus funciones y de las disposiciones legales aplicables.

Artículo 14. Para gozar de los beneficios de la

asesoría jurídica, se llenará solicitud en los formatos que para tal efecto elabore el Instituto Federal de Defensoría Pública, y se deberán cumplir con los requisitos previstos en las bases generales de organización y funcionamiento. En la asignación de un asesor jurídico se dará preferencia a la elección del usuario, a fin de lograr mayor confianza en la prestación del servicio. En caso de que el servicio de asesoría sea solicitado por partes contrarias o con intereses opuestos, se prestará a quien lo haya solicitado primero.

Artículo 15. Los servicios de asesoría jurídica se prestarán, preferentemente, a:

- I. Las personas que estén desempleadas y no perciban ingresos;
- II. Los trabajadores jubilados o pensionados, así como sus cónyuges;
- III. Los trabajadores eventuales o subempleados;
- IV. Los que reciban, bajo cualquier concepto, ingresos mensuales inferiores a los previstos en las bases generales de organización y funcionamiento;
- V. Los indígenas, y
- VI. Las personas que por cualquier razón social o económica tengan la necesidad de estos servicios.

Artículo 16. Para determinar si el solicitante de los servicios de asesoría jurídica reúne los requisitos establecidos para que se le otorgue el servicio, se requerirá un estudio social y económico, elaborado por un trabajador social del Instituto Federal de Defensoría Pública. En los casos de urgencia previstos en las bases generales de organización y funcionamiento, se deberá prestar de inmediato y por única vez, la asesoría jurídica, sin esperar los resultados del estudio socioeconómico.

Artículo 19. Los asesores jurídicos realizarán sus funciones de acuerdo a las bases generales de organización y funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública y en función de la naturaleza de cada uno de los asuntos para los cuales se prestará la asesoría jurídica.

También se hace destacar en las consideraciones del amparo en revisión, algunos principios que tienen por objetivo la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, derivados de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada y proclamada en la septuagésima sexta sesión plenaria el 9 de diciembre de 1988.

Tales principios establecen lo siguiente:

[...]

Principio 17

1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Principio 18

1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.

2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultar y comunicarse

con él, sin demora y sin censura, y en un régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.

5. Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.

Principio 19

Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho. [...]

El punto neurálgico de este análisis surge porque en la resolución del amparo en revisión en cuestión, se asume que las personas privadas de su libertad tienen derecho a la asistencia de un asesor jurídico que los represente de una manera digna y profesional dentro de los procedimientos que se instauren con motivo de una lesión a sus derechos fundamentales.

Esta tesis que se analiza, se ha convertido en un problema al momento de designar al servidor público

adecuado para la defensa del quejoso que promueve ante los tribunales un recurso, queja o escrito por propio derecho, estando privado de su libertad en un centro penitenciario, sea en calidad de procesado o sentenciado, o más bien, se ha vuelto ordinario acatar este criterio que fue generado en varios tribunales federales del país, pero hasta ahora publicado en la tesis aquí comentada. Porque por ello se designa un asesor jurídico como el profesionalista que deba proporcionar una defensa adecuada a estas personas que compurgan una pena o se encuentran procesadas.

Pero un asesor jurídico, de acuerdo con las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública es un servidor público especializado para orientar a las personas o representarlas, en materias de derecho civil-familiar, fiscal-administrativo o laboral.

En tanto que a las personas privadas de su libertad se les debe designar un defensor público o de oficio para representar sus intereses, dado que es la designada en la Ley Nacional de Ejecución Penal, pero también es la que siempre ha sido capacitada para dicha función.

Y para sostener este acierto, conviene invocar los siguientes preceptos:

A) De la Ley Federal de Defensoría Pública

Artículo 4. Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de:

I. Defensores públicos, en los asuntos del orden penal federal y del Sistema de Justicia Penal Integral para Adolescentes, desde la averiguación previa o investigación hasta la ejecución de las penas, medidas u otra consecuencia, hasta la extinción de éstas, y

II. Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones.

Artículo 13. Las quejas que formulen los defensores públicos, los detenidos o internos de establecimientos de detención o reclusión por falta de atención médica; por tortura; por tratos crueles, inhumanos o degradantes, por golpes y cualquier otra violación a sus derechos humanos que provengan de cualquier servidor público, se denunciarán ante el ministerio público, a la autoridad que tenga a su cargo los reclusorios y centros de readaptación social y a los organismos protectores de derechos humanos, según corresponda. Esto con el fin de que las autoridades adopten las medidas que pongan fin a tales violaciones, se prevenga su repetición y, en su caso, se sancione a quienes las hubiesen cometido, de conformidad con la legislación aplicable.

B) De las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública

Artículo 29.- El servicio de asesoría jurídica del fuero federal debe prestarse en las materias que a continuación se señalan:

I. Materia administrativa;

a) Asuntos previstos por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

b) Asuntos en los que sea procedente la interposición de recursos o medios de defensa que prevean las leyes, a efecto de combatir actos de autoridad que emitan dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal.

c) Asuntos que se tramiten ante dependencias

federales y entidades de la Administración Pública Federal, conforme a procedimientos seguidos en forma de juicio.

d) Asuntos en los que sea procedente promover juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales administrativos, federales o locales.

e) Asuntos migratorios.

II. Materia fiscal;

a) Asuntos de carácter federal que puedan ser planteados mediante juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

b) Asuntos en los que sea procedente promover juicio de amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito, contra sentencias que declaren la validez de la resolución impugnada o no satisfagan el interés jurídico del demandante, emitidas por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

c) Asuntos en los que sea procedente interponer recurso de revocación en contra de actos administrativos dictados en materia fiscal federal.

III. Materia civil;

a) Asuntos previstos en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

b) Asuntos contemplados en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en la inteligencia que en esta materia se excluyen aquellos casos que provengan del fuero común, en los que el solicitante cuente ya con la asesoría o asistencia jurídica de la institución de defensoría correspondiente a dicho fuero, o que por razón del mismo, debe acudir en requerimiento de sus servicios a esa institución,

excepto cuando acrediten que éstos le fueron negados.

c) Asuntos en los que sea procedente promover juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales federales o locales.

d) Juicios de amparo en los que el asesor jurídico debe actuar como representante especial de un menor, por designación del juez de Distrito.

IV. Materia derivada de causas penales federales;

a) Asuntos en los que sea procedente la reparación del daño a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

b) Asuntos en los que sea procedente la devolución de bienes u objetos a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

c) Asuntos en los que sea procedente tramitar, ante los órganos investigadores o jurisdiccionales, la devolución de bienes u objetos a favor de terceros.

Sólo procede este servicio, en los dos primeros incisos, cuando el procesado no sea patrocinado por un defensor público federal.

V. En todas las materias, tratándose de juicios de amparo en que los titulares de órganos jurisdiccionales requieran la designación de un representante especial para un menor o un adulto que tenga limitada la capacidad de representarse por sí mismo.

C) De la Ley Nacional de Ejecución Penal

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto:

I. Establecer las normas que deben de observarse durante el internamiento por prisión preventiva, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una resolución judicial;

II. Establecer los procedimientos para resolver las controversias que surjan con motivo de la ejecución penal, y

III. Regular los medios para lograr la reinserción social. Lo anterior, sobre la base de los principios, garantías y derechos consagrados en la Constitución, Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte y en esta Ley.»

Artículo 3. Glosario

Para los efectos de esta Ley, según corresponda, debe entenderse por:

[...]

VIII. Defensor: Al defensor público federal, defensor público o de oficio de las entidades federativas, o defensor particular que intervienen en los procesos penales o de ejecución;

[...]

XVII. Persona privada de su libertad: A la persona procesada o sentenciada que se encuentre en un Centro Penitenciario;

[...]

Artículo 107. Peticiones administrativas

Las personas privadas de la libertad y aquellas legitimadas en esta Ley podrán formular peticiones administrativas ante la Autoridad Penitenciaria en contra de los hechos, actos u omisiones respecto de las condiciones de internamiento.

Artículo 108. Legitimación

Se reconoce legitimidad para formular las peticiones ante las direcciones de los Centros a:

I. La persona privada de la libertad, a nombre propio o de manera colectiva;

II. Los familiares hasta el cuarto grado de parentesco por consanguinidad de la persona privada de la

libertad, su cónyuge, concubinario o pareja de hecho;

III. Los visitantes;

IV. Los defensores públicos o privados;

V. El Ministerio Público;

VI. Cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo de protección de los derechos humanos en el orden federal o de las entidades federativas, que tengan dentro de su mandato la protección de las personas privadas de la libertad o de grupos o individuos que se encuentren privados de la misma, y

VII. Las organizaciones de la sociedad civil que tengan dentro de su objeto la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad y que se encuentren debidamente acreditadas.

Con el marco legal que precede, de acuerdo con la función litigiosa a desempeñar, en puridad no le corresponde al asesor jurídico intervenir en cuestiones propias de lo que le acontezca a la persona privada de su libertad por cuestiones de *derechos negados*, contenidos en los artículos 9 y 10; o *faltas graves al régimen penitenciario*, contenidas en el artículo 40, todos de la Ley Nacional de Ejecución Penal, o *cualquier controversia* que se suscite en su calidad de personas privadas de su libertad en un centro penitenciario, y que además se consideren violatorios de sus derechos humanos o fundamentales, como lo previene la tesis en que sustento este estudio y que, dicho sea de paso, tuvo su mérito antes de la publicación de la norma especial para ejecución penitenciaria en el Diario Oficial de la Federación de 17 de junio de 2016.

Atender las necesidades legales de una persona privada de la libertad durante el procedimiento o en ejecución de sentencia derivada de una causa penal, siempre ha sido materia que le debe corresponder

conocer a un defensor público o de oficio. Y este servidor público será y es el capacitado para intervenir en los procedimientos de ejecución penitenciaria que el Estado debe proveer, cuando la persona privada de su libertad no designa a un abogado privado que lo represente en alguna queja, recurso o trámite legal que necesite hacer por su condición especial.

Además, la entrevista que le haga el Defensor Público Federal a la persona privada de la libertad es importante, porque aun cuando el requerimiento de la designación provenga de un recurso promovido por propio derecho para la protección de un derecho humano o fundamental tutelado por la Constitución nacional, de esa entrevista, incluso, pudiera dar lugar a tomar otras acciones controversiales propias de su defensa en ejecución penitenciaria, como pudiera ser traslados o la duración, modificación o extinción de la pena, por ejemplo, y que serían diversas al motivo de su recurso interpuesto por propio derecho.

Incluso, el Defensor Público Federal debe solicitar el apoyo de un asesor jurídico si resultara que dicha persona entrevistada tiene la necesidad de una orientación en alguna materia propia del derecho mercantil, civil o familiar, agrario o laboral, administrativo o fiscal; o bien, de una representación en sus materias civil, fiscal o administrativa del fuero federal o derivada de causas penales en las que la persona privada de su libertad no hubiere sido asistido por un defensor público, como lo establece el artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Por consiguiente, se concluye en que todo menoscabo o agravio a los derechos humanos o fundamentales que sufran las personas privadas de la libertad, deben ser

asistidas por un Defensor Público Federal y no por un asesor jurídico, porque con el nombramiento de asesor jurídico no se cumple con la función y profesionalización del servidor público que debe acudir a proporcionarle la defensa adecuada. Lo que se tiene que reflexionar ahora, porque en la actualidad, atendiendo a criterios como el de la tesis materia de este análisis, en las Delegaciones del Instituto Federal de Defensoría Pública se siguen designado asesores jurídicos para atender los reclamos de personas privadas de la libertad, que no son propiamente materia de aquéllos, pero que seguirán siendo designados mientras continúe vigente la Tesis: V.3o.P.A.3 P en que he basado esta reflexión.

No pasa inadvertido que el asesor jurídico debe tener intervención en la Ley Nacional de Ejecución Penitenciaria, pero ello sólo será en representación de las víctimas:

Artículo 121. Partes procesales

En los procedimientos ante el Juez de Ejecución podrán intervenir como partes procesales, de acuerdo a la naturaleza de la controversia:

- I. La persona privada de la libertad;*
- II. El defensor público o privado;*
- III. El Ministerio Público;*
- IV. La Autoridad Penitenciaria, el Director del Centro o quién los represente;*
- V. El promovente de la acción o recurso, y*
- VI. La víctima y su asesor jurídico, cuando el debate esté relacionado con la reparación del daño y cuando se afecte de manera directa o indirecta su derecho al esclarecimiento de los hechos y a la justicia.*

Cuando se trate de controversias sobre duración, modificación o extinción de la pena o medidas de seguridad, sólo podrán intervenir las personas señaladas en las fracciones I, II, III, IV y VI, del

presente artículo y en este último caso respecto de la reparación del daño.

Cuando el promovente no sea la persona privada de la libertad, el Juez de Ejecución podrá hacerlo comparecer a la audiencia si lo estima necesario.

Pero esta intervención del asesor jurídico es entendible por su representación constitucionalmente garantizada a la víctima, aunque dicho sea de paso, el asesor jurídico debe tener conocimientos especializados en la Ley General de Víctimas y su reglamento, así como del procedimiento penal y de ejecución penal en general, para poder dar la asistencia adecuada, lo cual no interfiere con la conclusión arribada en esta aportación, y de la que hago énfasis en cuanto a que *la persona que debe asistir a una persona privada de su libertad para proporcionarle una adecuada defensa a sus derechos, o defenderlo de sanciones administrativas que le sean impuestas en reclusión, o cualquier controversia que se suscite por su calidad de persona privada de su libertad en un centro penitenciario, debe ser un defensor público; según sea del fuero en que se le juzgue o se le hubiere juzgado.*

**La reforma constitucional de 2008
y la teoría del delito en el sistema acusatorio**

*Fernando Isaac Fregoso Acuña**

*Miguel Ángel Sánchez Acuña***

RESUMEN: La teoría del delito constituye un instrumento para determinar si un hecho puede o no ser considerado *delito*, a partir del estudio y análisis sistemático de los principios y elementos comunes a todo delito, tal y como lo explica la doctrina y su regulación en el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales; de ahí que su conocimiento preciso por parte de los operadores pueda verse reflejado en su aplicación, y ello traiga consigo el fortalecimiento de la reforma constitucional de 2008; en la implementación del sistema acusatorio en función de un derecho penal que permita la consolidación de un Estado social y democrático de derecho.

SUMARIO: I. Introducción. II. La dogmática jurídica y teoría del delito. III. Elementos de la teoría del delito. IV. Los elementos de la teoría del delito en la legislación penal federal. V. Aplicación de la teoría del delito en el sistema acusatorio. VI. La teoría del delito y la teoría del caso. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

* Defensor Público Federal.

** Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito.

I. Introducción

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto de reformas y adiciones a la Constitución federal, con el objeto de establecer el sistema procesal penal acusatorio, en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero, 17, párrafos tercero, cuarto y sexto, 19, 20 y 21, párrafo séptimo, lo cual, junto con la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales, incorpora en nuestro derecho un modelo acusatorio, garantista y con rasgos adversariales, a partir del cual se imponen retos a sus operadores basados en nuevos paradigmas, pues este proceso impone la obligación, tanto para las partes como para el juez, de plantear y resolver los distintos actos procesales en audiencia pública y oral, lo cual, a su vez, modifica sustancialmente la manera en que las partes deben estructurar y exponer su teoría del caso y, en cuanto al juez, en lo atinente a los requisitos que deben cumplir cada una de sus determinaciones.

Un problema recurrente que se ha presentado en este modelo, tanto a nivel teórico como práctico, al menos en el fuero federal, se relaciona con el papel que juega la dogmática penal en las distintas etapas del procedimiento penal, específicamente en las audiencias preliminares donde se resuelven actos procesales como la orden de aprehensión o la vinculación a proceso; ello a propósito de la discusión sobre qué se debe entender por *hecho que la ley señala como delito*, pues existen opiniones discrepantes sobre tal concepto, ya que para un sector del foro jurídico se trata solamente de acreditar los elementos objetivos y normativos, es decir, se refiere sólo a la *tipicidad*, prescindiendo de los demás elementos del delito, *antijuridicidad* y *culpabilidad*; y por el lado contrario, otros consideran que se debe acreditar todo el delito en su conjunto (*tipicidad –elementos objetivos,*

normativos y subjetivos-, antijuridicidad y culpabilidad). Discrepancia que ha trascendido a la práctica, pues algunos jueces de control al dictar una vinculación a proceso o librar una orden de aprehensión, para tener por acreditado *el hecho que la ley señala como delito*, se limitan a analizar el encuadramiento de la conducta al tipo penal (*tipicidad*), mientras que otros abordan además el análisis de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Por ello, el presente estudio tiene la finalidad de brindar argumentos, tanto doctrinales como de derecho positivo, para demostrar que la teoría del delito se mantiene vigente en el sistema acusatorio en cada una de sus etapas procedimentales, incluidas, desde luego las audiencias preliminares y con mayor ahínco al momento en que las partes (principalmente ministerio público y defensa) plantean su teoría del caso, en tanto que para el juzgador pueda brindar una determinación que cumpla los requisitos constitucionales y procesales, pues debe analizar con especial cuidado que los hechos puestos a su consideración efectivamente constituyen una conducta típica, antijurídica y culpable, para lo cual debe conocer y aplicar la teoría del delito.

II. La dogmática jurídica y la teoría del delito

Se denominada dogmática jurídica a la actividad que realizan los juristas cuando, como tales, describen el derecho. Actividad que los juristas habitualmente denominamos doctrina.¹ La teoría del delito es un producto de la dogmática. La doctrina, partiendo del derecho positivo, ha ordenado y sistematizado bajo las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las reglas jurídicas que condicionan la posible responsabilidad

¹ Tamayo y Salmorán, R.: *Introducción...* cit., p. 211.

penal de una persona. La ordenación y sistematización de estas reglas facilita su interpretación y su aplicación práctica en el análisis de los casos concretos. En tanto que las normas están integradas dentro de un sistema, su interpretación obliga a considerarlas en su conjunto, de modo que guarden coherencia entre ellas. Por eso, la teoría del delito cumple también una función de garantía, pues no sólo evita una aplicación arbitraria de la ley penal, sino que también permite calcular cómo se va a aplicar dicha ley en un caso concreto.²

En ese sentido, podemos definir a la teoría del delito como aquélla que estudia los principios y elementos que son comunes a todo delito, así como las características por las que se diferencian los delitos unos de otros; esto es, la teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana.³

La teoría del delito se estructura, además, en un sistema de conceptos, es decir, consiste en la ordenación lógica de los conocimientos propuestos, y de ello se deduce que el método de análisis lógico se convierte en un instrumento indispensable para el avance y desarrollo teórico de cualquier ciencia, es por ello que se habla de que la ciencia del derecho penal es eminentemente sistemática, ya que el razonamiento sistemático en el derecho penal garantiza la necesaria racionalización en la aplicación de la ley penal al caso.

Bacigalupo, señala:

Se trata de un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la

consecuencia jurídico-penal previsto en la ley, y como la ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también una finalidad práctica. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal...⁴

Por ello la teoría del delito, mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías dogmáticas; es decir, rechaza una apreciación global del hecho. Sólo después del análisis de aquellas categorías se podrá afirmar que un hecho concreto es delito. Lo anterior no se discute, aunque sí, en cambio, las propias categorías y, por supuesto, el contenido de cada una de ellas. De todos modos, hoy aún es mayoritaria la clasificación tripartita: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ya que éstos no han sido todavía, abandonados o sustituidos por otros, ni parece que vayan a serlo en un futuro inmediato.⁵

Con razón dice Roxin que:

Casi todas las teorías del delito que se han dado hasta la fecha no son más que sistemas de elementos, que desintegran la conducta humana en una pluralidad de características concretas (objetivas, subjetivas, normativas, descriptivas, etc.), que se incluyen en los diferentes grados de la estructura del delito y que se reúnen de este modo como un mosaico para

² Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H.: *Lecciones...* cit., p.16.

³ Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal...* cit., p. 199.

⁴ Bacigalupo, E.: *Manual...* cit., p. 67.

⁵ Jaén Vallejo, M.: *Cuestiones...* cit., p. 105.

*la formación del hecho punible (...). De esta forma se puede describir la historia de la teoría del delito en los últimos decenios como una peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema...*⁶

En ese sentido, Gimbernát ha señalado que cuanto más desarrollada esté la dogmática, más seguridad e igualdad se conseguirá en la aplicación de la ley, pues así lo señala:

*Hace posible... al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté la dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite...*⁷

Por ello, podemos señalar que la teoría del delito se conforma como un método de análisis de distintos niveles o jerarquías estructurales,⁸ esto es, cada peldaño o nivel presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que

condicionan esa aplicación; lo cual lleva a cuestionarse sobre si la acción imputada a una persona es o no típica, y en caso de ser positivo, se necesitaría averiguar si esa conducta la realizó bajo alguna causa de justificación, y finalmente si resulta negativa dicha circunstancia, es necesario saber si tal conducta típica y antijurídica es además culpable.

III. Elementos de la teoría del delito

Conforme a lo que hoy plantea la dogmática, el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable, esto es, en primer lugar se trata de identificar una acción como hecho, es decir, poder afirmar de un fenómeno en el que un ser humano se ve inmerso que no es mera naturaleza, sino originada en la libertad. Hablamos entonces, ya no de acción, sino de un hecho. Este hecho se confronta o mide con arreglo a una norma, para dar como resultado que el hecho se ajusta al ordenamiento o bien lo infringe, si el hecho se ajusta a lo dispuesto por el ordenamiento, no es preciso plantearse más en derecho penal: alguien estaba obligado por la norma a no matar, y no ha matado, luego no hay cuestión alguna. Pero si, en cambio, el hecho infringe lo previsto en el ordenamiento, hay que atribuírselo o reprochárselo al agente: esto es lo que se llama imputárselo a título de reproche, declarar a su agente culpable del hecho. Se plantean así tres operaciones que definen ya los tres elementos básicos de la teoría del delito. En primer lugar, el poder identificar un hecho. En segundo lugar, que ese hecho sea antijurídico. En tercer lugar, que el hecho antijurídico se impute al agente como culpable. Por eso se entiende la definición común de delito como hecho antijurídico culpable.

⁶ Roxin, C.: *Política...* cit., p. 104.

⁷ Citado por Ambos, K.: *“Dogmática...”*, cit., p. 2.

⁸ Quintino Zepeda, R.: *Dogmática...* cit., I-XV.

Maurach,⁹ expresa que el delito es la acción antijurídica, típica y atribuible a su autor; sin embargo, en derecho penal existen varias teorías que estudian al delito, las cuales, no obstante lo interesante y discutido que es cada una de ellas, por razones de espacio y delimitación del tema, únicamente se enunciarán las más representativas: teoría causalista (clásico y neoclásico); teoría finalista; teoría funcionalista (normativista –*Jakobs*– y teleológico político criminal –*Roxin*–).¹⁰

En ese sentido, si bien es cierto que cada una de las citadas teorías tienen sus componentes, lo cierto es que, como se expuso *supra*, hoy aún es mayoritaria la clasificación tripartita: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y sus elementos son, entonces, la tipicidad (la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal); la antijuridicidad (la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico); y, la culpabilidad (el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico).

En ese sentido, dada la posición que se adoptará al concluir el presente trabajo, en este capítulo únicamente se hará mención a los aspectos positivos del delito, y en el siguiente el aspecto negativo.

A. Tipo penal y tipicidad

En palabras de Maurach, el tipo es, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal. Debe comprender las características integrantes de la acción: voluntad dirigida en una determinada dirección y manifestación de esa voluntad.¹¹

⁹ Maurach, R.: *Tratado...* cit., p. 212.

¹⁰ Díaz Aranda, E.: *Derecho...* cit., pp. 94 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 350.

Tipo penal, es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal. Los tipos penales están compilados en parte especial de un código penal. El tipo penal es el concepto legal, es la descripción de las acciones que son punibles, y se las compila en un código.¹²

Asimismo Muñoz Conde nos dice: *...Tipo, es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal...*¹³ Y con base en ello, dicho autor establece que el tipo penal tiene las siguientes funciones: una función seleccionadora de los comportamientos humanos; una función de garantía, que se traduce en el principio denominado *nullum crimen sine tipo*; una función motivadora general, en cuanto es el legislador el que indica a los ciudadanos las conductas que están prohibidas y así conminarlos a que los sujetos se abstengan de realizar esas conductas.

Por lo que hace al maestro Pavón Vasconcelos nos indica que el tipo es: *...la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal...*¹⁴

Ahora bien, no obstante lo interesante y discutido que es cada uno de los elementos del tipo penal, por razones de espacio y delimitación del tema, únicamente se enunciarán cada uno de ellos, siendo los siguientes:

Elementos objetivos: sujetos –*activo, pasivo*–; calidad de sujetos; conducta –*acción, omisión, comisión por omisión*–; bien jurídico tutelado –*bien jurídico personal, bien jurídico suprapersonal o macrosocial*–; objeto material; circunstancias –*tiempo, lugar, modo o situación*–; medios

¹² *Ibidem*, p. 80.

¹³ *Ibidem*, p. 252.

¹⁴ Pavón Vasconcelos, F.: *Derecho...* cit., p. 308.

comisivos –*violencia física o moral, otros medios*–; resultado –*formal o material*–; imputación objetiva del resultado –*la creación de un riesgo no permitido, concreción del riesgo no permitido en un resultado, pertenencia del resultado al ámbito protector de la norma*–.

Elementos normativos: *de carácter jurídico o cultural*.

Elementos subjetivos (dolo –*directo o eventual*– o culpa –*con representación o sin representación*– y los elementos subjetivos específicos.

B. Tipicidad

Es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social.

Bacigalupo, señala:

*La afirmación de que un hecho constituye un ilícito (la violación del orden jurídico) requiere, como vimos (supra, i, 5), la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción no está autorizada. La comprobación de que el comportamiento infringe una norma es la materia propia de la “tipicidad”, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho que es presupuesto de la pena contenido en la ley.*¹⁵

En ese sentido, si una conducta es *típica*, entonces surge el problema de su *antijuridicidad*, esto es, se tratará de saber si el autor realizó el hecho típico autorizado por la ley o no.

¹⁵ *Ibidem*, p. 79.

C. Antijuridicidad

La antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuridicidad es un juicio de valor *objetivo*, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico.¹⁶

Según López Barja de Quiroga, la antijuridicidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses *tutelados por el derecho*. La antijuridicidad es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.¹⁷ Asimismo, la antijuridicidad se divide en formal y material, la antijuridicidad formal consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto, en tanto que la antijuridicidad material se refiere cuando, habiendo transgredido una norma positiva (condición que pone el principio de legalidad), lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quería proteger.

Por otra parte, si decimos que la antijuridicidad es la conducta humana contraria al ordenamiento jurídico, tendríamos con esta afirmación una antijuridicidad genérica. Para delimitar se apela al tipo, con lo que se tiene una antijuridicidad específicamente penal. Las causas de justificación son llamadas también eximentes o causas de exclusión de lo injusto. Son situaciones que, admitidas por el propio derecho penal, eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo toman jurídicamente lícito.

¹⁶ Welzel, H.: *Derecho...* cit., pp. 76-77.

¹⁷ López Barja de Quiroga, J.: *Derecho...* cit., p.181.

D. Culpabilidad

Es un juicio de valor de carácter subjetivo que consiste en el reproche personal, individualizado que se formula a quien conociendo la norma y pudiendo adaptar su conducta a ella, no lo hace (realiza una acción típica, prohibida por el ordenamiento jurídico).

Los elementos que integran a la culpabilidad en el estado actual de la evolución de la teoría del delito son: a) la imputabilidad, no a nivel de presupuesto, sino como condición de la culpabilidad; b) la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho; y, c) la ausencia de causas de exculpación.¹⁸

IV. Los elementos de la teoría del delito en la legislación penal federal

Como podemos advertir de lo señalado en los puntos anteriores, la dogmática penal señala cuáles son los requisitos que se deben cumplir para tener por acreditado un delito, sin embargo, ello no deja de ser doctrina, lo cual a decir por algunos impartidores de justicia, no obliga a su observancia y ello se hace con base en la tesis: 2a. LXIII/2001, emitida por la Segunda Sala del Máximo Tribunal del País, de rubro: *DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS*. [Visible en la página 448, Tomo XIII, mayo de 2001, impresa en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*].

Es por ello que para estar en condiciones de poder brindar no solamente una definición de delito meramente doctrinal, resulta obligatorio acudir a lo que establece la

¹⁸ Plascencia Villanueva, R.: *Teoría...* cit., p. 167.

ley penal como delito.

Ello es así, pues como lo señala Jiménez Martínez: *Todo científico del derecho penal que quiera hacer dogmática penal, deberá partir de la ley y nada más que la ley, precisamente porque, ahí están los dogmas que el legislador ha plasmado; cualquier otra forma de proceder, el investigador estará haciendo pura filosofía o religión, pero no ciencia del derecho penal o dogmática penal. La teoría del delito no es más que el desarrollo sistemático y coherente de los principios contenidos en el orden jurídico mexicano...*¹⁹

En similar sentido se encuentra Benavente Chorres, al explicar:

En esa inteligencia, el profesional en el Derecho deberá manejar las categorías normativas que conforman el concepto material de delito, incluyendo las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, así como los excluyentes o eximentes. Ahora bien, este manejo importa la selección de una construcción dogmática del delito, como las señaladas en los puntos anteriores de este capítulo; esto es, elegir el esquema causalista, finalista o funcionalista, por ejemplo. Asimismo, esta selección implica el conocer el contenido de la corriente elegida, sus presupuestos, la línea de construcción que adopta en torno al hecho punible, las consecuencias que origina tal toma de postura, etc.; sin mezclar o confundir con los aportes dados por otra escuela jurídico-penal. Al respecto, no podemos imponer un esquema conceptual del delito, pero sí formular algunas recomendaciones que ayude al lector a la hora de afrontar la tarea de seleccionar la teoría del delito que va a aplicar. Así tenemos: 1. Tome

¹⁹ Jiménez Martínez, J.: *La teoría...* cit., p. 26.

en cuenta aquella corriente dogmática que ofrezca explicaciones, aplicables en nuestro derecho positivo. Ello, no descalifica a las escuelas extranjeras como la germana, que como indica Van Weezel, sus ideas no deberían ser eliminadas o sesgadas por referirse a una realidad diferente a la latina, sino integrarlas. Pero tampoco podemos arribar al otro extremo de recibir las escuelas de pensamiento foráneas sin un mínimo juicio crítico en torno a la coherencia de sus postulados, la razonabilidad y su grado de aplicación en entornos socio-jurídicos distintos a aquel que le dio origen. 2. Tome en cuenta aquella corriente dogmática que cuente con respaldo de la comunidad académica. Ello es una garantía de actualizable respaldo científico; y se dice actualizable en la medida que en el tiempo en el que se pretende aplicar la corriente dogmática la comunidad científica lo venga o continúe respaldando. Ahora bien, ello no se puede medir, exclusivamente, con criterios cuantitativos, sino tiene como baremo la aceptación académica de que aquella escuela viene aportando soluciones rigurosas a los problemas que plantea el sistema jurídico; que no es, en términos de la teoría de las revoluciones científicas de Kuhn, un paradigma incapaz de solucionar los actuales problemas y que requiere su revisión con fines de sustitución científica. 3. Tome en cuenta aquella corriente dogmática que conozca y domine mejor. No siempre el seguir la escuela que está de moda es el mejor de los caminos, máxime si el aplicador no tiene un grado de conocimiento óptimo e idóneo de la misma; caso contrario, caería en el riesgo de aplicaciones sesgadas o incompletas de la corriente dogmática seleccionada. Asimismo, lo ideal es que ese nivel de conocimiento en torno a la escuela jurídico-penal a

emplear también lo presente el juzgador, quien por último será el responsable de canalizar la información que recibirá y de emitir decisiones razonables. Estas tres recomendaciones no son excluyentes sino concurrentes; es decir, seleccionar aquella escuela jurídico-penal que nos brinde un mejor arsenal interpretativo de nuestro derecho positivo y que al mismo tiempo detente respaldo, en la actualidad, en la comunidad académica –incluyendo a los Tribunales de Justicia–. Todo ello, sin menoscabar la importancia que el aplicador conozca, entienda y domine con certeza los planteamientos de la escuela seleccionada...²⁰

Ahora bien, el Código Penal Federal define al delito de la siguiente manera: Artículo 7º.- *Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.* De dicha definición no se puede decir nada todavía sobre la existencia de los elementos del delito, por ello, es necesario realizar una interpretación sistemática en sentido contrario del artículo 15 de dicho código (pues debe recordarse que el capítulo supra se hizo mención de los aspectos positivos del delito) ya que el propio legislador señaló: *El delito se excluye cuando...*, esto es, describe los aspectos negativos del delito ya que señala:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

- I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;*
- II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;*
- III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:*

²⁰ Benavente Chorres, H.: *La aplicación...* cit., pp. 168-169.

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

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;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente 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, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código;

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

Por tanto, se puede afirmar que siguiendo la definición que nos da el Código Penal Federal, se tienen los elementos de:

conducta-típica, antijurídica y culpable, ello se ejemplifica mejor en el siguiente cuadro:

ASPECTOS POSITIVOS DEL DELITO	ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO CON BASE EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL
Conducta: acción u omisión (simple o comisión por omisión) Artículos 7, 8, 9, 12 y 13 del CPF	Fracción I.- <i>El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.</i> Esto es, ausencia de conducta, v. gr. fuerza física irresistible –vis mayor y vis absoluta–, movimientos reflejos, hipnotismo, crisis epilépticas.
Tipo penal (elementos objetivos, subjetivos y normativos) Artículos 7, 8, 9, 12 y 13 del CPF	Fracción II.- <i>Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate.</i> Esto es, la ausencia de alguno de los elementos exigidos por el tipo penal, no obstante que se trate de elementos objetivos, subjetivos o normativos. Fracción III.- <i>Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:</i> a) <i>Que el bien jurídico sea disponible;</i> b) <i>Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y</i> c) <i>Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.</i> Esto es el consentimiento sobre un bien jurídico disponible. Así como el error de tipo, previsto en la Fracción VIII.- <i>Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.</i> Fracción X.- <i>El resultado típico se produce por caso fortuito.</i>
Tipicidad y Antijuridicidad (formal o material)	Fracciones IV, V y VI, esto es, legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, respectivamente.
Culpabilidad Imputabilidad Conciencia de la antijuridicidad Exigibilidad de otra conducta	Fracción VII.- <i>Al momento de realizar el hecho típico, el agente 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, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.</i> Fracción VIII.- <i>Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:</i> B) <i>Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.</i> Fracción IX.- <i>Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.</i>

En razón de lo precedente se puede afirmar que el Código Penal Federal en su artículo 15, interpretado en sentido contrario, brinda una definición de delito congruente con la dogmática penal, en el sentido de que es una conducta-típica, antijurídica y culpable, es decir, mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías dogmáticas mediante los aspectos negativos del mismo; es decir, rechaza una apreciación global del hecho. Sólo después del análisis de aquellas categorías se podrá afirmar que un hecho concreto es delito, esto es, son los requisitos que se deben cumplir para tener por acreditado la existencia de cualquier delito y para cualquier etapa del procedimiento penal.

V. Aplicación de la teoría del delito en el sistema acusatorio

Un problema recurrente sobre el presente tópico es el referente al papel que juega la dogmática penal en las distintas etapas del procedimiento, específicamente en las audiencias preliminares en las que se resuelven actos procesales como la orden de aprehensión o la vinculación a proceso. Lo cual tiene sustento en la discusión sobre qué se debe entender por *hecho que la ley señala como delito*, pues existen opiniones discrepantes sobre el particular, ya que para un sector del foro jurídico se trata solamente de acreditar los elementos objetivos y normativos, es decir, se refiere únicamente a la tipicidad, prescindiendo de los demás elementos del delito, *antijuridicidad y culpabilidad*, mientras que otros consideran que se debe acreditar todo el delito en su conjunto (tipicidad –*elementos objetivos, normativos y subjetivos*–, antijuridicidad y culpabilidad). Tal discrepancia ha trascendido a la práctica, pues algunos jueces de control al dictar una vinculación a

proceso o librar una orden de aprehensión, para tener por acreditado *el hecho que la ley señala como delito* se limitan a analizar el encuadramiento de la conducta al tipo penal (tipicidad), mientras que otros abordan, además, el análisis de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

El concepto de *hecho que la ley señala como delito*, deriva de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, donde se le incorporó en los artículos 16, párrafos tercero (orden de aprehensión) y 19, primer párrafo (auto de vinculación a proceso); en tanto que en el Código Nacional de Procedimientos Penales, (artículos 141 –orden de aprehensión– y 316 –auto de vinculación a proceso–).

Como se adelantó, existen criterios en el sentido de que para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de vinculación a proceso, no es necesario realizar el estudio de los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), pues al tratarse de un procedimiento de investigación no formalizada, es innecesario.

A ese respecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, en su jurisprudencia: XVII.1o.P.A.30 P (10a.) [Registro No. 2012 685, Décima Época; T.C.C.; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; libro 34, septiembre de 2016; Tomo IV, pág. 2741], ha señalado esencialmente lo siguiente:

...actualmente la actividad jurisdiccional lleva a clarificar de nuevo el concepto de “hecho que la ley señale como delito”. Así, tenemos que la tipicidad es la correspondencia entre el hecho ocurrido en la realidad y el hecho descrito en el tipo. Decimos que es un hecho típico cuando se adecua perfectamente al tipo penal. La tipicidad es la necesidad de que los delitos se especifiquen o determinen legislativamente,

en tipos. Por otra parte, el tipo penal es la descripción legal de un hecho o conducta prohibida por la norma y a la cual se le asigna una pena. Se entiende como la abstracción formulada por el legislador, que reúne en un concepto los elementos esenciales de un hecho delictivo determinado. En otras palabras, el tipo está constituido por la descripción del hecho contrario a la norma que sanciona la ley penal. Se habla de hecho y no de “conducta”, porque algunos de los elementos de los tipos penales no refieren directamente al obrar del agente, sino a circunstancias externas a él, y que no dependen de su voluntad. Es una característica específica del delito, porque para que éste se configure, debe haber tipicidad; si no la hay, no hay delito. Esto es por imperio del principio de legalidad, ya que si se trata de una conducta no tipificada, es lícita, y los individuos pueden actuar libremente en el campo de lo no prohibido. En conclusión, el requisito exigido por los artículos 16 y 19 constitucionales (hecho que la ley señale como delito) no debe identificarse con los elementos del tipo, sino esencialmente con el núcleo, pues aun cuando en ocasiones por constituirse éste por un verbo “subjetivo” se dificulte su comprensión, no deben exigirse mayores requisitos a la directriz constitucional, lo cual remitiría al sistema mixto que se está tratando de superar con la implementación del sistema procesal penal acusatorio y oral...

Sin embargo, no se comparte el anterior criterio porque somos de la idea de que no se trata aquí de mantener una definición de *cuerpo del delito* o *elementos del tipo*, tal y como sucedió en las anteriores reformas constitucionales de 1994 y 1999, sino que a nuestro entender, al hablarse de *–hecho que la ley señala como*

delito—ineludiblemente se refiere a lo que la ley (positiva) define como *delito* y en ese sentido la acreditación, o al menos verificación, de todos y cada uno de sus elementos resulta insoslayable. Pues de otra manera, se llegaría al extremo de librar orden de aprehensión o emitir auto de vinculación a proceso, contra una persona que si bien desplegó una conducta que encuadra en la norma penal, lo hizo, por ejemplo, bajo un estado de necesidad justificante, al amparo de una legítima defensa, actuó bajo un error (de tipo o de prohibición) o, atento a las circunstancias del caso no le era racionalmente exigible una conducta distinta a la que realizó, etcétera.

De ahí que en el sistema acusatorio, aun en las audiencias preliminares, no se puede prescindir del estudio y análisis de todos los elementos del delito, pues de una interpretación teleológica de la reforma constitucional de 2008, se puede advertir que si bien el legislador pretendió que la ley fuera más *laxa* para librar una orden de aprehensión o emitir una vinculación a proceso, ello lo constriñó sólo al estándar probatorio que se debe satisfacer para emitir tales resoluciones, al determinar que *el hecho que la ley señala como delito se debía establecer únicamente con datos de prueba—determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado—* (artículo 261 CNPP), lo cual, implica que los datos deben ser los mínimos necesarios para justificar, racionalmente, que el imputado sea presentado ante el juez de control, ya que nos encontramos en la fase de investigación desformalizada.

Ello es así, pues de dicha reforma se advierte lo siguiente:

Por tal razón, en el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, en razón de que el ministerio público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, ya que en ese caso, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la averiguación previa y fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente el juicio. No existe un riesgo de que esta reducción del nivel de prueba necesario para la emisión de la orden de aprehensión sea motivo de abusos, porque existen amplios contrapesos que desalentarán a quienes se sientan tentados de ello, en razón de que el proceso penal será totalmente equilibrado para las partes y respetará cabalmente los derechos del inculpado, de manera que si se obtiene una orden de captura sin que los indicios existentes puedan alcanzar en forma lícita el estatus de prueba suficiente, sin temor a dudas se absolverá al imputado, al incorporarse expresamente a la Constitución principios como el de presunción de inocencia, el de carga de la prueba y el de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. Dicho de otra manera, sería contraproducente para el ministerio público solicitar la orden de aprehensión sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio, en razón de que ya no tendrá otra oportunidad de procesar al imputado. Por lo anterior, estas comisiones dictaminadoras consideramos procedente atemperar el actual cúmulo probatorio que el juez debe recibir del ministerio público para expedir una orden de aprehensión, de manera que los datos aportados establezcan la existencia del hecho previsto en la ley

penal y la probable participación (en amplio sentido) del imputado en el hecho, y no ya la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, que exige valorar las pruebas aportadas desde el inicio del proceso y no en el juicio, que es donde corresponde...

En similar sentido se encuentra Quintino Zepeda, al explicar:

Por mi parte estoy seguro que el sentido que se pretende con la expresión: ‘un hecho que la ley señale como delito’, se corresponde con el sólo resultado causado. En este punto, según mi modo de ver, el sentido de la reforma Constitucional – sentido extraído de la propia Exposición de Motivos– pertenece a un sistema retrasado y empobrecido que se revela ya como ventajoso, y que va mano a mano con el despotismo y con la arbitrariedad de un Estado autoritario. Hace falta ser verdaderamente ciego para no darse cuenta que el sólo resultado causado, no fundamenta ni puede fundamentar la responsabilidad jurídico-penal de una persona. En cambio, en el sentido de la reforma, la expresión ‘hecho’ está reducida al resultado típico de que se trate. Con la cual se infringe el principio de culpabilidad y, en particular, el principio de prohibición de responsabilidad objetiva. El primero de tales principios establece que una conducta es penalmente relevante si la misma ha sido cometida dolosa o culposamente, mientras que el segundo principio indica que nadie responde penalmente por el sólo resultado causado...²¹

En tanto que Díaz Aranda, concluye:

El grado probatorio (indicios o prueba plena) de los elementos del delito no es una cuestión que determinen los sistemas penales (clásico, neoclásico, final o funcional) sino es una decisión político-criminal que adopta el legislador en los códigos procesales de cada país. En consecuencia, si con la reforma de 1999 se quiso reducir la carga probatoria del ministerio público para obtener con facilidad una orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión por el juez, entonces nuestro legislador se equivocó al considerar que el problema del grado de prueba durante el procedimiento penal corresponde a la dogmática penal...²²

Para poner un ejemplo de lo anterior, podemos señalar los requisitos para una orden de aprehensión, pues el artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), precisa que la orden de aprehensión debe ser librada por una autoridad judicial (Juez de Control), siempre y cuando: a) se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito; b) el ministerio público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho –*tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente*–; c) exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión.

Ahora bien, respecto a los datos que obran en la carpeta de investigación que establezcan que se ha cometido ese hecho, el ministerio público debe precisar: i) el tipo penal que se atribuye, esto es, es necesario acreditar

²¹ *Ibidem*, p. 154.

²² Díaz Aranda, E.: *Problemas...* cit., p. 34.

los elementos que integran la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal; por ello, consideramos que el análisis del tipo penal debe ser dependiendo cada uno de ellos, sin embargo, todos poseen elementos objetivos (sujetos –activo, pasivo–; calidad de sujetos; conducta –acción, omisión, comisión por omisión–; bien jurídico tutelado –bien jurídico personal, bien jurídico suprapersonal o macrosocial–; objeto material; circunstancias –tiempo, lugar, modo o situación–; medios comisivos –violencia física o moral, otros medios–; resultado –formal o material–; imputación objetiva del resultado –la creación de un riesgo no permitido, concreción del riesgo no permitido en un resultado, pertenencia del resultado al ámbito protector de la norma–; elementos normativos –de carácter jurídico o cultural–). ii) el grado de ejecución del hecho, esto es, si se trata de una tentativa –acabada o inacabada– o un delito consumado. iii) forma de autoría –material, coautoría, mediata– y participación –instigador, cómplice–. iiiii) elementos subjetivos (dolo –directo o eventual– o culpa –con representación o sin representación–) y los elementos subjetivos específicos.

Mientras que para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de justificación –el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber– o de inculpabilidad –el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta–. (Artículo 316 del CNPP y 15 del Código Penal Federal).

Lo cual se reafirma con lo estipulado 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; esto es, si las partes hacen alusión en sus respectivas teorías del caso, el juez está obligado a resolver sus peticiones o inclusive hacerlo de oficio.

En similar sentido se encuentra Quintino Zepeda, al señalar:

*Conclusión: conforme a esta perspectiva, en el caso concreto de que se trate, el ministerio público debe examinar los datos probatorios relativos a cada elemento del delito. Lo cual significa estudiar todos los elementos del tipo penal: objetivos, subjetivos y normativos, así como las diversas causas de justificación, las causas de inculpabilidad, las formas de autoría y de participación, así como los grados de ejecución (...) Conclusión: para solicitar una orden de aprehensión no debe ser suficiente con establecer los datos que acrediten la existencia de un hecho y la probable intervención como autor o como partícipe del indiciado. Porque en un caso concreto puede efectivamente existir un hecho en que alguien intervenga como autor o como partícipe, sin que con ello su comportamiento sea jurídicamente incorrecto, por ejemplo si está justificando por legítima defensa el autor del hecho principal. Pero, con base en la reciente reforma constitucional, bien se podrá librar orden de aprehensión contra una persona (autor o partícipe) cuyo comportamiento sea jurídicamente correcto. De ahí la impetrante necesidad de que, en la ley secundaria de las diversas Entidades federativas, se exija al ministerio público entrar al examen de las causas de justificación, claro, antes de solicitar la orden de aprehensión respectiva.*²³

²³ *Ibidem*, pp. 157, 163.

Además, en cada uno de las determinaciones (orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso) se precisa la acreditación del dolo o de la culpa.

Por ello, tomaremos como ejemplo la acreditación del elemento subjetivo denominado *dolo*.

El Código Penal Federal define al dolo de la siguiente manera: *Artículo 9.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.*

Ahora bien, dado que el tipo penal contiene elementos objetivos y normativos, entonces ¿qué elementos del tipo penal debe conocer el autor doloso?; en nuestra opinión, esta pregunta se puede resolver con la interpretación de la regulación de error de tipo que nos brinda el código sustantivo de la materia en su artículo 15, fracción VIII, inciso a), el cual establece lo siguiente: *Artículo 15.- El delito se excluye cuando: ...VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal...*

Por tanto, se puede afirmar que siguiendo la definición que nos da el Código Penal Federal, obra dolosamente, el que conoce los elementos esenciales del tipo penal y si un elemento normativo es esencial para el tipo penal, entonces el autor doloso debe tener conocimiento de dicho elemento del tipo.

VI. La teoría del delito y la teoría del caso

En principio resulta necesario tener presente qué se entiende por teoría del caso, la cual, a decir de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis: 1a. CCXLVIII/2011 (9a.), de rubro: *SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. TEORÍA DEL CASO*. [Época: Décima Época, Registro: 160185, Fuente:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VI, marzo de 2012, Tomo 1, materia(s): penal, página: 291], dicha teoría se basa en la capacidad argumentativa de las partes para sostener que está acreditado un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o haya participado en su comisión, o bien, que existe alguna excluyente de responsabilidad o la destrucción de la proposición que se realiza contra el imputado y que desvirtúa las evidencias en que se apoya.

En ese sentido, y dada la dinámica del sistema acusatorio, la teoría del caso comienza desde el primer día en que se conocen los hechos, para irse preparando mediante un proceso cronológico durante toda la fase de investigación, hasta su formulación ante el tribunal oral en lo penal, es por ello, que la literatura más o menos uniforme coincide en señalar que una buena teoría del caso debe ser única, autosuficiente, simple y verosímil; por ello consideramos que la teoría del delito ocupa un papel trascendental en la teoría del caso.

En similar sentido se encuentra Benavente Chorres, al explicar:

Para nosotros, la teoría del caso es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe de realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotar de un solo sentido, significado u orientación a los hechos, normas jurídicas –sustantivas y procesales–, así como el material probatorio también conocido como evidencias... En ese orden de ideas, el carácter sistemático de la teoría del caso gira en torno a la ordenación y uniformidad de los elementos fáctico, jurídico y probatorio, otorgándoles una misma función: el generar al abogado litigante un plan de trabajo que puede ser aplicado en las diferentes etapas del

*proceso penal, fuese cual fuese la autoridad a recurrir, así como, la audiencia a concurrir; generándoles algo más que la argumentación a presentar a exponer, por ejemplo, durante los alegatos iniciales o de apertura durante la audiencia de juicio oral. En suma, a la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria se le denomina “teoría del caso”, la cual es elaborada a partir de la evidencia y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar. Esta teoría es la que guiará la investigación, se someterá al contradictorio en el juicio oral y finalmente se validará o rechazará en la sentencia... Por otro lado, con relación a la teoría jurídica, nos estamos refiriendo a la teoría del delito que manejaremos para dotarle de sentido penal a los hechos materia de proceso. En ese sentido, la teoría del delito es una herramienta de trabajo, que permite a las partes analizar de una manera organizada los diferentes contenidos jurídicos y normativos aplicables a una conducta... Frente a ello, y de esta forma continuar desarrollando el presente punto, vamos a seleccionar una teoría del delito que parta en considerar los siguientes elementos del ilícito penal: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad...*²⁴

En cuanto a los fiscales, en la etapa de investigación (inicial o complementaria) es indispensable que para establecer la hipótesis delictiva, esto es, para enmarcar los hechos puestos a su conocimiento (denuncia, querella) en un tipo penal determinado, es necesario realizar un adecuado plan de investigación o programa metodológico, por lo que el fiscal debe tener claros los elementos estructurales del tipo penal en el cual se enmarcan los

hechos materia de investigación, ya que si el fiscal no conoce suficientemente lo sucedido y por ello (o por cualquiera otra razón) no realiza una acertada adecuación típica, ello se verá reflejado en una negativa de orden de aprehensión o en un auto de no vinculación, por lo que la correcta ubicación de los elementos estructurales del tipo, incluyendo las circunstancias de agravación y atenuación, permite establecer los problemas probatorios que deben ser abordados en la respectiva audiencia;²⁵ esto es, la teoría del caso permite asimismo ordenar una investigación, guiar las pesquisas policiales, evaluar el nivel de madurez de un caso para ser llevado a juicio, así como detectar los elementos faltantes para cerrar una investigación, entre otros aspectos, lo anterior se traduce en la obligación de acreditar un ilícito determinado, dando cuenta de todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal. Desde la perspectiva del órgano acusador, podrá sostenerse que se tiene un caso cuando las evidencias disponibles permitan afirmar cada uno de los elementos del tipo. En este caso se requerirá, a lo menos, una proposición fáctica por cada elemento del tipo penal.

En ese sentido, va lo señalado por Saray Botero, quien indica que en la etapa de imputación y audiencia de imputación de cargos, se debe realizar lo siguiente:

Deducción de tipicidad concreta. La fiscalía le debe dar a conocer al imputado el tipo penal en que se adecua su conducta. Se debe expresar tipicidad (objetiva y subjetiva, expresar el o los verbos rectores), la antijuridicidad (formal y material) y la culpabilidad como reproche (dolo, culpa, preterintención). Se debe ofrecer una situación

²⁴ *Ibidem*, pp. 33-34, 38.

²⁵ Bedoya Sierra, L.: *La argumentación...* cit., pp. 55 y ss.

fáctica concreta. Cuando en el tipo penal existan varios verbos rectores alternativos se debe aclarar y especificar el verbo rector o los diferentes verbos rectores que concurren con la imputación fáctica, y verificar que no sean contradictorios (CSJ SP, 7 septiembre de 2011, rad. 35.293); ejemplo en los delitos tipos de “fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones” (art. 365 CP, modificado Ley 1453 de 2011, artículo 19) y de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes” (art. 376 CP, modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 11), donde éste último es un tipo penal de mera o simple conducta, pues para su consumación no se requiere determinado resultado; de peligro pues no se requiere un efectivo menoscabo de la salubridad pública; de ejecución instantánea pues se agota con la realización de la acción; compuesto y de verbos rectores alternativos pues cada uno configura el delito de forma autónoma e independiente; y no admite la tentativa. El fiscal deberá realizar una imputación fáctica y jurídica completa y comprensible, donde a los hechos les dé la adecuación típica que corresponda y además con la punibilidad concreta y real de tal manera que no quede duda con respecto a los incrementos de pena según las leyes que han modificado el Código Penal, en especial, por ejemplo, el incremento del art. 14 de la Ley 890 de 2004...²⁶

En tanto para la defensa, es interesante esta afirmación:

La teoría del caso se desagrega entre las distintas proposiciones fácticas o afirmaciones de hechos

²⁶ Saray Botero, N.: *Procedimiento...* cit., pp. 263-264.

que logran satisfacer de modo directo o indirecto los elementos de la teoría jurídica, esto es, los distintos elementos del tipo penal que se intenta acreditar o de la teoría jurídica de la defensa... La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica. La preparación de las actuaciones de cada parte en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral debe ir precedida necesariamente de la determinación de una versión central sobre lo que ocurrió, lo cual se hace construyendo una teoría del caso que relata hechos a través de una determinada hipótesis jurídica (o teoría jurídica).²⁷

Asimismo, dichos autores señalan a pie de página: Al hablar de teoría jurídica hacemos referencia a la figura legal que se intentará acreditar. Por ejemplo, la teoría jurídica del fiscal o del querellante será la comisión de un delito de violación, o de un delito de robo con violencia, o un fraude, etc., dependiendo de los hechos respecto de los cuales ha tomado conocimiento. Para el defensor penal, la teoría jurídica puede estar constituida por una causal de exculpación, de justificación, por una eximente incompleta u otra. Lo importante es que el litigante debe transformar la versión normativa de los hechos en una teoría del

²⁷ Blanco Suárez, R. et. al.: *Litigación...* cit., pp. 12, 18-19.

caso que le facilite la explicación y narración de las proposiciones fácticas para lograr vencer en el juicio...

Esto es, la defensa, al contrario de la imputación de hechos realizada en contra del imputado por parte de la fiscalía, acreditará su teoría del delito dando cuenta de los elementos que conforman una legítima defensa, *v. gr.*, una fuerza irresistible, o cualquier otra causal de exculpación, o bien acreditará elementos que permitan configurar una eximente incompleta de responsabilidad, que sumada a otras circunstancias atenuantes permita disminuir el monto de la pena.

Blanco Suárez, *et. al.*, señala:

*En otras palabras, para ganar un juicio a la defensa le basta desacreditar las proposiciones fácticas de un elemento del tipo penal, desplegando para ello toda la energía que, permita desvirtuar la prueba que sustente la respectiva proposición fáctica. La otra alternativa de la defensa es acreditar los elementos de una teoría jurídica con lógica de defensa positiva, para lo cual deberá contar con evidencia que permita sostener cada una de las afirmaciones de hecho que en su conjunto dan cuenta de la estrategia planteada...*²⁸

Otro ejemplo que también nos lleva a determinar que en cualquier etapa del procedimiento penal es necesario acreditar los elementos del delito, tal y como lo hace Horvitz Lennon al señalar:

Por otra parte, si el rol fundamental del juez de garantía consiste en tutelar las garantías de los intervinientes, resulta evidente que la exigencia de acreditar todos los elementos del delito y no sólo la tipicidad cautela de mejor manera las garantías del imputado contra el cual se pretende la medida de

prisión preventiva. Finalmente, debe considerarse que la voz delito, utilizada por el artículo 140 CPP, constituye una palabra definida expresamente por el legislador en el artículo 1° del Código Penal, razón por la cual debe dársele su significado legal, al tenor de lo prescrito por el artículo 20 del Código Civil. Más aún, una interpretación que propiciara la identificación de la voz delito exclusivamente con el elemento tipicidad, constituiría a nuestro modo de ver una forma de interpretación extensiva de una disposición del CPP que autoriza la restricción de la libertad del imputado, lo que está explícitamente prohibido por el art. 5° inc. 2° CPP. La interpretación del término delito en su sentido técnico no constituye, como erróneamente se ha sostenido, la defensa de una forma de prejuizgamiento. “Al juicio valorativo emitido por el juez de control de la instrucción en orden a estimar acreditada la existencia del delito, no puede reconocérsele valor en la sentencia por la sencilla razón de que es un juicio valorativo que proviene de un tribunal diverso de aquel ante el cual se desarrollará el juicio, y que se funda en los antecedentes de la investigación preparatoria, todos los cuales son esencialmente inadmisibles como prueba durante el juicio oral, ya que no han sido sometidos al debate contradictorio que legitima formalmente su consideración en el momento de decisión del conflicto. De esta manera, la valoración del juez de garantía proviene de una autoridad judicial distinta y tiene por base antecedentes diversos de la prueba efectivamente producida ante el tribunal del juicio oral, lo que naturalmente impide reconocer valor alguno como prejuizgamiento a la resolución que decreta la prisión preventiva. Por el contrario, la exigencia de que se encuentre acreditada la existencia

²⁸ *Ibidem*, p. 24.

*de delito constituye una garantía integrante del fumus boni iuris sin el cual no procede adoptar medidas cautelares de ninguna especie...*²⁹

Es por eso que podemos señalar que la teoría del delito está presente en cada una de las etapas del procedimiento penal a través de la teoría del caso y al momento de resolverse la situación jurídica de los imputados, lo cual refuerza más aún nuestra posición en el sentido que con independencia del tipo penal que se trate es necesario acreditar –*con datos de prueba*– todos los elementos del delito, pensar lo contrario nos llevaría al extremo de decir que la teoría del caso solamente debe versar sobre *hechos* lo cual resulta, a todas luces, carente de seguridad jurídica.

VII. Conclusiones

Primera. Con la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 y la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales, se instituyó en nuestro sistema jurídico un modelo acusatorio y adversarial, que parte de nuevos principios y paradigmas en la aplicación y determinación del derecho penal sustantivo.

Segunda. Si bien el nuevo modelo transformó de manera radical el proceso penal, lo cierto es que el derecho sustantivo no sufrió modificación alguna y en ese sentido, tanto a nivel teórico como práctico, se ha cuestionado el papel que juega la dogmática jurídico-penal (teoría del delito) en el nuevo sistema, fundamentalmente en las audiencias preliminares y a partir del concepto *hecho que la ley señala como delito* incluido en la Constitución y ley secundaria, pues para algunos ese concepto implica la necesidad de acreditar o

pronunciarse sólo sobre la *tipicidad* (a partir de verificar únicamente que el hecho encuadre en el tipo penal), mientras que otros estiman que el concepto también abarca a los demás elementos del delito, *antijuridicidad* y *culpabilidad*.

Tercera. La teoría del delito constituye un instrumento para determinar si un hecho puede o no ser considerado *delito*, a partir del estudio y análisis sistemático de los principios y elementos comunes a todo delito; de ahí que su conocimiento preciso por parte de los operadores, con especial énfasis en el órgano jurisdiccional al ser quien resuelve, resulta de vital importancia para el adecuado funcionamiento del sistema, pues con ello se contribuye a una aplicación segura y calculable del derecho penal, que abona a la seguridad jurídica y a la vez, disminuye las posibilidades de una aplicación irracional, arbitraria o improvisada de éste, que por muchos años ha permeado en nuestro sistema jurídico penal.

Cuarta. A pesar de que históricamente han surgido distintas teorías que estudian el delito, con fundamentos, presupuestos y conceptos divergentes entre sí, en la actualidad es mayoritaria la clasificación del delito tripartita: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Esa misma clasificación la podemos encontrar en nuestro sistema jurídico a partir del análisis de nuestras normas positivas, concretamente del artículo 7 del Código Penal Federal y el 15 del mismo ordenamiento legal, interpretado en sentido contrario.

Quinta. Al haberse incluido el concepto *hecho que la ley señala como delito* en los artículos 16, párrafo tercero (hoy cuarto) constitucional, relativo a la orden de aprehensión y 19, párrafo décimo tercero (hoy décimo cuarto), referente al auto de vinculación a proceso, para

²⁹ Horvitz Lennon, M. y López Masle, J.: *Derecho...* cit., pp. 405-406.

un importante sector del foro jurídico, tal concepto sólo entraña la obligación de verificar que la conducta del agente encuadre en el tipo penal (tipicidad), sin que implique el estudio de los demás elementos del delito, a saber, *antijuridicidad* y *culpabilidad*.

Sexta. No comulgamos con esa posición porque en la reforma constitucional de 2008, si bien el legislador pretendió que la ley fuera más *laxa* para librar una orden de aprehensión o emitir una vinculación a proceso, ello lo limitó única y exclusivamente al estándar probatorio que se debe satisfacer para emitir tales resoluciones, pues para ellas bastan *datos de prueba* y no prueba; empero, de ninguna manera se refiere a que se deba prescindir del análisis y estudio de los demás elementos del delito, pues de ser así, se llegaría al absurdo de emitir alguna de esas determinaciones porque el hecho encuadra en la norma penal, a pesar de actualizarse en el caso concreto alguna causa de justificación o de inculpabilidad.

Séptima. La teoría del delito es una herramienta básica para que las partes, principalmente ministerio público y defensa, puedan estructurar y plantear una adecuada teoría del caso, porque ésta se compone de tres elementos básicos: 1) hechos; 2) pruebas; y, 3) teoría jurídica, la cual precisamente implica el conocimiento profundo y puntual de la teoría del delito, pues sólo a partir de que se tiene ese conocimiento, conforme a los hechos fácticos y soporte probatorio, se puede plantear, según la posición de acusación o de defensa, si en el caso concreto, en efecto, se configura una conducta típica, antijurídica o culpable o si se actualiza alguna causa de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad, o bien, aparecen circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

VIII. Bibliografía

- Ambos, Kai: “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”. *Polít. crim.*, N°5, 2008, A6-5, pp. 26. [http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_6_5.pdf]
- Bacigalupo, Enrique: *Manual de derecho penal, parte general*. Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.
- Bedoya Sierra, Luis Fernando: *La argumentación jurídica en el sistema penal acusatorio*. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, Bogotá, Colombia, 2007.
- Benavente Chorres, Hesbert: *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio oral*. Flores editor y distribuidor, S.A. de C.V., México, 2012.
- Blanco Suárez, Rafael, Decap Fernández, Mauricio, Moreno Holman, Leonardo y Rojas Corral, Hugo: *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005.
- Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán: *Lecciones de derecho penal, volumen II*. Trotta, S.A. Valladolid, España, 1999.
- Díaz Aranda, Enrique: *Derecho penal, parte general*. Porrúa, 2ª ed., México, 2004.
- Díaz Aranda, Enrique: *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Serie Ensayos Jurídicos, Núm. 1. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. 2002.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián: *Derecho procesal penal chileno. Tomo 1. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de*

- investigación*. Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003.
- Jaén Vallejo, Manuel: *Cuestiones básicas del derecho penal*. Ábaco de Rodolfo Depalma, S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1998.
 - Jiménez Martínez, Javier: *La teoría del delito – Aproximación al estado de discusión–*. Porrúa, México, 2010.
 - López Barja De Quiroga, Jacobo: *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I.
 - Maurach, Reinhart: *Tratado de derecho penal, parte general*, 7ª Edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995.
 - Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho penal, parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - Pavon Vasconcelos, Francisco: *Derecho penal mexicano, parte general*, 16ª Edición. Porrúa, México, 2002.
 - Plascencia Villanueva, Raúl: *Teoría del delito*, 2ª reimp. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.
 - Quintino Zepeda, Rubén: *Dogmática penal aplicada al sistema acusatorio oral*. Flores editor y distribuidor, S.A. de C.V., México, 2011.
 - Roxin, Claus: *Política criminal y sistema del derecho penal*. Hammurabi, S.R.L., 2º. ed., Buenos Aires, Argentina, 2002.
 - Saray Botero, Nelson: *Procedimiento penal acusatorio (imputación, acusación, preparatoria, juicio oral)*. UniAcademia Leyer, Bogotá, Colombia, 2016.

- Tamayo y Salmorán, Rolando: *Introducción al estudio de la Constitución*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.
- Welzel, Hans: *Derecho penal alemán, parte general*, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana). Editorial jurídica Chile, Santiago, 2002.

La cadena de custodia en el Código Nacional de Procedimientos Penales

*José Demetrio Rosas Vargas**

RESUMEN: En este artículo se aborda el nuevo sistema de justicia penal en México, recordando que tiene por objetivo el procesamiento y la sanción de los delitos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, para esclarecer los hechos, lo cual funciona como base para la seguridad del gobernado, en torno al mismo giran los demás aspectos procesales. Es por ello que la cadena de custodia en México es un tema trascendental para determinar su valor probatorio, con la garantía de un debido proceso penal, en el marco de las reformas constitucionales en materia penal, amparo y derechos humanos, en donde las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la del imputado. Destaca la importancia de la cadena de custodia como dato de prueba en el inicio de la investigación que es responsabilidad de quienes, en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en términos de ley, tienen contacto con los indicios en un hecho delictivo, ya que los elementos de prueba tienen el objetivo de establecer la existencia o no de una infracción penal. Por otra parte, en

* Defensor Público Federal.

la actuación policial se prevé que ésta formará parte de la investigación del delito, al tener el deber constitucional de iniciar la investigación criminal junto con el ministerio público (artículo 21 constitucional), titular de la misma, para lo cual deberá sujetarse a los procedimientos y técnicas establecidos y que están orientados a delimitar, preservar, fijar, recolectar, levantar, embalar, trasladar y entregar los indicios encontrados en el lugar de los hechos.

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Conceptos básicos de la cadena de custodia de conformidad con el Acuerdo A/009/15, por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia. III. La labor del defensor. IV. Consideraciones personales. V. Bibliografía.

I. Antecedentes

A. La cadena de custodia. Fundamentos históricos y teóricos

Resulta común en algunos países de Latinoamérica que las leyes adjetivas penales conceptualicen la cadena de custodia y solamente se limiten a recoger ciertas actividades relacionadas con los medios de prueba y los peritos, y mencionar las características de la cadena de custodia, pues es innegable la necesidad de la presencia de ésta en beneficio de la conservación del material sensible significativo, como dato de prueba que se obtenga en una investigación.

En un momento de la evolución histórica, mediante un sistema de enjuiciar, se privilegió la confesión del reo y, para ello, incluso, se aplicaba el tormento y tortura para efectos de lograr la declaración de culpabilidad; la

humanización del proceso penal y los límites fijados del *ius puniendi* en su dimensión adjetiva revaluó tal proceder, apareciendo el derecho probatorio, que configuró una red de principios y garantías para la obtención y desahogo de las pruebas. *En esos tiempos de la historia la tortura y los tratos inhumanos para la obtención de los elementos de prueba llenarían el proceso de ilicitud, ya que la forma de obtenerlas era por medio de la presión y fuerza, es lo que se denomina prueba ilícita.*¹

En ese sentido, la cadena de custodia es un tema fundamental en el procedimiento penal mexicano, los indicios que encontramos en el lugar de los hechos, del hallazgo o enlace, en la víctima y en el probable imputado, tienen la enorme posibilidad de estar o no relacionados con el hecho antijurídico y, por lo tanto, de proporcionarnos valiosa información al respecto. En consecuencia, dichos indicios se convierten en datos de prueba, medios de prueba y pruebas físicas invaluables que debemos identificar y proteger, ya sea porque nos arrojen importante información durante la investigación inicial o complementaria y éstos puedan ser usados como prueba en el juicio para el dictado de una sentencia absolutoria o de condena.

Observamos que la cadena de custodia se define como el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales o virtuales relacionados con el hecho delictivo, desde su localización hasta su valoración por el Juez de Control o tribunal de enjuiciamiento. Las citadas autoridades ya sean del fuero federal o común deben confiar en los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo, por considerarlos auténticos *testigos mudos*, desde el

¹ Ferrer Beltrán, J. *et.al.*: *Estudios sobre...* cit., pp. 56 y 57.

punto de vista criminalístico y evaluarlos en tal sentido. Tan es así que el órgano jurisdiccional tiene que estar guiado por su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica y sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, según sea el caso y la estructura judicial en que se desarrolle el proceso, por tanto, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque, traslado, lugares, fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado. La cadena de custodia debe garantizar que el indicio recolectado en la escena es el mismo que se está presentando ante el órgano jurisdiccional.

En tal virtud, la cadena de custodia es el único mecanismo conocido, idóneo y de indiscutible utilidad para conservar la mismisidad y la autenticidad de los elementos materiales del indicio. Lo relevante es concientizarse de la importancia que reviste y crear la cultura de la cadena de custodia en el investigador, como por ejemplo en la policía ministerial, jueces de control, fiscales, empleados judiciales, elementos militares y en toda persona que tenga contacto con el indicio físico o virtual, para que le dé un adecuado manejo o no lo manipule en tanto se haga presente quien conoce del asunto y es el experto en la materia.

II. Conceptos básicos de la cadena de custodia de conformidad con el Acuerdo A/009/15, por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia

Recordemos que el actual sistema de cadena de custodia a nivel federal es de gran trascendencia jurídica, su implementación toma nuevo enfoque a través del Acuerdo A/009/15, emitido por el Procurador General de la República y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de febrero de 2015, el cual indica las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia, para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito.

En otrora, se emplearon los siguientes medios: Acuerdo por el que se establecen los lineamientos que deberán observar todos los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito (A/002/10); Acuerdo por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito (A/078/12); Guía para la aplicación del Código Federal de Procedimientos Penales en materia de cadena de custodia; Manual de buenas prácticas en la escena del crimen; Grupo iberoamericano de trabajo en la escena del crimen (GITEC); y, Protocolos de cadena de custodia.

Por otra parte, en el Código Federal de Procedimientos Penales, aún vigente en algunos Estados de la República Mexicana, encontramos el fundamento tanto del Acuerdo A/009/15, como de la cadena de custodia, en los artículos 123 Bis a 123 Quintus, los cuales fueron producto de una

reforma realizada a diversos ordenamientos normativos en materia penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 2009, también llamada miscelánea penal; asimismo, en junio de 2008 entró en vigor la reforma constitucional de seguridad y justicia, que implicó cambios profundos a diez artículos, siete de ellos en materia penal (16 al 22), sentando las bases para el tránsito de un modelo inquisitivo a uno acusatorio de justicia penal democrático en México, *ex profeso* con estándares internacionales y nacionales en aras de privilegiar y aplicar los derechos humanos.

En el mismo sentido, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, los artículos que refieren a la cadena de custodia se encuentran en el capítulo III, técnicas de investigación, artículos 227, 228 y 289.

Artículo 227. Cadena de custodia

La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

Artículo 228. Responsables de cadena de custodia

La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de quienes en cumplimiento de las

funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo.

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento.

Artículo 289. Descubrimiento de un delito diverso

Si al practicarse un cateo resultare el descubrimiento de un delito distinto del que lo haya motivado, se formará un inventario de aquello que se recoja relacionado con el nuevo delito, observándose en este caso lo relativo a la cadena de custodia y se hará constar esta circunstancia en el registro para dar inicio a una nueva investigación.²

En México la misión de investigar y velar por el correcto procedimiento se le atribuye, por mandato legal, al Ministerio Público Federal, a través del artículo 2 del código nacional procesal en comento. Así tenemos que frente a las posibles adversidades que pudieran desvirtuar la naturaleza jurídica de la cadena de

² Código Nacional de Procedimientos Penales, pp. 67 y 82.

custodia, se han establecido reglas que describen la actuación obligada de los intervinientes; esto significa que durante la actividad concatenada desempeñada por las autoridades como son los policías, peritos, partes, entre otros, deberán utilizarse adecuadamente algunos instrumentos como recipientes, sobres y bolsas, que permitan sellar, marcar e identificar todo indicio, atendiendo a la naturaleza fungible de algunos de éstos (armas, sangre, semen, cabello, tejidos humanos etc.), así como por la susceptibilidad de ser manipulados, perdidos o cambiados por otros semejantes.

Por tanto, este mecanismo de protección y preservación del indicio se ha sostenido que al levantarse un objeto que se considere indicio, desde el lugar de los hechos, se inicia el registro escrito de la cadena de custodia; por ello, en el formulario se deberá dejar constancia ininterrumpida de todos quienes hayan accedido a los objetos y muestras recogidas, principalmente de quienes han asumido la responsabilidad de la custodia. Sentado lo anterior, con respecto a las bases procesales y normativas de la cadena de custodia, es importante aclarar los conceptos básicos.

Recordemos que cuando sucede un hecho delictivo el presunto imputado deja en la escena del delito huellas de lo acontecido y se lleva con él partes del mismo lugar y de la víctima, en el caso de que hubiera. La cadena de custodia es el procedimiento encargado de preservar esos indicios para que lleguen al juicio oral con toda la validez posible. Es un tema del que poco se habla en la doctrina penal y del que queda un amplio camino por andar en los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y, de ahí, la necesidad de su estudio comparado.

A. Definición de criminalística

*Esta disciplina tiene como finalidad el descubrimiento del delito, en sus diversos aspectos, que da lugar a una serie de actividades que constituye esta ciencia y disciplina.*³

Asimismo, Reyes Calderón señala que: *la criminalística es aquella disciplina que tiene como finalidad el descubrimiento del delito, en sus diversos aspectos, lo que da lugar a una serie de actividades, que constituyen esta ciencia y disciplina.*⁴

Otros como Luis Sandoval Smart, define la criminalística de la siguiente forma:

*Es la disciplina auxiliar del derecho que se ocupa del descubrimiento y verificación científica de los presuntos hechos delictuosos y de quienes los cometen. Es por ello que, en auxilio de los órganos de administrar justicia, aplica los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias en el examen de material sensible significativo relacionado con el presunto hecho delictuoso con el fin de determinar la existencia de éste para precisar quiénes, y de qué manera, intervinieron en el mismo. Vista de otra manera, es la aplicación de toda técnica y conocimiento científico en la investigación de hechos relacionados con el crimen o que sean de interés indagatorio policial. Dentro de la criminalística existen aplicaciones clásicas, como la fotografía, planimetría, balística, química, huellografía y dactiloscopia, mecánica, urbanismo y paisajismo, ecología e informática, entre otras. Áreas de apoyo en la metodología de la investigación de la criminalística.*⁵

³ Ossorio, M.: *Diccionario...* cit., p. 184.

⁴ Reyes Calderón, J. A.: *Tratado...* cit., p. 79.

⁵ Sandoval Smart, L.: *Manual...* cit., p. 25.

Resulta de vital importancia señalar que el indicio es un elemento material, en la medida que debe ser percibido a través de los sentidos; debe poderse ver, palpar, oler, oír, para que pueda ser conocido y genere certeza sobre la verdad real de lo sucedido. Para el investigador de la escena, no es suficiente que sea sensible a ella, como en el caso de una huella; además, debe ser sensible para el momento de la audiencia de juzgamiento; es decir, que la labor del investigador no solamente consistirá en revelar o hacer sensible el indicio, sino que debe esforzarse, igualmente, para que en el momento de la audiencia el elemento se pueda percibir en forma clara.

B. Objeto de la criminalística

Es la disciplina que aplicando conocimiento, método y técnica a su objeto de estudio, que son las evidencias físicas, descubre y verifica el hecho presuntamente punible, al autor o autores para aportar la prueba al órgano jurisdiccional. Es importante aludir al doctor Gross, quien nació en Graz, Austria en 1847 y fue juez de instrucción en Stejemark y profesor de derecho penal en la Universidad de Graz, en su búsqueda para la elaboración de una averiguación técnica y con él creó la criminalística, que se componía de las materias siguientes: antropometría, argot criminal, contabilidad, criptografía, dibujo forense, documentoscopia, explosivos, fotografía, grafología, hechos de tránsito ferroviario, hematología, incendios, medicina legal, química legal e interrogatorio.

Su obra fue llamada "Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik", (Manual del juez, todos los sistemas de criminalística). Se editó y publicó en España en 1894, con el nombre de El Manual del Juez. De acuerdo a los datos proporcionados por el tratadista Montiel Sosa, Gross fundó en 1912, el Real Imperial

Instituto de Criminológico Universitario en Europa. Gross escribió una segunda gran obra titulada: "La psicología criminal" que merece particularmente ser destacado el "Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik (Hoy Archiv für Kriminologie), fundado por él en 1898. Tras la muerte de Gross, Adolf Lenz continuó al frente del instituto."⁶

En México actualmente los servicios periciales fungen como auxiliares directos del ministerio público y forman parte de la estructura del Estado, con la nueva reforma penal los peritos dejan de estar al servicio del Estado para convertirse en autónomos, ya sea que pertenezcan a un instituto reconocido de ciencias forenses o sean privados, esto con la finalidad de garantizar igualdad procesal en la prueba pericial. La reforma penal propuesta por el Ejecutivo, aprobada por el Congreso y, finalmente, publicada en junio del 2008, tiene el propósito de hacer más efectiva la justicia penal, de brindar la seguridad debida a la sociedad, quedando totalmente implementada en junio de 2016 en todo el territorio mexicano.

C. La cadena de custodia

Para Jorge Badilla, la cadena de custodia se define en los siguientes términos:

Es el procedimiento de control que se aplica al indicio material relacionado con el delito, desde su localización por parte de una autoridad, hasta que ha sido valorado por los órganos de administrar justicia y deja de ser útil al proceso, y que tiene como fin no viciar el manejo de que él se haga para evitar alteraciones, daños, sustitución, contaminación, destrucción, o cualquier acción que varíe su significado original.⁷

⁶ Montiel Sosa, J.: *Manual...* cit., p. 19.

⁷ Badilla, J.: *Procesamiento...* cit., p. 23.

Para el profesor Fernández Romo, la cadena custodia es *el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de las huellas, muestras y evidencias, obtenidos en la etapa investigativa con interés criminalístico, en un hecho que reviste caracteres de delito, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso.*⁸

Debemos comprender que para la adecuada transición al sistema penal acusatorio, es necesario que desde el sistema tradicional se desarrolle e implemente el procedimiento de cadena de custodia acorde con los nuevos requerimientos para perfeccionar la eficiencia en la investigación y persecución de los delitos.

Por lo tanto, para el procedimiento de cadena de custodia se entenderá por:

Acordonamiento. La acción de delimitar el lugar de intervención mediante el uso de cintas, cuerdas u otro tipo de barreras físicas con el fin de preservarlo.

Bodega de indicios. Lugar con características específicas que tiene como finalidad el resguardo de indicios o elementos materiales probatorios para garantizar su integridad.

Cadena de custodia. Sistema de control y registro que se aplica al indicio o elemento material probatorio, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de intervención, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión (Énfasis agregado).

Dictamen. Opinión científico técnica que emite por escrito un perito o experto en cualquier ciencia, arte, técnica u oficio, como resultado del examen de personas, hechos, objetos o circunstancias sometidos a su consideración.

⁸ Fernández Romo, R.: "La prueba... cit.

Documentación. Registro fidedigno de la condición que guardan lugares, personas, objetos, indicios o elementos materiales probatorios en el lugar de intervención.

Elemento material probatorio. Evidencia física, objeto, instrumento o producto relacionado con un hecho delictivo y que puede constituirse como prueba.

Embalaje. Conjunto de materiales que envuelven, soportan y protegen al indicio o elemento material probatorio con la finalidad de identificarlos, garantizar su mismidad y reconocer el acceso no autorizados durante su traslado y almacenamiento. El embalaje constituye un refuerzo del empaque y, en algunos casos, podrá fungir como empaque del indicio o elemento material probatorio.

Empaque. Todo aquel material que se utiliza para contener, proteger y/o preservar indicios o elementos materiales probatorios permitiendo que llegue íntegro a los servicios periciales, la bodega de indicios o, en su caso, a algún otro lugar en condiciones de preservación o conservación.

Equipamiento. Materiales para el procesamiento de indicios o elementos materiales probatorios y equipo de protección personal.

Equipo de protección personal. Cualquier equipo, objeto o instrumento que emplea el interviniente para crear una barrera física entre él, el sitio de intervención, los indicios y las personas involucradas en un hecho, con la finalidad de evitar riesgos a la salud y la pérdida, alteración, destrucción o contaminación de los indicios o elementos materiales probatorios.

Etiqueta. Letrero escrito o impreso que se añade al embalaje para identificarlo.

Guía. La Guía de Cadena de Custodia.

Identificación. Término utilizado para asignar un número, letra o una combinación de ambos a los indicios o elementos materiales probatorios en el momento de su localización, descubrimiento o aportación, hasta que la autoridad competente ordene la conclusión de la cadena de custodia.

Indicio. Término genérico empleado para referirse a huellas, vestigios, señales, localizados, descubiertos o aportados que pudieran o no estar relacionados con un hecho probablemente delictivo y, en su caso, constituirse en un elemento material probatorio.

Lugar de intervención. Sitio en el que se ha cometido un hecho presuntamente delictivo o en el que se localizan o aportan indicios relacionados con el mismo.

Recolección. Acción de levantar los indicios o elementos materiales probatorios mediante métodos y técnicas que garanticen su integridad.

Registro de Cadena de Custodia. Documento en el que se registran los indicios o elementos materiales probatorios y las personas que intervienen desde su localización, descubrimiento o aportación en el lugar de intervención hasta que la autoridad ordene su conclusión.

Sellado. Consiste en cerrar el embalaje empleando medios adhesivos o térmicos que dejen rastros visibles cuando sea abierto indebidamente o sin autorización.⁹

En resumen, la cadena de custodia implica una extracción adecuada del material sensible significativo que nos servirá como dato de prueba, por tanto, el procedimiento e instrumentos por utilizar deben ser los idóneos, válidos y recomendados, comprendiendo que la preservación es el medio en que es colocado el indicio

⁹ Acuerdo A/009/15, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5381699&fecha=12/02/2015.

mismo que se debe de asegurar para que sus propiedades no se alteren, ya sea por circunstancias naturales, artificiales e incluso provocadas. Debe garantizarse que el indicio esté individualizado y registrado debidamente, de manera que no se produzca su contaminación o confusión con otros del mismo u otro caso, si es factible marcar el contenedor para su identificación, deberá hacerse constar la señal o marca que puso, el transporte tiene que ser el apropiado, debe de salvaguardar su integridad de manera que no sufra daños o alteraciones, ya sea por el movimiento o cambios en el medio ambiente, por ejemplo la lluvia, el calor, el frío, pueden desaparecer o atenuarse los indicios, por ello con la finalidad de hacer una entrega controlada, es decir, debe hacerse constar quién lo encontró, quién lo recolectó, dónde y en qué circunstancias.

Para asegurar que lo anterior se lleve a cabo, se debe establecer un riguroso y detallado registro, que identifique el indicio y posesión del mismo, con una razón que indique lugar, hora, fecha, nombre y oficina. Al respecto Andrés Borbón sostiene lo siguiente: *Esta expresión lleva implícita la calidad o cualidad de la evidencia física. La custodia debe garantizar al juzgador que la evidencia física, que se le presenta en el juicio, es la misma que se recolectó en el sitio del suceso; que no ha sido alterada, cambiada o destruida; o bien, que fue analizada y se entregó su significado.*¹⁰

Asimismo, Dionisio Montero, al respecto señala lo siguiente: *En ese proceso hay que tomar en consideración que se debe dar certeza al juzgador, de que las evidencias recolectadas en el sitio del suceso y que servirán de base para dictar su resolución, son las mismas que están frente*

¹⁰ Borbón, A.: *El proceso...* cit., p. 44.

*a él al momento del dictado de sentencia; es decir, darle un sentido de veracidad, no sólo a la prueba, sino a la forma en que se recolectó y procesó la misma.*¹¹

Es importante mencionar que todo funcionario que reciba, genere o analice muestras o elementos de datos de prueba y/o documentos, forma parte automáticamente de este procedimiento, sencillo, pero de obligado cumplimiento durante el desarrollo de la investigación inicial o complementaria, es responsabilidad de todo funcionario que participa en el proceso de la cadena de custodia, conocer los procedimientos generales y específicos para tal fin, es decir, el desconocimiento de la cadena de custodia no exime de responsabilidad al miembro de cualquier institución que lo omita u olvide en determinado momento.

Es así como cada uno de los funcionarios que participan en el proceso, es responsable del control y registro, pues su actuación es directa sobre las diferentes decisiones tomadas por el fiscal o juez de control, dependiendo, claro está, de la etapa procesal.

En esta lógica, la cadena de custodia es la aplicación de un conjunto de reglas y métodos con el objetivo de asegurar, embalar y proteger cada elemento indiciario hallado en el lugar de los hechos, para evitar su alteración, suplantación, destrucción, contaminación, lo que afectaría seriamente la investigación de los hechos ilícitos.

Tenemos entonces que la cadena de custodia es una herramienta que permite garantizar la idoneidad, inviolabilidad e inalterabilidad de los indicios materia de datos de prueba, y facilita establecer controles sobre el camino que transitan los indicios, documentos y oficios, las personas responsables que intervienen en la cadena

de custodia, la transferencia y cambio de custodia, los tiempos de permanencia y sistemas de seguridad de cada etapa.

De la misma forma podemos citar al autor Federico Ocampos, que brinda una definición muy clara acerca de la cadena de custodia:

*Es el conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la investigación judicial, con el fin de: a) evitar la alteración y/o destrucción de los indicios materiales al momento o después de su recopilación; y, b) dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense o presentado en el juicio, es lo mismo recabado o decomisado en el propio escenario del delito o en otro lugar relacionado con el hecho.*¹²

Así las cosas, la finalidad que se busca es que los peritajes reciban un tratamiento muy cuidadoso y adecuado, en el momento cuando se ha actuado en la etapa de juicio oral sea el mismo indicio físico que no haya sufrido cualquier cambio, destrucción o alteración que puede causar perjuicios a la investigación inicial o complementaria y pueda perder su utilidad, que es fundamental, ya sea para confirmar o desvirtuar la imputación a quien es señalado por el ministerio público como posible autor o participe de un hecho que la ley señale como delito.

En ese contexto, los indicios físicos se obtienen, en principio, en el lugar de los hechos o la escena del crimen, por ello éste es el lugar donde inicia la cadena de custodia. Esto comienza cuando el personal facultado para realizar las primeras investigaciones embala y rotula las evidencias físicas halladas, tales como huellas,

¹¹ Montero, D.: *Apuntes...* cit., p. 6.

¹² Campos Calderón, F.: *Cadena...* cit., p. 18.

rastros, manchas, residuos, armas, instrumentos, dinero, documentos, grabaciones en audio y video, entre otros, y concluye con su preservación y resguardo adecuado. Por ello el autor Juventino Montiel, recomienda llevar a cabo una correcta cadena de custodia de la siguiente manera:

*Es, por eso, que el personal abocado a la investigación debe elegir los lugares que va a pisar y tocar, al fin de que no borren o alteren las huellas que ya existen, sobre todo una impresión dactilar, marca o indicio, que tuviera peligro de destruirse o modificarse, deberá ser protegido adecuadamente y a la brevedad posible deberá ser levantado con las técnicas propias para tal fin, una vez que se haya fijado el lugar de los hechos. Y al concluir la inspección del lugar, quedará a consideración del ministerio público si se sellan las puertas y ventanas para su preservación ya que en lo futuro podrían surgir otras diligencias.*¹³

Cabe preguntarse cómo se está aplicando el manejo de la cadena custodia en los distritos judiciales donde ha entrado progresivamente la vigencia del nuevo código procesal penal, entonces la respuesta sería que aunque hay cambios normativos, todavía no hay cambios en la práctica, el problema también radica en la falta de capacitación del personal que interviene en la investigación, especialmente en la policía; la cadena de custodia en el sistema acusatorio toma mayor preponderancia, aunque no es completamente suficiente la consagración legal, sino también la capacitación adecuada del personal que interviene en las primeras investigaciones iniciales, por tanto, debemos partir de la idea que dicho procedimiento se reviste de características muy expeditas y de gran relevancia dentro del desarrollo del proceso penal.

¹³ Montiel Sosa, J.: *op.cit.*, p. 168.

Es importante destacar que al recolectar las pruebas, lo primordial es el significado, el valor que va a tener en el proceso de investigación y por medio de la cadena de custodia este valor va a ser relevante debido a que no se va a poder impugnar al haberse acatado el procedimiento. Así las cosas, tenemos que el principio de aseguramiento consiste: en la protección que establece el legislador a los medios de prueba para ponerlos a salvo de sus dos grandes enemigos, el tiempo y el interés de las partes.

El funcionario judicial debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar que los datos de prueba sean alterados, ocultados o destruidos.

Ahora bien, en los países desarrollados, como es el caso de Estados Unidos, al igual que en los que están en proceso de desarrollo como el nuestro, se está también en aumento progresivo de los procesos que ingresan al sistema de justicia penal, los sistemas judiciales muchas veces son incapaces de resolver la cantidad de casos que se les presenta diariamente, ya sea porque los recursos asignados son insuficientes a las necesidades que se presentan en la investigación.

A este respecto, la cadena de custodia se puede decir que es una garantía procesal, ya que su objetivo es mantener la identidad del indicio físico o virtual a lo largo de todo el proceso penal. *Por ello la tarea de cuidar la cadena de custodia resulta más relevante, porque debe formar convicción en el juzgador, de manera que cualquier duda de sospecha respecto de la indemnidad o integridad de la evidencia, o su manejo adecuado, puede repercutir negativamente en la presentación de su caso.*¹⁴

¹⁴ Horvittz Lennon, M.I., *et.al.*: *Derecho...* cit., p.536.

III. La labor del defensor

Así las cosas, los defensores, ya sean privados o públicos, diariamente en los procesos penales controvierten la veracidad de la prueba con argumentos basados en que no se llevó a cabo una debida cadena de custodia de los indicios, la ausencia de certidumbre jurídica acerca de la veracidad de la prueba, porque esta cadena de custodia debe ser congruente con los principios de legalidad y el debido proceso, la cadena de custodia ejecutada en forma idónea nos proporcionará seguridad y certeza de que los indicios materiales localizados en el lugar de los hechos sean los mismos que se han hecho llegar ante el Juez de Control o tribunal de enjuiciamiento; de lo contrario, la función del defensor será que a través del órgano jurisdiccional se cite a los elementos policiacos y peritos que intervinieron en la citada cadena de custodia y, con base en un interrogatorio que en forma oral y oportuna se formule, se les cuestione del manejo de los indicios, ya que los policías en algunos casos no tienen muy claro el concepto de cadena de custodia y menos la importancia que ésta tiene en el proceso penal.

Al respecto, nuestro sistema jurídico considera la importancia de la cadena de custodia, tal como lo observamos en las siguientes tesis:

Tesis: II.3o.C.75 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, número de registro 164956, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXI, marzo de 2010, pág. 3032, tesis aislada (civil).

PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA HUMANA. EN SU DESAHOGO DEBEN OBSERVARSE LAS ETAPAS DE LA CADENA DE CUSTODIA A FIN DE GARANTIZAR LA CONFIABILIDAD DEL EXAMEN Y DEL DICTAMEN. La cadena de custodia es un procedimiento de control que se emplea a fin de

garantizar que no habrá un vicio de los elementos de prueba, como puede ser la alteración, daños, reemplazos, contaminación o destrucción del material probatorio. Esta cadena se lleva a cabo en etapas, empezando con la extracción o recolección de la prueba, preservación y embalaje, transporte, traspaso, en su caso, a laboratorios para su análisis y, custodia y entrega de los análisis o material probatorio. Dichas etapas deben observarse en el desahogo de la prueba pericial en materia de genética humana; de ahí que la muestra genética debe recolectarse ante la presencia de un funcionario judicial, quien deberá certificar el debido embalaje y entregarlo a los peritos autorizados quienes, continuando con el debido resguardo, deben custodiar la muestra que les fue otorgada; sin embargo, al ser instituciones privadas quienes por lo general realizan el análisis de laboratorio de dicho material genético, la cadena de custodia se garantiza al ser el perito quien presente las muestras y recolecte el resultado del análisis a fin de emitir su dictamen, por lo que cualquier indicio de que hubo una alteración en la debida cadena de custodia, implicaría restarle valor probatorio al dictamen respectivo y otorgarlo al que cumplió ininterrumpidamente con la custodia cabal de las muestras, porque así genera confiabilidad respecto a que el examen sí se pronunció sobre las muestras de quienes debe determinarse su filiación.

Tesis: I.1o.P.8 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, número de registro 2001846, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 4, pág. 2377, tesis aislada (penal).

CADENA DE CUSTODIA. EL FISCAL DEBE ASUMIR EL COSTO PROBATORIO POR LAS DEFICIENCIAS QUE ÉL CAUSE EN LA OBTENCIÓN DE BIENES QUE

PUEDAN GENERAR INDICIOS. Atento a la obligación de investigar los delitos y a los principios de objetividad y buena fe con los que se debe desplegar esa función, contenidos en el artículo 21 constitucional, así como al derecho de defensa del inculpado, establecido en el artículo 20, apartado A (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) de la Carta Magna, si en la recolección de bienes que puedan generar evidencia, el órgano investigador no recopila todo lo existente, incluido lo que pudiera dar respaldo a una hipótesis alternativa de los hechos, y si además conocía esa otra hipótesis en la fase de investigación al ser sostenida por los detenidos en su declaración ministerial, debe asumir el costo probatorio de la pérdida de esos bienes, al grado tal que podría generarse un indicio en contra de su versión, si con esa prueba se benefició como actor en el proceso, sea porque no se debilitó de esa manera su posición o porque así impide que se respalde la versión de descargo. En ese contexto, si en un caso en el que se afirma que los inculpados participaron en la comisión de un delito, y se disponía de audio y video de seguridad pública que no fue recaudado de inmediato por el fiscal, ni después de que los inculpados introdujeron la versión de descargo (según la cual ellos no estuvieron en el momento del delito, sino que llegaron después) y en ese material, recabado hasta la instrucción a petición de la defensa, se aprecia que, sin justificación o explicación alguna de la autoridad que lo produjo, no se contiene el momento del hecho sino lo ocurrido tiempo después, es claro que no sólo no prueba la versión de cargo –pues los videos no contienen el segmento que corresponde al tiempo en que los inculpados llegaron al lugar de los hechos–,

sino que además genera un indicio en contra de esa versión, es decir, que los detenidos no estaban en el momento de los hechos delictivos, sino que llegaron después.

Tesis: 1a. CCXCVIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, número de registro 2004654, Primera Sala, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 2, pág. 1043, tesis aislada (penal).

CADENA DE CUSTODIA. DIRECTRICES ESPECÍFICAS PARA EL CUIDADO DE LOS VESTIGIOS DE SANGRE LOCALIZADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN. Debido a que la intención de recabar indicios en una escena del crimen es que éstos generen el mayor grado de convicción en el juzgador, se requiere respetar la llamada cadena de custodia. Así, es necesario indicar que dada la importancia que tienen los vestigios de sangre en muchas de las escenas del crimen, es que los requisitos en materia de cadena de custodia se han especializado cuando los rastros involucran a dichos vestigios, lo cual ha dado lugar a la hematología forense, es decir, al estudio de la sangre, aplicado al campo de la criminalística. Al respecto, cuando se considera que una mancha encontrada en una escena del crimen puede ser de sangre, es recomendable que el experto encargado de su manejo la fotografíe, adjuntado una descripción por escrito del color, forma, posición, dirección, cantidad y cualquier otro dato que estime pertinente. De igual manera, una vez que se han encontrado posibles manchas hemáticas, deberá procederse al rastreo exhaustivo no sólo del lugar, sino también de entradas, techos, muebles y zonas aledañas. Adicionalmente, debe señalarse que, debido a la gran cantidad de detalles que pueden verse involucrados en la cadena de custodia, en

especial cuando el elemento sobre el cual versa es posiblemente sangre, debe procurarse una adecuada fijación fotográfica, utilizando números para identificar los elementos y reglillas para percatarse de sus dimensiones. El uso de material fotográfico permite conocer el lugar de los hechos de forma general, para tener un mejor panorama sobre la distribución de las evidencias.

Tesis: 1a. CCXCV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, número de registro 2004653, Primera Sala, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 2, pág. 1043, tesis aislada (penal).

CADENA DE CUSTODIA. DEBE RESPETARSE PARA QUE LOS INDICIOS RECABADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN GENEREN CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR. Como la intención de recabar indicios en una escena del crimen es que éstos generen el mayor grado de convicción en el juzgador, es necesario respetar la llamada “cadena de custodia”, que consiste en el registro de los movimientos de la evidencia, es decir, es el historial de “vida” de un elemento de evidencia, desde que se descubre hasta que ya no se necesita. Así, en definitiva, la cadena de custodia es el conjunto de medidas que deben tomarse para preservar integralmente las evidencias encontradas en una escena del crimen, convirtiéndose en requisitos esenciales para su posterior validez. Su finalidad es garantizar que todos los indicios recabados sean efectivamente los que se reciban posteriormente en los laboratorios para su análisis, debiendo conocer para tal efecto el itinerario de cómo llegaron hasta tal fase, así como el nombre de las personas que se encargaron de su manejo, pues, de lo contrario, no podrían tener algún alcance probatorio, pues carecerían del

elemento fundamental en este tipo de investigaciones consistente en la fiabilidad.

Tesis: 1a. CCXCVII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, número de registro 2004655, Primera Sala, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 2, pág. 1044, tesis aislada (penal).

CADENA DE CUSTODIA. DIRECTRICES PARA QUE LOS INDICIOS RECABADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN PUEDAN GENERAR CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR. A efecto de que la cadena de custodia sea respetada en el análisis de una escena del crimen y, por tanto, los indicios recabados generen convicción en el juzgador, aquélla debe iniciar con la búsqueda de evidencias. Una vez que se han descubierto, lo ideal es llevar a cabo un levantamiento cuidadoso –con un mínimo de manipulación– y una recopilación de dichas evidencias para proceder a su embalaje, esto es, a su protección para evitar que se contaminen o pierdan, buscando minimizar su deterioro mediante un sellado que impida posibles vías de contaminación. Posteriormente, el elemento debe ser rotulado y sellado, para finalmente trasladarlo de inmediato a los laboratorios correspondientes. Para que la cadena de custodia se mantenga de forma adecuada, debe procurarse que el especialista –quien habrá de vestir con el equipo necesario–: (i) marque cada elemento que va a ser identificado; (ii) se asegure de que se registre apropiadamente la información; (iii) procure que los elementos se almacenen en lugares adecuados; y, (iv) limite el número de personas con acceso a la escena. Sin embargo, la falta de preparación de las personas que intervienen en el estudio de las escenas de crimen, así como la carencia de protocolos adecuados en las respectivas instituciones públicas, puede provocar

que se cometan errores en la cadena de custodia, los cuales comprometan la investigación que se está llevando a cabo. Así, entre tales errores se encuentran la falta de organización del equipo, la débil protección de la escena, la falta de aseguramiento de ésta para evitar que entren personas no autorizadas, la falla en la toma de anotaciones adecuadas, la toma de pocas fotografías, el uso de técnicas incorrectas y la manipulación, recolección y empaque inadecuados de la evidencia. Por tanto, el registro de la cadena de custodia resulta un aspecto indispensable dentro de la investigación criminal, pues es recomendable que las personas que intervengan en el manejo de la escena del crimen describan la forma en que se realizó la recolección, el embalaje y el etiquetado de evidencias, las medidas puestas en práctica para garantizar su integridad, así como la identificación de quienes intervinieron en las acciones, recabando el nombre, cargo y proceso realizado con cada una de las evidencias, incluyendo la firma respectiva.

Tesis: 1a. CXXXIV/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro 2008937, Primera Sala, Libro 17, abril de 2015, Tomo I, pág. 503, tesis aislada (penal).

ESCENA DEL CRIMEN. PARA LA VALORACIÓN DE VESTIGIOS QUE PUEDEN SER DE SANGRE, ES NECESARIO QUE SE ACREDITE TAL NATURALEZA MEDIANTE LOS POSTERIORES EXÁMENES DE LABORATORIO. A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes de que el juzgador pueda arribar a cierta conclusión sobre manchas hemáticas, es necesario cerciorarse que efectivamente las evidencias correspondan a sangre, pues el sustento de una determinación criminal deberá

consistir en los exámenes que posteriormente se lleven a cabo en un laboratorio, en el cual, mediante los exámenes científicos conducentes, se podrá emitir un diagnóstico fiable sobre las evidencias encontradas, permitiendo así que las mismas se eleven a rango de prueba. Lo anterior es así, pues el análisis pericial consiste en el complemento indispensable para que los elementos encontrados y preservados mediante la cadena de custodia puedan generar convicción en el juzgador, pues es a través del análisis realizado en los laboratorios de los elementos hallados en una determinada escena criminal, que las autoridades correspondientes podrán obtener una conclusión fiable.

Tesis: 1a. CCLXXXVI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro 2010092, Primera Sala, Libro 23, octubre de 2015, Tomo II, pág. 1652, tesis aislada (constitucional).

DETENCIONES MEDIANTE EL USO DE LA FUERZA PÚBLICA. DEBERES DE LAS AUTORIDADES PARA QUE AQUÉLLAS NO SE CONSIDEREN VIOLATORIAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Tratándose de detenciones en que las autoridades emplean la fuerza pública, los funcionarios encargados de aplicarla deben respetar determinados derechos y garantías para considerar que actúan dentro de un marco de legalidad, de modo que aquélla no implique una violación del derecho a la integridad personal del detenido. Por lo tanto, las limitaciones a este derecho deben ser fundamentadas de manera adecuada y absolutamente excepcionales, en las que en todo momento deben respetarse los siguientes deberes: a) el empleo de la fuerza estrictamente necesaria para

el fin buscado debe realizarse con pleno respeto a los derechos humanos del detenido; b) los funcionarios facultados para llevar a cabo la detención deben estar debidamente identificados; c) deben exponerse las razones de la detención, lo cual incluye no sólo el fundamento legal general del aseguramiento sino también la información de los suficientes elementos de hecho que sirvan de base a la denuncia, como el acto ilícito comentado y la identidad de la presunta víctima; en ese sentido, por razones se entiende la causa oficial de la detención y no las motivaciones subjetivas del agente que la realiza; d) debe establecerse claramente bajo la responsabilidad de cuáles agentes es privado de la libertad el detenido, lo cual impone una clara cadena de custodia; e) debe verificarse la integridad personal o las lesiones de la persona detenida; y f) debe constar en un documento la información completa e inmediata de la puesta a disposición del sujeto detenido ante la autoridad que debe calificar su detención.¹⁵

En atención a lo anterior, tenemos que la cadena de custodia, la cual entendemos como el sistema establecido por la normativa jurídica, cuyo propósito radica en garantizar la integridad, conservación, inalterabilidad, naturalidad, originalidad, autenticidad y mismidad, de todos los elementos materiales que puedan ser aportados como datos de pruebas, mismos que deberán ser entregados a los laboratorios forenses por parte de la autoridad correspondiente con el propósito de analizar y obtener, por los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial. Dicho sistema, cobra particular protagonismo al demandarse en la Carta Magna mexicana

(artículo 20, apartado A, su fracción IX) que dice: *Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.* En el nuevo sistema procesal penal de carácter acusatorio, en el cual se establece un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías establecidas en la Carta Magna y tratados internacionales, sobresale la oralidad, pues la actuación procesal avanza mediante audiencias públicas. Todo esto supone un cambio cultural dentro de las perspectivas política, ética y jurídica, en ese sentido, para que los intervinientes en el proceso penal acusatorio se puedan desempeñar con solvencia profesional y eficacia persuasiva, dentro de una dinámica en la cual está presente la necesidad de comunicarse y de debatir, es necesario que de manera práctica adquieran un conjunto de competencias o habilidades. Y, dentro de este contexto, hay que tener en cuenta que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo siguiente:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

¹⁵ <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público (énfasis agregado), (párrafo reformado DOF 29-01-2016).

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. (Artículo reformado DOF 17-03-1987, 18-06-2008, 29-07-2010).¹⁶

En esa tesitura, desde un punto de vista procesal, no se puede escindir de la cadena de custodia su carácter sustantivo y adjetivo, en tanto que el proceso como principal objeto de estudio del derecho procesal ya ha superado su carácter meramente instrumental y presenta toda una serie de elementos sustantivos que nos remiten al propio derecho constitucional. Una de las características del Estado social de derecho es el respeto de la dignidad humana, ese respeto hace su presencia

en el diálogo cotidiano entre las personas y, de manera especial, en la relación dialéctica y argumentativa entre los sujetos de un proceso. Resulta importante que nosotros los Defensores Públicos Federales, contemos con conocimientos amplios y aptitudes que contribuyan a un mejor desempeño laboral, acorde a una actualización en el nuevo sistema de justicia penal, en tal virtud, como defensores debemos engrandecer la laudable función de defensa técnica, con sentido de pertenencia que desarrolla la defensoría pública federal a nivel nacional, el servicio que por mandato constitucional se debe de otorgar a toda persona señalada como imputado, lo anterior, para llevar a cabo la debida implementación del sistema de justicia penal. La defensa pública en las entidades federativas se debe caracterizar por proporcionar una defensa penal de calidad, profesional, eficaz y eficiente a las personas que carezcan de abogado por cualquier circunstancia, en el juicio oral el defensor ha de estar atento y diligente en analizar la teoría del caso que presente la fiscalía, saber participar en la práctica de las pruebas, en los interrogatorios y contrainterrogatorios. Uno de los puntos más importantes sobre el juicio oral es saber quiénes intervienen, sus funciones específicas, su sustento legal, en caso de los servidores públicos, y sus derechos y obligaciones. Al hablar de participantes jurídicos se hace referencia a jueces, agentes del ministerio público, defensores de oficio, peritos, agentes de la policía municipal y ministerial, figuras que guardan relación directa con el Estado, a estos participantes se les anexan la víctima, el imputado, los testigos y el defensor particular.

Ahora bien, verbigracia, en los mecanismos de certificación digital (hash, firma electrónica, firma digital) son mucho más confiables y difíciles de falsificar que los mismos elementos referidos a la firma y certificación

¹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ológrafas. Sin embargo, el desconocimiento de los operadores del derecho ante el nuevo mundo virtual hace que tengan sensaciones de inseguridad sin sustento en la realidad matemática que brinda soporte a los mecanismos referidos. La informática forense debe cumplir los requisitos generales establecidos en la inspección judicial en criminalística, debemos de tomar en cuenta en esta especialidad, que los elementos dubitados pueden ser de tipo físico o virtual.

Si bien es cierto que las responsabilidades por la ruptura de la cadena de custodia federal, en el caso de que los servidores públicos dolosamente causen la alteración de los indicios o evidencias, éstos serán indiciados como probables responsables del delito contra la administración de justicia, descrito en la fracción XXXI del artículo 225 del Código Penal Federal. Ahora bien, en los casos en que el servidor público cause la alteración, tanto por dolo como por negligencia o imprudencia, será sometido al procedimiento previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos por las faltas en las que incurra.

Es indudable que el éxito de las técnicas de la criminalística utilizadas en la búsqueda científica de los elementos probatorios, no sólo depende de la naturaleza del lugar del hecho delictivo, sino también, depende en buena medida de la capacidad profesional de la persona asignada para el proceso de aplicación de la técnica en cuestión. Los peritos desarrollan su actividad científica con equipos y medios tecnológicos, para que los resultados sean confiables y fieles con la realidad, ya que en el caso contrario, la destrucción o alteración del indicio podría darse en el propio laboratorio si éste no cumple con las normas de calidad exigidas.

A. La policía

La noción de la policía técnica científica o policiología se ha confundido con la criminalística; sin embargo, tal identificación no es correcta porque el término policía técnica o científica no se refiere a una ciencia, aun cuando sus propósitos y fines sean parecidos a los que persigue la criminalística, se debe tomar en cuenta, sobre todo, que no llega al laboratorio y que su campo de acción se reduce a reglas prácticas dirigidas a realizar funciones propias de policía. Recordemos que la policía científica, llamada también policía técnica, es la que emplea el estudio práctico de los criminales, del crimen y mediante la aplicación de métodos científicos de investigación da la posibilidad de descubrir a los autores de los delitos.

En opinión del profesor Carlos Roumagnac:

La policía científica tiene fines y propósitos casi semejantes a los de la Criminalística, pero sin llegar a lo científico del laboratorio y además la citada terminología es completamente anacrónica en esta época y en este país, fueron otros estudios los que la llamaron así, antes y cuando nacía la criminalística aunque, todavía en algunos países es considerada vigente y se aplica con el apoyo de la Criminalística.¹⁷

Concomitantemente, todo acto material de investigación debe ser registrado en actas y agregado a la carpeta de investigación, misma que adquiere una dimensión completamente diferente al expediente o averiguación previa del sistema tradicional pues no tiene sus alcances, ni se integra con sus formalidades, ni mucho menos adquiere, como tal, valor probatorio alguno.

Al respecto, debe señalarse el hecho de que en la práctica cotidiana de algunos agentes del Ministerio Público

¹⁷ Roumagnac, C.: *Elementos...* cit., p. 9.

Federal o local, generalmente éste suele ir acumulando información en torno al hecho delictuoso, con la finalidad de cuadrar los hechos al tipo penal. Sin embargo, esta labor por sí misma, está muy lejos de constituir una auténtica investigación de carácter científico, por la sencilla razón que en los acontecimientos reales llegan a las oficinas de las agencias del ministerio público, policías –estatales o federales–, militares, elementos de la marina, y realizan el llenado de los formatos de la cadena de custodia, el embalaje de los indicios, la toma de fotografías y no en el lugar de los hechos o del hallazgo, en consecuencia hay detenciones arbitrarias de personas, el abuso de detenidos o sospechosos, el uso excesivo de la fuerza y la actividad extrajudicial de la policía.

Lo anterior provocó desde el mes de marzo de 2010, que en Conferencia Nacional de Gobernadores (CONAGO) se pronunciara crear la llamada policía única estatal. La propuesta fue presentada por el gobernador de Nuevo León, con el argumento de que se impulsaría un *modelo policial que privilegie el mando único en las entidades federativas, que pueda haber una mejor coordinación que privilegie la homologación de la capacitación, del equipamiento, que privilegie también los esfuerzos de investigación, de análisis, de inteligencia y el poder lograr al final del día una policía*.¹⁸

De tal manera, se requiere que los cuerpos de policía especializados en la investigación de delitos, así como los cuerpos de seguridad pública de los fueros federal o común, que en el ámbito de sus respectivas competencias actúan todos bajo el mando y la conducción del ministerio público para efectos de la investigación, así como los

peritos, todos ellos deben contar con conocimientos científicos, metódicos y precisos, en estricto apego a los hechos de la investigación.

Luego entonces, es importante destacar que, si bien no en carácter de policía investigador, los peritos adscritos a las instituciones de procuración de justicia también podrán realizar actos materiales de investigación, en calidad de auxiliares del ministerio público, con independencia de que los servicios periciales formen parte de la estructura de la policía, como ocurre en el caso de la Procuraduría General de la República en que la agencia de investigación criminal adscribe a la policía ministerial, a los servicios periciales y a los servicios de inteligencia, sean independientes de ella pero operen dentro de la institución de procuración de justicia, como ocurre en prácticamente todos los Estados de la República mexicana; o bien, sean independientes, además que el gobierno federal debe fortalecer el servicio de carrera policial, con sus respectivos ascensos, reconocimiento académico y estímulos, es decir, emplear mejor los recursos públicos destinados a los cuerpos policiacos, a dignificar la función policial con mayores remuneraciones económicas en concordancia con el contexto actual, ejemplo de ello es la propuesta del gobierno federal de sacar adelante el mando único policial, porque le es indispensable al país enfrentar los vacíos legales que le dan ventaja a la delincuencia y a la falta de transparencia, con el objetivo de incrementar la eficiencia en la prevención del delito y en la provisión de seguridad pública a los ciudadanos.

IV. Consideraciones personales

Primera. La cadena de custodia es el procedimiento establecido por la ley, reglamentos o circulares, destinado a mantener la fuerza o calidad probatoria de los elementos

¹⁸ Conferencia Nacional de Gobernadores. Propuesta del gobernador de Nuevo León para la conformación de una policía estatal única, 23 de marzo de 2010. *nl.gob.mx*.

materiales e indicios físicos encontrados en la escena del delito, recordando que la cadena de custodia se inicia con el aseguramiento, inmovilización o recojo de los elementos materiales sensibles, significativos, físicos en el lugar donde se descubren, recauden o encuentren, durante las primeras diligencias o incorporados en el curso de la investigación inicial o complementaria; y concluye con la disposición o resolución que establezca su destino final, entre ambos extremos será entera responsabilidad del personal quienes entren en contacto con los mismos.

Segunda. Debe acreditarse que el elemento material o indicio físico presentado en el juicio oral es realmente el que se encontró en el sitio del suceso, o recuperada a través de algún testigo, entregado por la víctima o por otros sujetos o de otra forma. La cadena de custodia también implica que se mantendrá el elemento material o indicio físico en un lugar seguro, protegido de los elementos que pueden alterarlo y que no se permitirá el acceso al indicio a personas que no están autorizadas por el Juez de Control.

Tercera. Con vigencia del sistema acusatorio en nuestro país se requiere mayor preparación, por estar dotado de la oralidad. Con ello se busca aspectos esenciales en la introducción de un sistema acusatorio, que se logre una mayor agilidad y una reducción de los tiempos procesales; esto quiere decir los procesos se realicen en tiempo razonable, en donde también se practique una protección real probatoria y cuidado de los datos de prueba, tal como establece la Carta Magna y los tratados internacionales respecto de los procesos penales.

Cuarta. Hoy en día la cadena de custodia en todos los sistemas latinoamericanos es crítica, porque no se

ha valorado adecuadamente la importancia que tiene en un proceso penal justo debe garantizarse que el elemento que pretende convertirse en dato de prueba es efectivamente aquél que fue recogido en su momento, que no ha sido sustituido o alterado, esto quiere decir que su manejo adecuado será el éxito de la investigación y, por ende, acceder a una justicia pronta, expedita e imparcial, asumiendo lo establecido por el Constituyente Permanente quien propuso un sistema en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y del ofendido, como del imputado, partiendo de la presunción de inocencia para este último, lo cual fortalece el debido proceso y el pleno respeto a los derechos humanos de todas y todos aquellos involucrados en una investigación o procedimiento penal, privilegiando la igualdad procesal, la evidencia científica y el principio de contradicción.

Quinta. El defensor de oficio tiene el deber de brindar información técnica que permita a su defendido una mejor toma de decisiones al realizarse un proceso penal, o bien, para cualquier trámite jurídico ante particulares o autoridad del Estado. El adecuado funcionamiento del juicio oral recae en los que intervienen (los servidores públicos) y es a ellos a quienes se debe capacitar y fomentar una cultura de honestidad, honorabilidad, respeto, ética y compromiso. Así, la capacitación es una tarea continua para fortalecer las habilidades y destrezas, y aplicar sus conocimientos en las etapas procesales del nuevo juicio oral, análisis del caso, alegatos, técnicas de interrogación. Sólo de esta forma se obtendrán los resultados esperados.

Finalmente, la cadena de custodia es un instrumento garante de la legalidad en la actuación judicial, la cual permitirá que la demanda ciudadana encuentre la justicia y el respeto a sus derechos fundamentales.

V. Bibliografía

- Acuerdo A/009/15. *Acuerdo por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia*. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5381699&fecha=12/02/2015.
- Badilla, Javier: *Curso de administración y procesamiento de la escena del crimen*. (S.E.) Escuela Judicial, sección de capacitación del Organismo de investigación, San José, Costa Rica, Costa Rica, 1999.
- Borbón, Andrés: *El proceso de investigación criminal en el Delito*. (s.e.) Editorial Universal, Costa Rica, 2001.
- Campos Calderón, Federico: *Cadena de custodia de la prueba*, primera edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*.
- Conferencia Nacional de Gobernadores: *Propuesta del gobernador de Nuevo León para la conformación de una policía estatal única*, 23 de marzo de 2010. nl.gob.mx.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- Fernández Romo, Rodolfo: "La prueba pericial y el debido proceso penal", en *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*. ISSN 1609 3031. Septiembre de 2001. Catalogada en Latindex desde 2005.
- Ferrer Beltrán, Jordi; Gascón Abellán, Marina; González Lagier, Daniel; Taruffo, Michelle: *Estudios sobre la prueba*. Primera edición, FONTAMARA (ME), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián: *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, Tomo I.
- Montero, Dionisio: *Apuntes de la cadena de custodia física*. (s.e.). Editorial Nores, Colombia, 2002.
- Montiel Sosa, Juventino: *Manual de criminalística I*. Editorial Limusa, S.A. de C.V., México, 1997.
- Ossorio, Manuel: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.
- Reyes Calderón, José Adolfo: *Tratado de criminalística*. Tercera edición, Cárdenas Editor y DB, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1999.
- Roumagnac, Carlos: *Elementos de la policía científica*. Botas e hijo, México, 1993.
- Sandoval Smart, Luis: *Manual de criminalística*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.

Fuentes electrónicas

- http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5381699&fecha=12/02/2016
- <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>
- nl.gob.mx.
- <http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php>
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

La necesidad de un ejercicio pleno del control difuso de constitucionalidad en sede administrativa

*Claudia Carolina Soto Romero**

RESUMEN: En la actualidad, la limitación a la autoridad administrativa en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en los actos que emite constantemente, se traduce en una violación a los derechos humanos. Este documento aborda tal problemática y evidencia que la inaplicación de una norma inconstitucional debe permitirse, en el ámbito de su competencia, a la autoridad administrativa, pues en términos del artículo 1º de nuestra Constitución es obligación de todas las autoridades promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

SUMARIO: Introducción. I. Control de constitucionalidad en México. II. Precedentes en México del control difuso de constitucionalidad por la autoridad administrativa. III. Restricción al control de constitucionalidad para las autoridades administrativas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Introducción

A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder

* Asesora Jurídica Federal.

público al orden que entraña el Estado de derecho; no obstante su antigüedad, el tema es actual y constituye un tópico recurrente.

El nuevo paradigma constitucional en nuestro país trajo consigo la obligación de que, en materia de derechos humanos y en su respectivo ámbito competencial, todas las autoridades del Estado mexicano deben ajustar sus actos a la Constitución y a tratados internacionales en los que es parte.

Obligación la anterior que llevó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a reconocer un nuevo modelo de control constitucional e integrar expresamente el convencional a nuestro sistema jurídico, sirviendo como fundamento para ello, los artículos 1º y 133 constitucionales.

Sin embargo, vigentes criterios interpretativos del Poder Judicial Federal sobre el tema obstaculizan la plena aplicación por parte de la autoridad administrativa de tales modelos de regularidad.

En esta investigación analizaremos la interpretación jurisprudencial del artículo 133 constitucional, referida precisamente al control difuso de constitucionalidad; el antecedente más relevante a nivel nacional en torno al control difuso de actos de las autoridades administrativas; y, finalmente, se abordarán los precedentes que, ya dentro del nuevo paradigma constitucional, en este último tema ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tal recorrido, tiene como finalidad evidenciar que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad es una obligación de todas las autoridades y que, sin su pleno ejercicio por parte de las administrativas, la vigencia de los derechos humanos se pone en riesgo.

I. Control de constitucionalidad en México

A. El artículo 133 constitucional

Fue en el artículo 126 de la Constitución de 1857 –artículo 123 en el proyecto que le dio origen–, en donde por primera vez apareció la disposición constitucional que aquí nos ocupa.

No existe indicio en los debates del Constituyente de 1857 que aclare la intención de redactar dicho precepto en la forma en que lo hizo, pues, según expone Francisco Zarco, el mismo fue aprobado sin discusión, y por 79 votos contra uno en la sesión del 18 de noviembre de 1856, con el siguiente texto:

*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República con aprobación del Congreso serán la ley suprema en toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.*¹

Sin embargo, es clarísima la inspiración que el texto del artículo 126 de la Constitución de 1857 tuvo en el artículo VI, sección segunda, de su similar estadounidense que dice:

*Esta Constitución y las leyes de la Federación que se hagan de acuerdo con la misma y los tratados hechos o que se hagan con la autoridad de la Federación serán la suprema ley del país, y los jueces de cada estado se someterán a ella, a pesar de lo que en contrario haya en las constituciones o leyes de los estados.*²

¹ Cfr. Zarco, F.: *Historia del...* cit., pp. 1034 y 1360.

² Rabasa O.: *El derecho...* cit., pp. 611 y 612.

La Comisión de Constitución del Constituyente de 1916 al percatarse que lo dispuesto por el artículo 126 de la Constitución de 1857 había sido eliminado del proyecto presentado a la asamblea por Carranza, decidió incluirlo bajo el número 132 de su propuesta. El dictamen de dicha comisión se expresaba de este modo:

Más importante aún es el artículo 123[sic] de la Constitución de 1857, también suprimido en el proyecto, que establece la supremacía de la ley constitucional, de las leyes emanadas de ésta y de los tratados hechos por el Ejecutivo con aprobación del Congreso. La ley americana, en un precepto análogo, hace uso de la expresión enérgica diciendo que leyes como éstas son la ley suprema de la tierra. Así es entre nosotros también, y el artículo suprimido, además de esa grandiosa declaración, constituye la salvaguardia del Pacto federal y su lugar preferente respecto de las Constituciones locales, pues autoriza a los jueces a ceñirse a aquél, a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en éstas: “La comisión ha recogido el artículo y se ha permitido incluirlo en el número 132”.³

El referido artículo 132 fue presentado a la Asamblea Constituyente por la Comisión de Constitución de 1916-1917, sometido a voto en la 62a. sesión ordinaria celebrada el jueves 25 de enero de 1917, y aprobado por unanimidad de 154 votos con el texto siguiente:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la Ley Suprema de la toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a

*pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.*⁴

De lo anterior se advierte que el Constituyente manifestó con claridad su voluntad de incluir en nuestra ley fundamental una disposición parecida al artículo VI, sección segunda, de la Constitución estadounidense; al artículo 133 de nuestra actual Constitución se pretendió otorgar expresamente una función dentro de nuestro sistema legal, similar a la que tiene la disposición constitucional estadounidense, pues no puede entenderse de otra forma la frase *así es entre nosotros también* que se emplea en el dictamen; y expresó con claridad que la razón por la cual debía incluirse dicho precepto en nuestra Ley Suprema era justamente porque autoriza a *todos los jueces* a ceñirse a ella, no obstante las disposiciones ordinarias contrarias a su sentido, deduciéndose así la intención de facultar a los órganos jurisdiccionales a preferir la Constitución sobre las leyes ordinarias, cuando ésta pugne con aquélla.

El artículo 133 de nuestra Constitución de 1917 únicamente ha tenido una reforma: la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1934, en el sentido de que los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República deberán ser aprobados sólo por el Senado.

B. Interpretación jurisprudencial del artículo 133 de la Constitución antes de la reforma constitucional de 10 junio de 2011

Sin duda, por su redacción, el artículo 133 de nuestra Carta Magna ha sido materia de diversas interpretaciones a nivel jurisprudencial, como de distintos debates en la doctrina.

³ Cámara de Diputados: *Derechos del...* cit., p. 1192.

⁴ *Ídem.*

Felipe Tena Ramírez suscribió que el artículo 133 es, por cualquier lado que se le considere, un precepto oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema;⁵ y en opinión de José de Jesús Gudiño Pelayo lo que es oscuro, incongruente y dislocador es la interpretación que se ha querido dar a dicho precepto al sacarlo del contexto en que se encuentra inserto: por una parte la Constitución mexicana y, por otra, una tradición jurídica que deriva de manera directa de las doctrinas y dogmas de la Revolución Francesa.⁶

En nuestra historia constitucional fue la interpretación jurisprudencial a tal disposición la que consolidó en nuestro país el control concentrado de la constitucionalidad, estableciendo así al Poder Judicial de la Federación como depositario único de la interpretación de la norma fundamental.

A continuación se describen los sucesivos y principales criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que consolidaron el control concentrado de constitucionalidad.

En abril de 1919, el criterio del Tribunal Pleno era que sobre todas las leyes debía prevalecer la Carta Magna y aquéllas que se opusieran a ésta, no debían ser obedecidas por autoridad alguna, este criterio se expresaba en la tesis de rubro *CONSTITUCIÓN, IMPERIO DE LA*.⁷

En mayo de 1934, la Segunda Sala estableció una tesis aislada con el rubro *CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY*,⁸ determinando que conforme al artículo 133 de la Constitución federal, todos los jueces de la República tenían la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de

la misma, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en otras leyes secundarias.

Al año siguiente, en agosto de 1935, la misma Sala determinó que si bien era cierto que el artículo 133 de la Constitución federal señala que ante disposiciones contrarias a la Constitución los jueces de cada Estado aplicarían los preceptos constitucionales; también era cierto, que los únicos que pueden determinar la inconstitucionalidad de algún precepto son los tribunales de la federación, la tesis se identifica con el rubro *LEYES DE LOS ESTADOS CONTRARIAS A LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES*.⁹

Cuatro años después, en febrero de 1939, la Tercera Sala de la Corte determinó que la observancia del artículo 133 de la Constitución federal es obligatoria para los jueces locales de toda categoría. El rubro de la tesis es: *LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS*.¹⁰

En abril de 1942, la Segunda Sala se pronuncia nuevamente en el sentido de que todas las autoridades del país, al resolver las cuestiones de su competencia, deben observar la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en otras leyes, ya que ninguna ley secundaria ni ningún acto de la autoridad pueden prevalecer contra la Constitución general de la República. El rubro de las tesis son: *CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS*;¹¹ y, *CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL IMPUESTO AL SUPERPROVECHO COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA DECIDIR SOBRE ELLA*.¹²

⁵ Cfr. Tena Ramírez, F.: *Derecho constitucional...* cit., p. 548.

⁶ Cfr. Gudiño Pelayo, J.: *Lo confuso...* cit., pp. 15-16.

⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, p. 878. www.scjn.gob.mx/ius

⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XLI, p. 645. www.scjn.gob.mx/ius

⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XLV, p. 2042. www.scjn.gob.mx/ius

¹⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LIX, p. 1328. www.scjn.gob.mx/ius

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXII, p. 2570. www.scjn.gob.mx/ius

¹² *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXII, p. 2087. www.scjn.gob.mx/ius

En 1949 la propia Segunda Sala emite un criterio contrario a los dos inmediatos anteriores en donde retoma la postura en el sentido de que sólo las autoridades judiciales de la federación pueden conocer de los problemas de *anticonstitucionalidad*, pues si bien el artículo 133 de nuestra Carta Magna establece la obligación de los jueces de ajustar sus actos a sus disposiciones, ello no entraña ninguna regla de competencia para resolver los casos en que se reclama la violación de garantías individuales. El rubro de la tesis es: *LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS*.¹³

En septiembre de 1959, la Segunda Sala consideró que la única vía para resolver los problemas sobre la oposición de una ley secundaria y la Constitución era el juicio de amparo. La tesis se identifica con el rubro: *CONSTITUCIÓN Y LEYES SECUNDARIAS, OPOSICIÓN EN LAS*.¹⁴

En 1960 la Tercera Sala resuelve que si bien las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad de leyes, en observancia al artículo 133 están obligadas a aplicar en primer término la Constitución federal cuando una ley ordinaria la contravenga directamente. El rubro de la tesis es: *CONSTITUCIÓN, SU APLICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA*.¹⁵

En septiembre de 1968, la Tercera Sala emite un criterio en el que considera que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad

de las leyes, a través del juicio de amparo, dado que la Constitución federal dota expresamente tal facultad. El rubro es: *CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN*.¹⁶

En agosto de 1971, la Tercera Sala se pronunció en el sentido de que si bien sólo la autoridad judicial federal puede calificar la constitucionalidad de las leyes, todas las autoridades judiciales deben apegar estrictamente sus resoluciones a la Constitución. La tesis se identifica con el rubro: *LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS SU VIOLACIÓN ALEGADA ANTE EL TRIBUNAL DE APELACIÓN*.¹⁷

En junio de 1972, la Tercera Sala consideró que, no obstante ocasionalmente se ha llegado a sustentar lo contrario, el examen de la constitucionalidad de las leyes solamente está a cargo del Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo. El rubro de la tesis dice: *CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN*.¹⁸

En la Novena Época, el Pleno determinó que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, al considerar que tal disposición constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CI, p. 1381. www.scjn.gob.mx/ius

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, XXVII, Tercera Parte, p. 23. www.scjn.gob.mx/ius

¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, LX, Cuarta Parte, p. 177. www.scjn.gob.mx/ius

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 42, Cuarta Parte, p. 17. www.scjn.gob.mx/ius

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 32, Cuarta Parte, p. 21. www.scjn.gob.mx/ius

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, volumen CXXXV, Cuarta Parte, p. 37. www.scjn.gob.mx/ius

actuaciones que les permitan desconocer unos y otros. La jurisprudencia tiene el rubro: *CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN*.¹⁹

El anterior criterio fue reiterado en la jurisprudencia de rubro: *CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN ES ATRIBUCIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN*,²⁰ con la adición en el sentido de que la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de control expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación.

En el año 2002 el Pleno emitió la jurisprudencia con el rubro: *TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES*,²¹ que contiene idéntico criterio en el sentido de que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad, pues concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna está claramente limitada, por mandato constitucional, al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer las acciones de inconstitucionalidad.

En agosto de 2004, la Segunda Sala reitera tal postura en la jurisprudencia con el rubro: *CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS*

¹⁹ P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, agosto de 1999, p. 5. www.scjn.gob.mx.ius

²⁰ P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, agosto de 1999, p. 18. www.scjn.gob.mx.ius

²¹ P./J.23/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, enero de 2010, p. 22. www.scjn.gob.mx.ius

VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA,²² al establecer que el control de la constitucionalidad de lo dispuesto en una regla general administrativa, constituye una facultad que se encuentra reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación, en tanto que implica verificar si lo previsto en ésta se apega a lo establecido en un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se observa, los criterios emitidos por nuestro máximo tribunal brindaron desde muy temprano la posibilidad a todos los jueces de ejercer un control difuso de la constitucionalidad; sin embargo, también fue pronta la separación de tal interpretación, al grado de considerar que el artículo 133 constitucional no brindaba la posibilidad del citado ejercicio, bajo la premisa de que su texto no es una fuente de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales.

De esta forma, fue el sistema de control constitucional concentrado el que, por interpretación jurisprudencial, se consolidó en nuestro país hasta el año 2011, depositado en el Poder Judicial de la Federación a través de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, el juicio de amparo indirecto y el juicio de amparo directo. En materia electoral, por determinación constitucional específica el juicio de revisión ante el tribunal electoral.²³

²² 2ª./J.109/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XX, septiembre de 2004, p. 219. www.scjn.gob.mx.ius

²³ Reforma al artículo 99 constitucional, publicada el 13 de noviembre de 2007 en el Diario Oficial de la Federación, en la que se facultó a las Salas del Tribunal Electoral para inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución.

C. Reforma constitucional de 10 de junio de 2011

El 10 de junio de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de derechos humanos más importante en los recientes tiempos. En ella se modificó la denominación del Capítulo I del título Primero y, entre otros, se reformó el artículo 1º. Actualmente su texto es el siguiente:

Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

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

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al

territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.²⁴

El texto transcrito reconoce expresamente los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales como los parámetros de validez suprema dentro del orden jurídico mexicano.²⁵ Así, nuestro sistema jurídico pasó de una mera composición positivista a una sustentada en los derechos humanos.

Gran trascendencia para este documento tiene el nuevo párrafo tercero del actual artículo 1º constitucional, al establecer que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Pues en nuestro sistema jurídico, tal disposición erige a los derechos humanos como parámetro de control de regularidad constitucional que condiciona la validez de los actos de todas las autoridades, incluidas las administrativas.

²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en www.diputados.gob.mx

²⁵ Cfr. Fix-Zamudio, H.: "Reformas... cit., p. 425.

D. Nueva interpretación judicial al artículo 133 constitucional

D.1. Cumplimiento a la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos

De gran importancia fueron las implicaciones que trajo para el Estado mexicano la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, pronunciada el 23 de noviembre de 2009; en específico, y por lo que aquí nos interesa, el cumplimiento a dicho fallo por el Poder Judicial de la Federación.

Ello porque, como se verá más adelante, en el cumplimiento a la citada resolución la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresamente integró al control difuso de convencionalidad en nuestro sistema jurídico y le llevó a nuevas interpretaciones para aceptar también el control difuso de constitucionalidad, que a lo largo de nuestra historia constitucional había sido rechazado precisamente por el Poder Judicial de la Federación a través de los criterios jurisprudenciales a los que ya se ha hecho referencia.

Del referido fallo internacional surgieron obligaciones para el Poder Judicial de la Federación como parte del Estado mexicano, y que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concretizó de la siguiente forma:

- a) Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad (sic).
- b) Deberá restringirse la interrelación del fuero militar en casos concretos.
- c) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*.²⁶

²⁶ Cfr. *Resolución dictada por...* cit.

Por constituir lo que aquí nos interesa, únicamente se analizará el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al control de constitucionalidad en nuestro país y que abordó al pronunciarse sobre lo previsto en el párrafo 339 de la sentencia pronunciada en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*,²⁷ que dice:

339. En relación con las prácticas judiciales, este tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas

²⁷ Aun cuando no es la única sentencia en la que la Corte Interamericana le ha ordenado al Estado mexicano que sus jueces realicen un control de convencionalidad, puesto que dicha medida fue ordenada en los casos *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros; Rosendo Cantú y otra; y, Cabrera García y Montiel Flores*. Cfr. *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafo 339; *Caso Fernández Ortega y otros vs Estados Unidos Mexicanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párrafo 336; *caso Rosendo Cantú y otra vs Estados Unidos Mexicanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 219; y, *caso Cabrera García y Montiel Flores vs Estados Unidos Mexicanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrafo 225.

y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Párrafo que impuso a las autoridades judiciales del Estado mexicano a ejercer, en el ámbito de su competencia, un control de convencionalidad entre las normas de su sistema jurídico interno y la Convención Americana.

D.2. Consulta a trámite identificada con el expediente varios 912/2010

El 10 de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la consulta a trámite identificada con el expediente Varios 912/2010, mediante la cual analizó los alcances de la ya citada sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*.

Como se adelantó, un aspecto relevante de la consulta en cuestión es el reconocimiento en nuestro sistema jurídico del control difuso de constitucionalidad que, como hemos visto, por jurisprudencia de la propia Corte Suprema se interpretó que su aplicación era inviable, toda vez que el Poder Judicial de la Federación era el único competente para determinar la constitucionalidad o no de las leyes.

Es de relevancia puntualizar que el control difuso de convencionalidad que en su jurisprudencia adopta la Corte Interamericana de Derechos Humanos no implica, necesariamente, que los países que han aceptado su jurisdicción deban *adaptar* sus sistemas de control constitucional uno del tipo *difuso*, sino que apliquen ese

tipo de control de convencionalidad a cualquiera de los sistemas existentes (concentrado, difuso o mixto).

Aspecto que fue considerado por el entonces Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano al expresar que en el marco de la sentencia dictada por la Corte Interamericana, resultaba improcedente analizar el control de constitucionalidad que opera en nuestro sistema jurídico, esto es, dicho análisis va más allá de las condenas explícitas señaladas en la sentencia y, desde luego, de lo considerado en el párrafo 339 de ésta, aunado a que la Corte Interamericana en ninguna parte se pronuncia al respecto. Pues estimó que el criterio interpretativo emanado del párrafo 339 de la sentencia, no llama en parte alguna a la modificación del modelo nacional de control de constitucionalidad. Por lo cual, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ni siquiera debió considerar la discusión en este aspecto y, si acaso, tal debate debió ceñirse únicamente a establecer los alcances concretos del control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano.²⁸

En realidad, lo que implica el control de convencionalidad es la obligación de todos los jueces nacionales, como parte del Estado, de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede, ni lo ha pretendido, convertirse en un órgano que defina o imponga los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.²⁹

²⁸ Cfr. Voto particular del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano en la resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011.

²⁹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, E.: *Interpretación...* cit., p. 95.

No obstante, la mayoría del Pleno de nuestra Suprema Corte, en la resolución que se analiza, consideró que la determinación de si en nuestro país ha operado un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes en algún momento, no ha dependido directamente de una disposición constitucional clara sino que, durante el tiempo, ha resultado de distintas construcciones jurisprudenciales.

Aunado a ello, consideró que la reforma al artículo 1º constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, impuso la obligación a todas las autoridades del país, dentro del ámbito de su competencia, de velar por los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano y por los contenidos en la Constitución federal.

Mandato el anterior que leído junto con lo establecido en el artículo 133 de la Constitución federal, lleva a la conclusión de que los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones que en contrario establezcan las normas inferiores. Si bien los jueces no pueden hacer declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y tratados en esta materia.

Así, la mayoría de nuestro máximo tribunal estableció que el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos

humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control de convencionalidad, si no parte de un control de constitucionalidad general que parte de la interpretación sistemática de los artículos 1º y 133 de nuestra Constitución.

De este modo, en el orden jurídico mexicano se reconocen dos modelos de control de constitucionalidad. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes.

Por lo que hace al resto de las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

En la resolución a la consulta a trámite que nos ocupa, gráficamente el nuevo modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad se presenta así:

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible resultado	Forma
Concentrado:	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes. No hay declaratoria de inconstitucionalidad	Directa
Control por determinación constitucional específica:	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmas de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	41, fracción VI, 99, párrafo 6º. 99, párrafo 6º.	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación.	Directa e incidental
Difuso:	Resto de los tribunales a) Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos. b) Locales: Judiciales, administrativos y electorales.	1º, 133, 104 y derechos humanos en tratados. 1º, 133, 116 y derechos humanos en tratados.	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación.	Incidental
Interpretación más favorable	Todas las autoridades del Estado mexicano.	1º. y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad.	Fundamentación y motivación

Como se observa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación adopta un modelo general de control constitucional que acepta las vertientes de control difuso y concentrado que se ejercen de manera independiente, permitiendo con ello que sean los criterios e interpretaciones constitucionales por declaración expresa de inconstitucionalidad o por inaplicación.

En tratándose de las autoridades distintas de las judiciales y tribunales administrativos, las autoridades, como son las administrativas, por medio de

la fundamentación y motivación, pueden ejercer el control de constitucionalidad a través de la interpretación de la norma más favorable a la persona, sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad, que en la doctrina se denomina principio *pro pesonae*.

Con motivo del modelo general de control constitucional en la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, se determinó que habían quedado sin efectos las jurisprudencias P./J. 74/99, de rubro: *CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN* y P./J. 73/99 de rubro *CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN ES ATRIBUCIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN*.³⁰

II. Precedentes en México del control difuso de constitucionalidad por la autoridad administrativa

En 1942, al formular el proyecto de resolución en el juicio de amparo en revisión 4072/1941-2ª, promovido por la Compañía Telefónica de Sabinas, S.A., en contra de la resolución definitiva dictada por la Primera Sala del Tribunal Fiscal de la Federación, el entonces ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Gabino Fraga, evidenció que la tutela efectiva de los derechos previstos en la Constitución no se constriñe a la competencia de los órganos jurisdiccionales, sino que se desdobra también a las autoridades que ejercen atribuciones de índole administrativa.

Los hechos que dan origen al citado medio de defensa tuvieron su origen en la resolución dictada por la

³⁰ P. I/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 549. www.scjn.gob.mx.ius

Dirección General de Aduanas que impuso a la compañía telefónica una multa por \$75,000.00 (setenta y cinco mil pesos 00/100 M.N.) por haber omitido el pago de derechos en la introducción de artefactos y útiles destinados a la concesión que tenía. Con fundamento en el artículo 182 de la Ley Aduanera, la Dirección General de Aduanas calificó de contrabando esta importación.

La Compañía Telefónica de Sabinas acudió al juicio de oposición ante el Tribunal Fiscal de la Federación y planteó la inconstitucionalidad del mencionado artículo 182, pero el tribunal se negó a abordar la inconstitucionalidad de leyes planteada, en razón de que sólo los Juzgados de Distrito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenían facultad para ejercer control constitucional.

Como se indicó, el asunto fue turnado para proyecto de sentencia al entonces ministro Gabino Fraga, en el que esencialmente expresó las siguientes consideraciones:

...Dado el carácter de ley fundamental, suprema, que tiene la Constitución, todas las actividades de las autoridades que ella establece necesitan conformarse estrictamente a sus prevenciones, tal como lo prescribe el artículo 41 constitucional, pero aun a falta de éste, no por eso dejaría de existir esa necesidad porque no se trata de un facultad, en el sentido técnico de la expresión, que un poder tenga dentro de su competencia y que por eso mismo excluya a los demás Poderes, sino de una obligación, de un deber, que debe cumplirse al ejercitarse cada una de las facultades que a todas y a cada una de las autoridades otorga la propia Constitución. Formando pues ésta el régimen jurídico primario de la actividad de los órganos constitucionales, es evidente, que, para su propia actuación, cada uno de estos órganos debe afrontar y decidir, en primer término, las cuestiones

de interpretación a que dan lugar los textos legales de la Constitución que interesen al ejercicio de sus facultades, pues de otro modo sería imposible la actuación normal de dichos órganos y no se concebiría cómo, por ejemplo, el Poder Legislativo puede expedir leyes reglamentarias u orgánicas de la Constitución sin hacer previamente una interpretación de los textos constitucionales relativos, ni cómo el Ejecutivo puede hacer uso de sus facultades constitucionales sin determinar por sí mismo el sentido y alcance de las propias facultades y de las limitaciones que otros textos de la misma Constitución le imponen. Parece, por lo mismo, no necesitar mayor demostración el postulado inicial de que el principio de la supremacía jerárquica de la Constitución es bastante para considerar que todos los Poderes de la Federación pueden, en lo que se refiere a su propia actuación, interpretar los textos constitucionales relativos sin que al hacerlo extralimiten su competencia o invadan la privativa de otro poder.

La facultad otorgada al Poder Judicial en los términos de los artículos citados –103 y 107 constitucionales– no está en contraposición con la obligación de los demás poderes públicos de ajustarse en todo caso y preferentemente a la Constitución y demostrar igualmente que la obligación impuesta al Poder Ejecutivo el artículo 89 no sacrifica el principio de Supremacía de la Constitución.

...Que el propio Ejecutivo esté obligado a ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, no significa que su obligación se refiera a leyes inconstitucionales, en primer término porque sería absurdo pensar que la propia Constitución autoriza y obliga a cumplir leyes que la contradigan o la derogue, y en segundo término,

porque para que pudiera estimarse que existiendo una ley secundaria, desaparece la obligación de respetar preferentemente la Constitución, que deriva del carácter de ésta como ley fundamental, sí sería necesario un texto expreso en la misma que permitiera que su vigencia quedara subordinada a las disposiciones del legislador ordinario, puesto que en este caso los órganos constitucionales excederían su competencia, ya que la Constitución no los ha creado para que la violen.

...El Ejecutivo no es simplemente un agente maquinal, un instrumento ciego de la voluntad del Legislativo, sino que, por el contrario, dado su carácter de poder y la naturaleza del acto de ejecución está investido de facultades propias de apreciación, de discernimiento y de voluntad que hacen que el acto de ejecución sea un acto del propio Ejecutivo con características, no sólo formales, sino materiales que lo distinguen jurídicamente del acto legislativo. Ahora bien, siendo un acto propio, la medida de su legitimidad tiene que ser, no sólo la ley que pretende ejecutar, sino también la ley constitucional cuyo respeto debe ser preferido en todas circunstancias.

*...Debe admitirse la posibilidad franca de que el Ejecutivo conozca y decida cuestiones de constitucionalidad que susciten las leyes secundarias en la medida que sea necesario para el ejercicio de sus facultades propias de ejecución...*³¹

Como se ve, tomando como parámetro de validez el principio de supremacía de la Constitución se afirma que ningún acto o ley puede prevalecer sobre ésta. De ahí que el Ejecutivo, como el Legislativo, al ejercer sus

facultades, tienen el deber de afrontar y decidir, en primer término, las cuestiones de interpretación a que dan lugar los textos de la Constitución, pues de otro modo sería imposible la actuación normal de dichos órganos.

Argumentó el entonces ministro Fraga que el Ejecutivo no es simplemente un agente maquinal o instrumento ciego de la voluntad del Legislativo, sino que, por el contrario, dada la naturaleza del acto de ejecución, está investido de facultades propias de apreciación, de discernimiento y de voluntad que lo distinguen jurídicamente del acto legislativo y la medida de su legitimidad tiene que ser, no sólo la ley que pretende ejecutar, sino también la ley constitucional cuyo respeto debe ser preferido en todas circunstancias.

Además, expuso que aun cuando el Poder Judicial de la Federación es quien interpreta la constitucionalidad de la leyes, ello no se opone a que los actos emitidos por los Poderes Ejecutivo y Legislativo deban observar a la Constitución como ley suprema, pues el Poder Judicial de la Federación abordará la interpretación constitucional al momento de resolver las controversias que le sean planteadas; mientras tanto, los actos de los diversos poderes deben ajustarse a la Constitución.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no aprobó el proyecto propuesto; por el contrario determinó, que las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación eran incompetentes para declarar la inconstitucionalidad de leyes.

Sin duda, para su tiempo, fueron avanzadas las consideraciones vertidas en el proyecto de sentencia del ministro Gabino Fraga que adquieren actualidad, pues el vigente artículo 1º constitucional impone la obligación a todas las autoridades, incluidas las administrativas,

³¹ Fraga, G.: ¿Pueden... cit.

a que, en el ámbito de sus competencias, ajusten sus actos a la Constitución y a los tratados internacionales en los que México es parte.

III. Restricción al control de constitucionalidad para las autoridades administrativas

A. Interpretación conforme

Como ya se ha puntualizado, en términos del párrafo tercero del artículo 1º constitucional, todas las autoridades tienen el deber de proteger a los derechos humanos, sin que exista una graduación o excepción para un tipo de autoridad determinada. La única limitación en su ejercicio, es que se efectúe en el ámbito de su competencia.

En caso de las autoridades administrativas, conforme a sus competencias, deberán hacer valer la primacía de los derechos, mediante una actuación proactiva y orientada de forma permanente a salvaguardar la regularidad constitucional.³²

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución emitida en la consulta a trámite identificada con el expediente Varios 912/2010 adoptó un modelo general de control constitucional que acepta las vertientes de control difuso y concentrado que se ejercen de manera independiente, permitiendo con ello que sean los criterios e interpretaciones constitucionales por declaración expresa de inconstitucionalidad o por inaplicación.

En tratándose de las autoridades distintas de las judiciales y tribunales administrativos, las autoridades, como lo son las administrativas, a través de la fundamentación y motivación, pueden ejercer el control de constitucionalidad y convencionalidad, realizando la

interpretación más favorable a la persona, sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad. Restricción ésta que no encuentra fundamento alguno, sino por el contrario, contraviene lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1º constitucional.

En junio de 2011, nuestro máximo tribunal estableció que la interpretación pro persona presupone realizar los siguientes pasos:³³

1. Interpretación conforme en sentido amplio. Lo que significa que los jueces del país, al igual que todas las autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

2. Interpretación conforme es sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, las autoridades deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

Finalmente, la inaplicación de la ley, que no le es permitida a la autoridad administrativa, es la última alternativa con que cuenta el intérprete de la norma, ante la imposibilidad de realizar una interpretación que sea constitucional o convencional, con lo que en aras de

³² Sagües, N.: *La interpretación...* cit., p.13.

³³ PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. P. LXIX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. www.scjn.gob.mx.ius

salvaguardar los derechos humanos, el intérprete no debe aplicar la norma sólo en el caso concreto.

Como se observa, el control difuso no conlleva una inaplicación directa de la norma o porción normativa que se considere inconstitucional, sino que se privilegia la armonización del orden constitucional a través de la interpretación conforme, cuyo efecto es conservar la vigencia del sistema jurídico, haciendo una deferencia a la presunción de constitucionalidad de la norma, que se ve afectada cuando se lleva a cabo una inaplicación, de ahí que sea la última opción por parte de la autoridad.³⁴

Así, resulta entendible que nuestra Corte Suprema afirme que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad no necesariamente conlleva una inaplicación de la norma.³⁵

Lo que no es entendible es el impedimento a la autoridad administrativa, desde luego en el ámbito de su competencia, a inaplicar la norma cuando no sea posible una interpretación conforme, pues, como se ha venido afirmando, en términos del artículo 1º constitucional, la obligación de ajustar sus actos a la Constitución y a los tratados internacionales es de todas las autoridades, lo cual incluye a la administrativa.

Posteriormente, en febrero de 2012,³⁶ la Segunda Sala definió al principio *pro persona* como un criterio

hermenéutico en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria. Lo cual implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio.

Por tanto, la aplicación del principio *pro personae* en el análisis de los derechos humanos, es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.

B. Tesis 2ª.CIV/2014 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El 3 de octubre de 2014 se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* la tesis aprobada por unanimidad de cuatro votos de los ministros que integran la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, CIV/2014, de rubro y texto siguientes:

CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO.

El artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de

³⁴ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, E.: *op cit.*, pp. 156 y 157.

³⁵ 1a. CCCLIX/2013, *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU EJERCICIO NO NECESARIAMENTE LLEVA A LA INAPLICACIÓN DE UNA NORMA*. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 1, diciembre de 2013, Tomo 1, p. 511. www.scjn.gob.mx.ius

³⁶ *PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL*. 1a. XXVI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, febrero de 2012, Tomo 1, p. 552. www.scjn.gob.mx.ius

derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) (), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.*³⁷

El anterior criterio se encuentra vigente y en él la Segunda Sala reconoce que el artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Esto es, reconoce que nuestra Constitución, al imponer obligaciones en torno a los derechos humanos, no distingue entre autoridad judicial, legislativa o administrativa; por lo que las obligaciones en la materia conciernen a todas las autoridades.

³⁷ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, octubre de 2014, Tomo 1, p. 1097. www.scjn.gob.mx/ius

Sin embargo, inmediatamente después considera que las autoridades administrativas no gozan de la facultad de ejercer un control difuso de constitucionalidad; esto es, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos pues, en todo caso, podrán interpretar la normas en el sentido más favorable a las personas.

Criterio el anterior que encuentra congruencia con el modelo general de control de constitucionalidad adoptado en la consulta a trámite identificada con el expediente Varios 912/2010, al limitar a la autoridad administrativa a ejercer el control de constitucionalidad a través de la fundamentación y motivación, realizando una interpretación de la norma más favorable a la persona, sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad.

Pero ello no deja de constituir un retroceso al nuevo orden constitucional y una limitante principalmente en la protección y vigencia de los derechos humanos; pues contrario a lo que se afirma, como la propia Suprema Corte lo ha determinado, la inaplicación de una norma del sistema jurídico nacional se verificará cuando no se logre la armonización de la norma con el orden constitucional y convencional a través de la interpretación conforme.

Luego, la inaplicación de una norma que no halla tal conformidad, salvaguardará la regularidad del sistema jurídico, pues es precisamente tal norma la que obstaculiza la vigencia de los derechos humanos.³⁸

La tesis que nos ocupa restringe la posibilidad para que una autoridad pueda proteger efectivamente los derechos humanos, desaplicando cuando así se requiera, la norma o porción normativa que sea contraria al

³⁸ Cfr. del Rosario Rodríguez, M.: “La aplicación..., cit., p.183.

parámetro de control de regularidad, limitándola a ejercer solamente una interpretación conforme; sin embargo, en los casos en los que la aplicación normativa pueda producir violaciones a los derechos humanos, y no resulte una conciliación por vía interpretativa, lo único que puede salvaguardar el principio pro persona es la inaplicación por vía de control difuso.

Finalmente, en la propia tesis 2ª.CIV/2014 dice la Segunda Sala de nuestra Suprema Corte, que facultar a las autoridades administrativas para ejercer el control difuso de constitucionalidad generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales. Argumento éste que lleva a la siguiente reflexión:

Efectivamente, las autoridades administrativas tienen la obligación de emitir sus actos atendiendo al principio de legalidad, como también lo tienen las autoridades judiciales; luego, ¿por qué se niega a la autoridad administrativa la posibilidad de inaplicar una norma constitucionalmente irregular?, ¿acaso no es preferible la inaplicación de una norma contraria a la Constitución, que la observancia de una ley que ocasiona la violación de derechos humanos?, ¿acaso no es más protectora de los derechos humanos la inaplicación de una norma contraria a la Constitución que el agotamiento de medios de defensa para proteger ese derecho humano?, ¿acaso no brinda mayor seguridad jurídica la inaplicación de una norma contraria a la Constitución que la aplicación de una norma irregular?

Cuestionamientos los anteriores que, sin duda, constituyen un nuevo punto de partida en el estudio del control difuso de la constitucionalidad por parte de las autoridades administrativas, en sede administrativa.

C. Un caso concreto

En el ámbito de su competencia, la autoridad administrativa constantemente emite actos que afectan la esfera jurídica de los gobernados y la imposibilidad de inaplicar en ellos alguna norma inconstitucional, vulnera derechos humanos en una forma más cotidiana de lo que se puede pensar.

En este apartado me permito exponer un caso concreto que evidencia tal violación y cuyos antecedentes son:

Ante el fallecimiento de su esposa, el viudo solicitó al Instituto Mexicano del Seguro Social el otorgamiento de una pensión por viudez.

En respuesta a lo pedido, el mencionado Instituto de Seguridad Social indicó que no era posible otorgar el beneficio pensionario en razón de que el solicitante no cumplía con lo establecido en la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, dado que no acreditaba la dependencia económica en relación con su fallecida esposa.

Ante el desacuerdo con tal determinación, el viudo interpuso recurso de inconformidad ante el Consejo Consultivo Delegacional, dado que el requisito a que se refirió la autoridad administrativa no podía serle exigido, como precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo sostuvo al declarar la inconstitucionalidad del precepto que lo preveía.³⁹

³⁹ Tesis 2a. VI/2009 de rubro *PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN* y la tesis 2a. VII/2009 de rubro *PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXIX, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.*

Medio de defensa el anterior que fue resuelto confirmando la resolución impugnada, sirviendo para ello, en lo que aquí importa, el siguiente argumento:

Aunado a lo anterior, el artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previsto en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Por último, las jurisprudencias en cita no aplican para este H. Consejo,⁴⁰ dado que el mismo no es un

⁴⁰ La no obligatoriedad de la jurisprudencia para las autoridades administrativas es un tópico que no abordaremos en este estudio; no obstante será retomado en diverso análisis, pues sin duda constituye un obstáculo al ejercicio del control de constitucionalidad por parte de las autoridades administrativas.

órgano jurisdiccional, tribunal o juzgado, puesto que la obligación de las autoridades administrativas de fundar y motivar sus actos consiste en citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, así como en expresar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto y la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables y no, en citar también la jurisprudencia respectiva, esto es, la obligación de fundar los actos en la ley, no implica hacerlo en la forma en que haya sido interpretada por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación, dado que la jurisprudencia tiene notables diferencias con la ley y no puede ser equiparable a ésta, principalmente porque la jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales y la ley del órgano legislativo, es decir, la jurisprudencia no es una norma general y sólo se aplica a casos particulares, conforme al principio de relatividad de las sentencias que rige al juicio de garantías, por lo que en términos del artículo 217 de la Ley de Amparo, establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales, de ahí que no se toman en cuenta para el asunto que no ocupa, que versa sobre la legalidad y aplicación estricta de ese principio.

Como se observa, en el caso expuesto, la autoridad administrativa literalmente transcribió el contenido de la tesis 2ª.CIV/2014, trasgrediendo con ello los derechos humanos previstos en nuestra Constitución, pues la única manera en que la autoridad administrativa pudo observar la vigencia del derecho humano a la seguridad social del gobernado, –en la emisión del acto administrativo o en la resolución del medio recursivo– era a través de la

inaplicación de la porción normativa que exige el requisito de dependencia económica ya declarado inconstitucional por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La actuación de la autoridad administrativa es determinante en el cumplimiento y mantenimiento del control de la regularidad constitucional. De ahí que el control difuso no sea ni pueda ser una labor reservada únicamente a la función jurisdiccional, ya que esto resta eficacia a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos a que se refiere nuestra Constitución. Por el contrario, el ejercicio de tales controles de regularidad es una obligación común para todas las autoridades, como lo dispone el artículo 1º de nuestra Constitución.

IV. Conclusiones

Primera. Ha sido la interpretación jurisprudencial al artículo 133 de nuestra Constitución la que ha establecido el modelo de control constitucional en nuestro país.

Segunda. En el ámbito de su competencia, todas las autoridades, incluidas las administrativas, tienen la obligación de ajustar sus actos a la Constitución y a los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte.

Tercera. Actualmente el Poder Judicial de la Federación reconoce como modelo de control constitucional y convencional el concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control y el difuso por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes. El resto de las autoridades, como lo es la administrativa, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr

su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Cuarta. El control constitucional y convencional por parte de las autoridades administrativas sustentado únicamente en una interpretación más favorable a las personas sin la posibilidad de inaplicar la norma, cuando no sea posible una interpretación conforme, no garantiza la vigencia⁴¹ de los derechos humanos.

Quinta. La inaplicación de una norma inconstitucional debe permitirse a la administrativa en el ámbito de su competencia.

V. Bibliografía

- Calamandrei, Piero: *Sin legalidad no hay libertad*. Editorial Trota, Italia, 2016.
- *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, quinta edición, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, 2000, t. XII.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad; el nuevo paradigma para el juez mexicano*. Dentro de Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*. Editorial Porrúa, México, 2014.
- Fix-Zamudio, Héctor: “Reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *El juicio de amparo. A 160 años de la*

⁴¹ Entiéndase la vigencia como la promoción, el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos.

primera sentencia. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, t. I.

- Fraga, Gabino: *¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?* Transcripción del proyecto de sentencia redactado en el juicio de amparo en revisión 4072-1941/2ª, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Gudiño Pelayo, José de Jesús: *Lo confuso del control difuso*. Disponible en www.scjn.gob.mx
- Rabasa, Oscar: *El derecho anglo-americano*, segunda edición. Editorial Porrúa, México, 1982.
- Del Rosario Rodríguez, Marcos: “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 33, julio-diciembre 2015, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Sagües, Néstor Pedro: *La interpretación judicial de la Constitución*. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Tena Ramírez, Felipe: *Derecho constitucional mexicano*, trigésima segunda edición. Editorial Porrúa, 1998.
- Zarco, Francisco: *Historia del congreso extraordinario constituyente (1856-1857)*. El Colegio de México, México, 1956, Fondo de Cultura Económica. Disponible en www.cervantesvirtual.com

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en www.diputados.gob.mx
- Diario Oficial de la Federación de 4 de octubre de 2011.

- Resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Disponible en <http://www.bjdh.org.mx>
- Semanario Judicial de la Federación. Disponible en www.scjn.gob.mx

PRESENCIA DE LA
COMUNIDAD JURÍDICA

La enseñanza de la ética jurídica en el doctorado como factor de cambio en el derecho

*Raúl Miguel Arriaga Escobedo**

RESUMEN: La formación de los licenciados en derecho o abogados requiere, necesariamente, una enseñanza integral, pues no basta con aprender los lineamientos técnicos que permitan *defender, patrocinar o apoyar*, o bien, *asesorar, resolver o sentenciar*, sino que la amplia gama de actividades que se presentan en la práctica profesional implica el conocimiento de normas no jurídicas. Desde nuestra perspectiva es indispensable que cuenten con una formación filosófica, en donde destaca la ética, de ahí que este trabajo aborde la enseñanza de esa disciplina en el doctorado, como última posibilidad académica para provocar el cambio que requiere una sociedad dinámica, a través de las determinaciones personales, considerando al derecho como un factor de cambio y no como obstáculo.

SUMARIO: I. La relación de la ética y el derecho. II. La enseñanza de la ética jurídica. III. La ética jurídica en el posgrado. IV. La enseñanza de la ética jurídica en el doctorado como factor de cambio en el derecho. Bibliografía.

* Abogado postulante.

I. La relación de la ética y el derecho

Cuando se trata de explicar y explicarse la conjunción de la ética y el derecho, en relación con la dualidad formada por alumnos y docentes, parece que nos alejamos del mundo del derecho, entendiéndolo sólo desde el punto de vista del positivismo, porque tendríamos que referirnos únicamente a los postulados de la norma, dejando de lado cuestiones de orden moral y ético; sin embargo, consideramos que tales binomios son parte importante en el desarrollo del sistema jurídico mexicano.

En efecto, no podemos soslayar la íntima relación que existe entre ambas disciplinas, en virtud de que forman parte de las actividades del ser humano.

Para Sergio García Ramírez, *la relación entre ética y derecho constituye un antiguo y animado tema de filósofos y juristas; pero también de políticos y educadores. Se trata de un asunto constante y relevante que, contribuye a desentrañar el sentido histórico y actual de un sistema jurídico, y suele concurrir en su desarrollo. A menudo, la reforma del derecho corresponde a una modificación en las convicciones éticas y prevalecientes; entonces el proceso legislativo sirve como cauce –o así se entiende y se dice– a un progreso moral: sea que lo recoja, sea que lo propicie.*¹

La manera en que se conforma un sistema normativo nos indica la presencia de un universo de cuestiones éticas, por lo que atendiendo únicamente a nuestra realidad debemos analizar otro binomio que tiene que ver con lo expuesto, es decir, tenemos que revisar los significados de los términos corrupción e impunidad, que implican, desde luego, un tránsito de la ética al derecho, así como las consecuencias de los actos del ser humano.

¹ García Ramírez, S. (coord.): *Los valores...* cit., p. VII.

Pensar en la corrupción indica una actividad, un hacer, una omisión o ambas que no se encuentran permitidas o que no son lícitas, y que por tanto deberán ser sancionadas; empero, cuando tales conductas son toleradas o permitidas estaremos frente a la impunidad.

Considerando al derecho como factor de cambio social nos permite aseverar que tal cambio debe iniciarse desde la raíz, desde la enseñanza básica, pues únicamente de esta manera podrá darse dirección al cambio en beneficio de la comunidad, de manera que permita romper con mitos y estereotipos que impiden el desarrollo correcto de los futuros ciudadanos, lo que significa en palabras de Reyes Heróles, *la educación en nuestro país o es social o deja de ser educación*,² de ahí que, al precisar el objeto de nuestra postura tendremos que ahondar en la enseñanza de la ética y, especialmente, de la ética jurídica.

II. La enseñanza de la ética jurídica

El estudio de la ética empieza, desde el punto de vista educativo, en el bachillerato como base para el desarrollo no sólo personal sino profesional y atenderá a las diversas ramas del conocimiento, para materializarse en las cuestiones prácticas y cotidianas, de modo que ninguna actividad que lleve a cabo el hombre se encuentra exenta de, al menos, un ápice ético.

En la licenciatura, la impartición de la ética, bajo las denominaciones deontología y ética jurídica, no siempre cumple su objetivo, en ocasiones por la falta de interés de los alumnos o por la preparación deficiente de los docentes, pero constituye una asignatura que debe ser aprobada, necesariamente, para culminar los estudios

² Reyes Heróles, J.: *En la conmemoración...* cit., p. 62.

de licenciatura, no importando el aprovechamiento o su asimilación, dependiendo de los intereses o cualidades de cada educando.

En este contexto, no debe dejarse de lado la forma en que se aborda el proceso enseñanza-aprendizaje de la ética jurídica, el que obedece al tipo de institución educativa, de acuerdo con sus fines y el perfil de sus estudiantes, cuestión que implica ya una diversidad con la que debemos coexistir, ya que no sería válido en este mundo globalizado, pretender una sola manera de transitar por dicho proceso, teniendo como resultado final un fenómeno social visto desde distintas aristas.

Aquí conviene detenerse para atender por un lado, al alumno y, por otra parte, al docente. Cuando Carbonell habla de la enseñanza ética, refiere que:

...cada estudiante tiene sus razones para haber elegido una profesión como la de abogado. Pero la enseñanza que recibe durante la carrera debe hacerle ver que en toda cuestión jurídica hay también una previa decisión de carácter ético y además debe ser capaz de indicarle algunas coordenadas mínimas a partir de las cuales puede tomar decisiones éticamente que seguramente le esperarán en su futuro como profesional del derecho.³

Estamos en un punto toral del binomio enseñanza-aprendizaje de la ética jurídica. ¿De dónde surge el poco interés por enseñar la ética jurídica? Tal vez por la misma razón de los nuevos alumnos, por la carencia de pensamiento abstracto y crítico o por la dificultad para pensar. Seguramente existen diversas razones y, todas serán respetables, pero ello no resuelve el problema. O quizá porque el docente se vio orillado a su impartición

³ Carbonell, M.: *La enseñanza...* cit., p. 93.

como medio de subsistencia ante la carencia de un empleo mejor remunerado o tal vez porque, no obstante que no sea de su agrado, se encuentra en espera de mejores oportunidades laborales.

Por otro lado, desde la perspectiva del alumno, el aprendizaje de la ética jurídica, posee una desventaja respecto a las materias de carácter procesal, así como de las llamadas tradicionales o propias de todos los abogados, es decir, derecho penal, civil y laboral, considerando el ámbito de los futuros postulantes o, bien, el denominado derecho corporativo, que abarca al derecho fiscal y al administrativo.

Entre ambos existe un nexo causal que se materializa en la responsabilidad del docente y del alumno, lo cual no resta importancia a la institución en la que se estudie, pues ésta atiende a sus fines específicos e incidirá en el perfil de sus egresados.

III. La ética jurídica en el posgrado

A. En la maestría

Si la idea del nuevo licenciado en derecho apunta a la continuación de los estudios, se incorporará al siguiente nivel, es decir, a la maestría, en donde encontrará una disyuntiva: a) reafirmar los conocimientos de la materia; o, b) empezar a considerarlo parte de su actuar profesional cotidiano, de modo que atenderá a lo bueno o lo malo, lo correcto o lo incorrecto, nuevamente desde su perspectiva, esto es, dependiendo de la naturaleza propia de su ser y su entorno.

En el primer caso, su quehacer se manifestará no sólo en su vida personal sino en el ámbito profesional, con las consecuencias propias de tal determinación que corresponde únicamente a su visión del mundo; en el segundo caso, encontrará la posibilidad de atender a los

valores y principios inherentes a la ética jurídica y, de igual manera, el impacto se reflejará en su cotidianidad personal y profesional, pero ¿qué sucederá si desdén el estudio de la materia por considerarla únicamente como parte del programa de estudios que le posibilitará un ascenso social, una mejora laboral o, simplemente *ser maestro*?

De cualquier manera estamos en presencia de un binomio en el que, atendiendo en primer término al derecho, encontraremos diversas normas con un contenido ético en diferentes materias, como en el ámbito laboral, al hablar de las faltas de probidad como causa de rescisión de la relación laboral, o bien en materia civil, al referirse al daño moral, o al momento de dictarse una sentencia penal, en donde se debe individualizar la pena, es decir que en estos casos si bien prevalecen las normas jurídicas conllevan un aspecto ético.

B. En el doctorado

En cuanto a los estudios del doctorado, partiendo de la idea que los estudios de posgrado se sustentan en tres grandes columnas formadas por: 1) la profundidad en el conocimiento; 2) la investigación; y, 3) la docencia, debemos referirnos a cada una de ellas, de acuerdo con las siguientes interrogantes y los intereses de cada alumno.

1. La profundidad en el conocimiento

Ahondar en el conocimiento podría pensarse, en esta etapa, como algo innecesario, considerando que su experiencia profesional o su estatus laboral supone la dedicación a otras actividades de mayor envergadura.

En estas condiciones, considerando la entrada en vigor del sistema de justicia nacional, es necesario cuestionar y reflexionar respecto al conocimiento de la

nueva normativa que rige la procuración de justicia y la aplicación del derecho.

El nuevo paradigma puede verse desde dos aspectos: 1) como un novedoso sistema que alcanzará la justicia y resolverá las controversias en menor tiempo y con mejores condiciones para la población, con menos costos para el erario; o, 2) como un sistema ajeno a nuestra idiosincrasia, que ni es novedoso ni resultará benéfico.

Estas posturas se han debatido. Existen argumentos que permiten apoyar una u otra. Por ejemplo, en opinión de Carbonell, el nuevo sistema *en la experiencia comparada ha probado ser más efectivo para proteger los derechos fundamentales de víctimas y acusados*⁴ y expone los mitos y realidades que, en su opinión, existen sobre los juicios orales, destacando que no son imitación del sistema norteamericano/anglosajón; que no van en contra de nuestra propia cultura ni tradición jurídica; que no son parte de una política pública de derecha; que no es cierto que el éxito dependerá del orador sino de quien tenga la razón jurídica; que implican menos costos para el Estado; que no colapsarán el sistema; que no sólo sirven para casos menores y que no son una panacea⁵ y por otra parte, Zamora Pierce, señala, esencialmente, que *hasta ahora no existen hechos ni señales claras de la opinión pública sobre una concepción de la reforma como verdadera necesidad de cambio, fuera del discurso político*.⁶ En consecuencia, el interés por la ética jurídica parece diluirse.

⁴ Carbonell, M. y Ochoa, E.: *¿Qué son... cit.*, p. 11.

⁵ *Ibidem*, pp. 161-168.

⁶ Zamora Pierce, J.: *Juicio oral... cit.*, p. 11.

2. La investigación

La creación de normas, procedimientos o sistemas jurídicos no puede dejarse únicamente a los legisladores, ya que su tarea no es sólo de carácter jurídico sino social y político, de ahí que sea necesaria la opinión de quienes tienen por objeto de estudio la realidad cotidiana al amparo de las normas legales, es decir que la investigación supone una tarea de conocimiento y reflexión en un contexto mayor que debe llevar a cambiar para mejorar, de acuerdo con el quehacer actual del hombre y con una perspectiva a mediano y largo plazo, pero ¿a los estudiantes del doctorado les interesa investigar? ¿existen condiciones económicas para dedicarse a esta labor? ¿las actividades cotidianas de los abogados, desde la judicatura, la postulancia o la academia permiten llevar a cabo esta labor?

Una respuesta inmediata nos llevará a señalar que un abogado postulante desde luego que investiga al tener un nuevo asunto, que el mismo asunto no tendrá un tratamiento novedoso desde la óptica jurisdiccional, dado que, atendiendo a la competencia y especialidad, será un asunto no novedoso y desde la mirada académica –si el docente se dedica únicamente a esta labor– no podrá ser abordado desde nuevas perspectivas debido a la falta de práctica profesional y, en muchas ocasiones, a la carencia de tiempo para ahondar en el mismo.

Este breve ejemplo nos indica una cuestión común: falta de tiempo, lo cual es de vital importancia, pero estamos dejando de observar dos aspectos relevantes: 1) la preparación para investigar; y, 2) el gusto por hacerlo.

En este contexto, podemos señalar que el estudiante del doctorado no siempre cuenta con los requisitos

anteriores, además que las causas por las que incursiona en esta actividad son diversas y no necesariamente la de investigar, entonces, podríamos indicar que la profundidad en el conocimiento no siempre se lleva a cabo y, como consecuencia, el estudio de la ética jurídica pasa a un segundo plano.

3. La docencia

En cuanto al tercero de los pilares que sustentan los estudios de posgrado, consideramos pertinente, referir a manera de ejemplo, las finalidades de dos instituciones que imparten dichos estudios. Por un lado, la de una institución pública especializada en materia penal, el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), en donde el *propósito es habilitar para el manejo creativo el método científico, dirigido al desarrollo de la investigación y la docencia, así como a proponer políticas públicas relevantes en materia de seguridad pública y justicia penal*,⁷ por lo que hace a una institución privada como el Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico (INADEJ) tiene como *...principal objetivo, la formación de investigadores de calidad y alto rendimiento en las principales disciplinas filosóficas y jurídicas que ocupan el centro de la discusión científica en el estado constitucional moderno; así mismo, el profesional discernirá, planeará y estructurará sobre la metodología y la enseñanza del derecho, desempeñando una labor docente de excelencia apegada a las nuevas técnicas de la didáctica*.⁸

Concluyendo en esta vertiente, es necesario cuestionar: ¿es importante la ética jurídica? ¿resulta pertinente incursionar en los estudios de posgrado? ¿qué papel tiene la ética jurídica?

⁷ <http://www.inacipe.gob.mx/posgrado/posgrado.php>

⁸ <http://inadej.edu.mx/courses/doctorado-en-derecho->

IV. La enseñanza de la ética jurídica en el doctorado como factor de cambio en el derecho

La aplicación de la ética jurídica a través del proceso educativo, tanto en la profundidad del conocimiento como en la investigación y la docencia, reclama un perfil ético que, sin duda, incidirá en una mejoría próxima personal y un beneficio colectivo, de ahí que la enseñanza de esta disciplina sea el motor de cambio que exige la dinámica jurídica, pues al investigar se obtendrán nuevos conocimientos, nuevas posturas que traerán como consecuencia nuevas normas jurídicas que habrán de servir para producir derecho y, finalmente, su transmisión y difusión, no solamente mediante la docencia sino en el quehacer cotidiano de cada alumno del doctorado.

En ese sentido, Novoa Monreal, señala que:

El derecho constituye obstáculo al cambio social no solo por el contenido de sus teorías y de sus reglas, sino también por la forma en que a éstas se da aplicación práctica, y añade que el beneficio social de su aplicación dependerá casi exclusivamente de que sean puestas en vigor de manera congruente con los intereses generales, entonces la forma en que las normas jurídicas se aplican dependen de la interpretación que de ellas hagan los encargados de declarar su sentido y de imponerlas en la práctica como reglas obligatorias de conducta.⁹

En la carrera del derecho con la realidad social hemos encontrado, en muchas ocasiones, que el derecho ha sido rezagado, que la realidad lo ha superado, provocando la creación de nuevas normas jurídicas de conducta; asimismo, encontramos que, también en ocasiones, el legislador ha ido más allá de la labor de

corrección social de emergencia y ha creado normas para el presente y para el futuro; sin embargo, considerando que la dinámica social implica la existencia y atención de fenómenos sociales y políticos con los que el derecho debe coexistir, es evidente que se debe tratar de conciliar los fenómenos aludidos, sin olvidar que el sistema normativo no siempre atiende a los intereses colectivos, que los factores reales de poder no dejarán éste, de ahí que la ética jurídica puede convertirse –a diferencia de la opinión de Novoa Monreal– en un factor de cambio y no de obstáculo para que el sistema normativo sea más equitativo y menos injusto, provocando la participación del legislador con un sentido amplio y, por tanto, con un beneficio colectivo, es decir que la formación de doctores en derecho, con un perfil ético, será el eje que permita tal cambio.

Señala Novoa Monreal la importancia de la aplicación de las normas, cuestión que desde nuestro punto de vista se llevará a cabo en el momento que los legisladores posean conocimientos jurídicos equivalentes a los del doctorado, pues desde esa función estarán en aptitud de crear normas congruentes y con contenido social real, de modo que la aplicación que corresponde a los juzgadores –que también deberán contar con estudios de doctorado– tendrá como consecuencia esa aplicación con sentido ético.

Entonces el derecho no será un obstáculo para el cambio social. La aplicación de las normas jurídicas con un sentido ético tendrá un alto valor, máxime que al armonizar con la nueva reforma constitucional del mes de junio de 2011, permite al juzgador la interpretación constitucional.

En este sentido es importante la labor de los docentes en general y, particularmente, los docentes formados en

⁹ Cfr. Novoa Monreal, E.: *El derecho...* cit., p. 219.

la concepción ética, razón por la que estimamos necesaria la impartición de la ética jurídica como motor para el cambio social.

No se trata de una postura romántica. Bien sabemos que no siempre el buen abogado es un buen profesor. No existe una regla que así lo indique, ni pasos a seguir para serlo. La desventaja de los abogados radica en la carencia de métodos propios para la enseñanza, por ello sostenemos que la docencia y el derecho son una combinación que teniendo bien definidos los campos de acción puede fructificar en beneficio del educando pero ¿cómo se aprende a enseñar? y ¿cómo se aprende a enseñar el derecho?

El derecho no es un ente etéreo que se encuentra alejado de la mayoría de los seres humanos, por el contrario, el derecho y su ejercicio, se practica todos los días en innumerables actos que tienen que ver con las normas, de manera que no es algo ajeno, más bien lo han hecho parecer lejano a las grandes masas y se le ha dado una aureola que se encuentra distante de la realidad, por eso el primer paso consiste en conocer el derecho, conocer las normas fundamentales para que se pueda manejar de manera cotidiana y, en segundo lugar, su transmisión debe ser sencilla permitiendo que la comprensión forme parte de ese proceso y pueda el educando hacerlo parte de su reflexión, de su razonamiento, en fin, de su vida cotidiana.

Desde luego, que estas simples premisas son únicamente el principio para iniciar la tarea docente, pues un importante papel consiste en la preparación y la experiencia. La primera como base fundamental de la comprensión y transmisión y la segunda como aplicación de las normas jurídicas; sin embargo, surgen muchas interrogantes, ya que no siempre el docente tiene experiencia en la materia que le asignan o ésta no

forma parte de sus preferencias, entonces, estamos ante la primera irresponsabilidad del docente: no se puede enseñar algo que no agrada, como no se puede transmitir el conocimiento que no se tiene.

¿Cómo se prepara el docente del derecho? Sin que existan fórmulas probadas, creemos que la intención se vuelve deseo y el deseo se transforma en pasión para dar paso a la vocación, pues sin que sea otro afán romántico, no se puede enseñar sin vocación y sin pasión, a pesar de la mala retribución que impera en el ámbito académico.

En estas condiciones, conjugando los significados de la preparación doctrinaria, la experiencia profesional y, sobre todo, la calidad personal, estaremos ante el umbral que nos llevará al desempeño de una labor satisfactoria para el docente, de ahí que el círculo habrá de cerrarse con la participación del educando, el que necesita los elementos mínimos para aprender y ser evaluado. Si logramos la motivación de éste, combinada con sus aspiraciones personales en el deseo de mejorar su situación personal y profesional, tendremos la materia prima para iniciar el proceso enseñanza-aprendizaje en esa columna vertebral denominada ética jurídica.

Por ello, consideramos atinada la opinión de Carbonell, al señalar que el trabajo de un abogado tiene importancia para la vida de las personas, por ello *se requiere una honestidad a carta cabal, que impida que el abogado se aproveche de las necesidades o debilidades de sus clientes. La ética profesional es indispensable en el ejercicio de la profesión jurídica.*¹⁰

En este contexto, es oportuno referir el pensamiento de Euquerio Guerrero, que no por antiguo pierde vigencia, al expresar que:

¹⁰ Carbonell, M.: *Cartas a...* cit., p. 17.

*los jóvenes a veces no piensan que su juventud es transitoria y que en unos cuantos años ya serán adultos y después ancianos. El placer material vivamente anhelado es efímero en los años juveniles y a veces deja resabios amargos. Cuando pasa la vida y se contempla el pasado, los goces materiales caen como piedrecillas que se lanzaron al vacío, en tanto que los valores del espíritu se van engrandeciendo y dan a la conciencia la mejor de las satisfacciones.*¹¹

De acuerdo con lo anterior, la disyuntiva será esperar a que pase el tiempo e identificarnos con el pensamiento de Euquerio Guerrero o bien, impulsar el estudio de la ética jurídica desde la licenciatura y de manera especial, en el doctorado como motor del cambio social y no el derecho como obstáculo al cambio social.

Bibliografía

- Carbonell, Miguel: *Cartas a un profesor de derecho*. Porrúa, primera reimpresión, México, 2015.
- _____: *La enseñanza del derecho*. Porrúa, primera reimpresión, México, 2011.
- Carbonell, Miguel y Ochoa, Enrique: *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* Porrúa, México, 2011.
- García Ramírez, Sergio (Coord.): *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*. México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1997.
- Guerrero L, Euquerio: *Algunas consideraciones de ética profesional para los abogados*. Porrúa, México, 1979.

- Novoa Monreal, Eduardo: *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo XXI editores, décima edición, México, 1991.
- Reyes Heróles, Jesús: *En la conmemoración del día del Maestro, 15 de mayo de 1983. Educar para construir una mejor sociedad*, t. I. CONAFE, México, 1985.
- Zamora Pierce, Jesús: *Juicio oral, utopía y realidad*. Porrúa, México, 2011.

Otras fuentes

- <http://www.inacipe.gob.mx/posgrado/posgrado.php>
- <http://inadej.edu.mx/courses/doctorado-en-derecho->

¹¹ Guerrero, E.: *Algunas...* cit., pp. 13-14.

Actividades de capacitación

En enero de 2017 dio inicio el *Programa de especialización para el sistema integral de justicia penal para adolescentes*, en la Sede Central del Instituto de la Judicatura Federal, en el que participaron 50 Defensores Públicos Federales provenientes de todas las Delegaciones del Instituto Federal de Defensoría Pública.

El 13 de febrero iniciaron las *Especializaciones en defensa penal y asesoría jurídica*, ciclo escolar 2017, las cuales cuentan con 57 alumnos en la primera materia y 51 en la segunda.

También en el mes de febrero, el reconocido jurista mexicano Rodolfo Félix Cárdenas impartió la conferencia *El descubrimiento probatorio en el nuevo sistema de justicia penal*. El evento se llevó a cabo en la sede central del Instituto y estuvieron presentes Defensores Públicos Federales y personal jurídico del propio Instituto.

En otra actividad, el Instituto participó en el *Programa de conversatorios en temas de justicia que involucran a personas indígenas*, llevado a cabo en la Casa de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pachuca, Hidalgo.

Por invitación de la Unidad General de Igualdad de Género, en la ciudad de Toluca, Estado de México, diez Defensores Públicos Federales acudieron a la *Reunión encaminada a abordar la violencia de género en México*.

El Instituto de la Judicatura Federal organizó el *Taller de migración, defensa penal y género*, llevado a cabo del 5 al 7 de abril. En dicho taller participaron diversos defensores públicos y asesores jurídicos provenientes de todas las Delegaciones de este Instituto.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General
Maestro Mario Alberto Torres López

Junta Directiva

Ministro en retiro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Doctora Mónica González Contró
Doctor Héctor Arturo Hermoso Larragoiti
Doctor Alfonso Tirso Muñoz de Cote Otero
Maestro Gonzalo Moctezuma Barragán
Maestro Miguel Pérez López

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Jorge Rivero Ortiz
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciada Susana Paczka Carmona
Unidad de Supervisión y Control de Defensa
Penal y Asesoría Jurídica

C.P. Silvia Madrigal Bueno
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen
estuvieron a cargo de la Dirección
General de Comunicación Social del
Consejo de la Judicatura Federal.*