



INSTITUTO  
FEDERAL DE  
DEFENSORÍA  
PÚBLICA

# Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 13/JUNIO 2012

ISSN 1870-7610



INSTITUTO  
FEDERAL DE  
DEFENSORÍA  
PÚBLICA



## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

**Director**  
Alejandro Roldán Velázquez

**Coordinadores**  
Alejandro Roldán Velázquez  
Jorge Robledo Ramírez  
Miriam Falcón Ugalde  
Gabriela Gómez Alcántara  
Roxana Ponce González

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

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública  
Número 13, junio de 2012  
Publicación semestral, editada y distribuida por el Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal. Bucareli, Nos. 22 y 24, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06040, México, D.F., tel: 55-18-53-91 y 55-18-53-90, fax 55-18-55-62.

Editor responsable: Alejandro Roldán Velázquez

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública  
ISSN 1870-7610

Tiraje 1,200 ejemplares  
Distribución gratuita.



## Índice

Página	
Presentación .....	5
<i>Magistrado Miguel Ángel Aguilar López</i>	
<i>Magistrado Miguel Ángel Velarde Ramírez</i>	
<i>Juez de Distrito Rafael R. Cruz Ovalle</i>	
La figura de la defensa a la luz del sistema acusatorio penal de Colombia. ....	17
<i>Maestro Óscar Enrique Castillo Flores</i>	
<i>Doctor Raúl Rodríguez Vidal</i>	
Los retos del juicio en línea en materia fiscal y el asesor jurídico federal. ....	67
<i>Magistrado Juan Carlos Cruz Razo</i>	
Políticas públicas judiciales para el Poder Judicial de la Federación. ....	101



---

<i>Licenciado Porfirio Díaz Oropeza</i> El principio de publicidad en el proceso penal acusatorio mexicano. ....	137
<i>Maestro Humberto Carlos Garduño García</i> La incompatibilidad del artículo 19 de la Constitución Federal, que establece la prisión preventiva oficiosa, con la Convención Americana de Derechos Humanos. ....	157
<i>Maestro Genaro González Licea</i> El fuero de guerra mexicano. Reflexiones sobre sus límites y perspectivas. ....	219
<i>Magistrado José Alejandro Luna Ramos</i> Garantismo judicial electoral a través del control de convencionalidad: El caso Cherán. ....	253
<i>Licenciado Iwan Alberto Mendoza Calderón</i> Consideraciones y principios de la Cadena de Custodia-Cadena de Evidencia. ....	293
<i>Magistrado Jorge Ojeda Velázquez</i> El nuevo contenido del artículo 20 constitucional. (Tercera parte). ....	323
<i>Licenciado Carlos Requena</i> Derecho Penal y analogía. ....	343
<i>Licenciado Antonio Santamaría Bravo</i> Breve crítica al argumento emotivista kelseniano de la justicia. ....	371
Actividades de capacitación. ....	415
Boletín bibliográfico. ....	421

## P r e s e n t a c i ó n

Este número 13 de la Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública es especial, tal y como se precisó en la convocatoria correspondiente, porque se preparó conjuntamente con la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. El acuerdo de preparar conjuntamente este número de la revista fue gracias al acercamiento que tuve con la Barra, por iniciativa y buena disposición del licenciado José Luis Nassar Daw, Presidente de la Comisión de Derecho Penal de la Barra. Ese acercamiento, además, trajo consigo una amable invitación que el licenciado Nassar Daw me hizo para intercambiar puntos de vista con los integrantes de dicha Comisión el día 28 de febrero, en la cual les expuse los esfuerzos hechos, durante mi gestión en el Instituto, para preparar a los defensores públicos y a los asesores jurídicos especializados en víctimas del delito de secuestro en el sistema acusatorio y oral.

También es especial este número porque integra artículos realmente interesantes. Algunos de ellos abordan temas que han sido tratados con cierta regularidad, como los referentes al sistema de justicia penal antes mencionado, sin que lo anterior implique ningún inconveniente, sino más bien lo contrario. En efecto, la variedad de enfoques con que se ha analizado ese importante cambio constitucional parece inagotable, ya que, como apuntaré enseguida, los autores en esos temas continúan ofreciendo trabajos verdaderamente



inéditos y valiosos. Otros trabajos tratan lo relativo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos igualmente con bastante originalidad. Un tercer bloque, que puede distinguirse del contenido de esta revista, es el que se conforma con artículos ajenos a los temas mencionados.

Y volviendo a las razones por las que este número de la revista es especial, me interesa resaltar que este calificativo, asimismo, obedece a que los Magistrados Juan Carlos Cruz Razo y Alejandro Luna Ramos –que son, respectivamente, Consejero de la Judicatura Federal y Presidente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación– aportan artículos bastante interesantes. Recibir trabajos de los Magistrados implica, para la revista, una importante distinción, ya que, además de ser servidores públicos ejemplares, muestran con sus correspondientes trabajos que, a pesar de sus ocupaciones y responsabilidades, dedican tiempo a escribir sobre temas jurídicos relevantes.

Dentro de los artículos referentes a la reforma constitucional del sistema penal, se encuentra el escrito por los Magistrados Miguel Ángel Aguilar López, Rafael R. Cruz Ovalle y, el Juez de Distrito, Miguel Ángel Velarde Ramírez, que exponen, con claridad y de manera concisa, la estructura y las características del sistema de defensa pública en Colombia. Esta obra, advierto a los lectores, es, a mi juicio, de obligada lectura para quienes deseen valorar cuánto le falta a nuestro país para contar con una defensoría pública que pueda responder fielmente a los requerimientos del sistema acusatorio y oral. Además, lo narrado por los Magistrados ayuda a entender la relación entre la defensa técnica y el principio de debido proceso, que parecen constituir aquí, en México, nuevos conceptos a los que hay que acercarse para conocerlos y

llegar a dominarlos. Este trabajo es una buena muestra de que el sistema acusatorio y oral no sólo va imponer otra cultura a quienes procuren e imparten justicia penal, sino que exigirá importantes cambios estructurales en, por ejemplo, el Instituto Federal de Defensoría Pública.

La tercera parte del artículo *El nuevo contenido del artículo 20 constitucional*, cuya autoría corresponde al Magistrado Jorge Ojeda Velázquez, también integra este número especial. Esta tercera parte es realmente interesante, ya que, con mucho acierto, el Magistrado, al tratar la regulación de la reparación del daño en ese precepto, explica cómo se configura esta pena pública (*daño emergente y lucro cesante*), conforme a los criterios vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto indudablemente viene a dar luz acerca de lo que es exigible a favor de la víctima y el ofendido del delito. Son igualmente acertadas las jurisprudencias que el Magistrado cita en su trabajo y, más aún, el voto particular que emitió, pues pone de manifiesto, entre otros aspectos, hasta qué punto y en qué supuestos puede exigirse al tribunal de apelación que se pronuncie sobre el pago de la reparación.

El licenciado Porfirio Díaz Oropeza, servidor público del Instituto, aborda el tema del principio de publicidad que, conforme al artículo 20 constitucional, es inherente al sistema acusatorio y oral. La reflexión del licenciado Díaz Oropeza respecto a ese principio parte de enunciar algunos antecedentes históricos en los que su vigencia era explicable por la gran significación que tuvo, en la manera de ejercer el poder punitivo, exponer al autor del delito frente a los demás. Adicionalmente, la línea del discurso del licenciado Díaz Oropeza conduce finalmente a preguntarse si la sociedad mexicana está realmente preparada para entender su significación



netamente procesal y, así, poder valorar su importancia. Definitivamente, creo que el estudio realizado por el licenciado Díaz Oropeza merece una lectura cuidadosa, pues pone en debate si realmente es útil y tiene sentido dar publicidad a los actos procesales.

Otro artículo que merece leerse es el escrito por Iwan Alberto Mendoza Campos, oficial administrativo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en Cuernavaca, Morelos. Este funcionario judicial, con acierto, desarrolla un tema, con base esencialmente en precedentes del Derecho norteamericano y jurisprudencias del de Puerto Rico, novedoso en nuestro sistema jurídico: la cadena de custodia. Es destacable en este trabajo, cómo el autor lleva a que se valore el alcance de esta figura en aquellos órdenes jurídicos, en comparación con el nuestro; igualmente, trascendente es reflexionar acerca del escaso trabajo normativo que tiene la cadena custodia en nuestro país y lo importante que resulta que los legisladores trabajen sobre ella. Estimo, tras leer con atención el artículo de Mendoza Campos, que el cambio del régimen penal que, desde el 2008, se está viviendo en el sistema jurídico mexicano debe conducir a que los legisladores regulen puntualmente todos los instrumentos y mecanismos importados de otros países –como la cadena de custodia– para asegurar el adecuado funcionamiento del nuevo proceso acusatorio y oral. También, y con esto concluyo, la falta de análisis de esos instrumentos, cómo la cadena de custodia, pone de relieve que nuestro Derecho se encuentra todavía distante de ofrecer algunas garantías (inmersas en la materia probatoria) que en otras latitudes hace tiempo que están vigentes y, lo más importante, que se respetan.

En cuanto a los trabajos que están relacionados con la reforma constitucional de derechos humanos, se encuentra el del Magistrado Alejandro Luna Ramos, Presidente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Alejandro Luna Ramos distingue al Instituto Federal de Defensoría Pública al contribuir con un excelente trabajo. Además, muestra que, no obstante la inimaginable cantidad de asuntos que ocupan su atención en virtud de su alto cargo, es un excelente expositor al regalarnos un artículo que evidencia –entre otros aspectos– el fino trabajo jurídico que desarrollan los órganos jurisdiccionales de nuestro entorno, en particular la Sala Superior del mencionado Tribunal. Ciertamente, con un discurso claro y enriquecedor, el Magistrado Luna Ramos da cuenta de que la Sala Superior se adelantó a las consecuencias que trajo consigo la reforma constitucional en materia de derechos humanos cuando resolvió el *caso Cherán*. La consideración que tuvieron tanto la Sala Superior, como algunas más que conforman el Tribunal Electoral de los tratados internacionales exemplifica que el exceso de asuntos y su complejidad no riñen con el compromiso de los órganos de imparidores de justicia de defender los derechos humanos, como lo son los derechos políticos. Tomar en cuenta las disposiciones contenidas en los tratados generó que la Sala Superior aplicara el control de convencionalidad, previamente a su expresa aceptación en el ordenamiento jurídico de nuestro país. Indiscutiblemente creo que lo narrado por el Magistrado Presidente en su artículo es digno encomio y resulta motivador, principalmente, para quienes dedicamos la vida a resolver conflictos, por medio de la aplicación de las leyes.

Otra contribución del personal del Instituto a la revista es la del maestro Humberto Carlos Garduño García que,



de manera exhaustiva, trata sobre las serias y atendibles repercusiones que trajo consigo la tendencia reformista a la Constitución vivida en estos últimos años (2008-2011). Si bien el maestro Garduño García centra la parte sustancial de su trabajo en el análisis de las razones por las que la prisión preventiva debe ser el último recurso al que se acuda al tramitarse un proceso penal, en términos de lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su exposición acerca del desenvolvimiento jurídico que precedió a que esta Convención fuera plenamente parte de nuestro orden jurídico también es interesante y vale mucho la pena leerla. El maestro Humberto Garduño reseña puntualmente cuál fue el desarrollo sobre todo jurisprudencial que originó que los tratados internacionales alcanzaran plena vigencia en México y, teniendo como marco lo anterior, concluye que la regulación constitucional de aquella medida cautelar resulta incompatible con la Convención.

En lo que atañe a los artículos vinculados con temas ajenos a las reformas constitucionales mencionadas, el del señor Consejero Juan Carlos Cruz Razo, titulado *Políticas Públicas para el Poder Judicial de la Federación*, es una novedosa y valiosa propuesta de verdadera transformación a la impartición de justicia federal. Las políticas públicas –expuesto sintéticamente con mis palabras– son útiles para que utilicemos los medios adecuados que generen los fines que deseamos y que éstos puedan alcanzarse, de forma planificada. Por eso, el señor Consejero recomienda que el Poder Judicial de la Federación estuture tales políticas, a fin de no estar adoptando aparentes soluciones a los grandes y graves problemas que enfrenta. La lectura de este trabajo, además, conduce a la reflexión de que desdeniar esas políticas trae como resultado actuar siempre de modo reactivo, es decir, tomando decisiones

sin tomar en cuenta las consecuencias que producirán y sin tener la certeza de su efectividad. Estimo que el trabajo del señor Consejero Cruz Razo marca una *línea a seguir*, pues, adicionalmente a la minuciosa explicación de lo que son las políticas públicas y los alcances que tienen, formula propuestas que, por una parte, demuestran un profundo conocimiento de los problemas del Consejo de la Judicatura Federal (sobre todo de algunas áreas específicas) y, por otra, constituyen diversas medidas a adoptar por algunos de sus órganos. Por último, llama poderosamente la atención, y es una idea encomiable, que el Consejero Cruz Razo pugne porque se establezca un sistema nacional de defensoría pública en el país, el cual, creo, que remediaría en buena medida la disfuncionalidad que se aprecia en los órganos que tienen a su cargo hacer realidad el derecho a una defensa adecuada y de calidad, que no olvidemos constituyen exigencias constitucionales.

Como señalé al principio, este número de la revista es, entre otras razones, especial por la colaboración de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. Pues bien, el licenciado Carlos Requena, integrante distinguido de la Comisión de Derecho Penal de la Barra, aportó el artículo titulado *Derecho penal y analogía*, en el que, además de aclarar la distinción entre aplicación analógica e interpretación por analogía, se adentra en aspectos que han generado bastante polémica en los estudiosos de esta disciplina. El licenciado Requena basa sus explicaciones en algunos criterios de jurisprudencia, lo cual, aparte de resultar clarificador, muestra lo adecuado o no de las decisiones que, en distintos momentos, han tomado y seguido los tribunales. Su exposición acerca de por qué la aplicación analógica de la ley penal está prohibida constitucionalmente pone de manifiesto el dominio que el licenciado Requena tiene del Derecho penal, pues las



consecuencias de esa prohibición, por el íntimo vínculo que tiene con el principio de legalidad, se relacionan con muchas otras figuras importantes de esa rama jurídica. Coincido con el licenciado Requena en que esta rama jurídica requiere una *redefinición* de sus finalidades (*basamento teleológico*), ya que, a partir de la orientación del Estado hacia la promoción, el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos –léase, sobre todo, artículo 1º constitucional– el ejercicio del poder punitivo debe cambiar de signo.

El profesor del Instituto Genaro González Licea ofrece a este número de la revista un interesante artículo sobre el fuero de guerra en nuestro país. Con su peculiar estilo, el también responsable del Programa de Contradicciones de Tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expone, abiertamente, sus ideas acerca de ese tema, que es motivo aún de gran polémica. Las pretensiones de González Licea, como él mismo advierte, es dejar planteado por qué es necesaria una reforma legal y constitucional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México, así como circunscribir el fuero de guerra a los delitos militares. En su estudio, el profesor González Licea, para tratar estos temas, explica, entre otros tópicos, la organización de las fuerzas armadas, las conductas atentatorias contra la disciplina militar y la manera de entender el contenido del artículo 13 constitucional. Sus conclusiones conforman un conjunto de aportaciones que van desde que el contexto de las fuerzas armadas se enmarque en el Estado y no en el gobierno, hasta que los tribunales militares limiten su jurisdicción, pasando porque se establezca una Tercera Sala en la Suprema Corte, a fin de que las resoluciones de dichos tribunales se sujeten al

control constitucional. La sencillez con la que el profesor González Licea fundamenta estas propuestas es un especial motivo para leer con detenimiento este trabajo.

El artículo *Los retos en línea en materia fiscal y el asesor jurídico federal* representa una valiosa contribución de los licenciados Oscar Enrique Castillo Flores y Raúl Rodríguez Vidal. La modernidad, como dejan entrever estos dos profesionales, obligó, paulatinamente, a las ciencias a que cambiaron y las transformaciones que de ahí derivaron también han forzado a que la forma cotidiana de hacer las cosas se modifique; no es ajena a todo ello la práctica del Derecho, pues tanto las formalidades exigibles en la realización de ciertos actos jurídicos, como la manera en que estos últimos se concretan han variado desde que el uso de las tecnologías se impuso. Así, partiendo de los cambios que en materia fiscal y administrativa experimentó la impartición de justicia, Castillo Flores y Rodríguez Vidal proponen modos distintos de operar en el Instituto Federal de Defensoría Pública. Estimo, pues, que el trabajo de ambos asesores marca la pauta para emprender una reforma de gran calado a las Bases Generales que norman al Instituto.

Un artículo destacable es el titulado *Breve crítica al argumento emotivista kelseniano de la justicia*, cuyo autor es el colaborador académico de la UNAM, Antonio Santamaría Bravo. Este trabajo constituye un análisis riguroso acerca de la obra *¿Qué es la justicia?* de Kelsen. Inscrito el discurso de Santamaría Bravo en la filosofía de Derecho y empleando los recursos de la teoría de la argumentación jurídica, desentraña que subyace en el contenido del libro de Kelsen para resaltar, entre otros aspectos relevantes, que lo intentado y concluido por el autor alemán no es lo que parece. Con ayuda fundamentalmente de las aportaciones de Ch. L.



Stevenson, Santamaría Bravo descubre que lo escrito por Kelsen pertenece al emotivismo y, por tanto, se aleja del normativismo jurídico. Formular más comentarios sobre saberes tan complejos, como son los de la filosofía y la argumentación, resultaría de mi parte un riesgoso atrevimiento, por lo que prefiero que sólo las líneas anteriores ayuden a los lectores a interesarse por el trabajo de Santamaría Bravo.

A efecto de dejar claro por qué este número es también –para mí– *muy especial*, deseo aprovechar este espacio para comunicar a ustedes, amables lectores, que finalmente me veo obligado a no escribir más las presentaciones de la revista. En los últimos seis números de esta publicación (8, 9, 10, 11, 12 y 13), viví la experiencia de elaborar las correspondientes presentaciones y, como consecuencia de mi renuncia a la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública, la que están leyendo es la última que cuenta con una de ellas. Les agradezco a todos sobre todo su paciencia y comprensión; confieso que he puesto todo mi empeño en que la reseña de los artículos llame su atención y despierte su interés, espero haberlo conseguido. Igualmente, les agradezco a los autores los importantes y valiosos trabajos que integraron esos números de la revista, así como a mis cercanos colaboradores en esta tarea –Jorge Robledo, Miriam Falcón, Gabriela Gómez y Roxana Ponce– su gran ayuda. Deseo, finalmente, comentar que los trascendentales cambios que tuvo la revista pretendieron mejorarla y que, por ello, se encuentra en un proceso dirigido a alcanzar esa meta. Estoy seguro que, de esto último, se dieron cuenta los lectores, pues se recibieron en la Dirección General, además de felicitaciones, muchísimas preguntas sobre cómo adquirirla y peticiones para

obtenerla. Espero fervientemente que la revista continúe el proceso emprendido y llegue a ser, como algún día le expresé a los miembros de la Junta Directiva, un referente de las publicaciones del Poder Judicial de la Federación.

*Magistrado Alejandro Roldán Velázquez*

*10 de julio de 2012*

---

## **La figura de la defensa a la luz del sistema acusatorio penal de Colombia<sup>1</sup>**

*Miguel Ángel Aguilar López  
Miguel Ángel Velarde Ramírez  
Rafael R. Cruz Ovalle*

**RESUMEN:** La institución de la defensa se estudia, en el presente trabajo, como primera premisa en el aspecto constitucional, en virtud de que se vislumbra como un derecho fundamental del imputado, quien en las diferentes etapas del sistema acusatorio adquiere diferentes nombres; sin embargo, la Corte Constitucional colombiana le denominó *sindicado*, contemplando en este concepto al imputado, procesado y aun a los condenados, ya que, en cualquier etapa que ellos se encuentren, deben estar asistidos del defensor. También se analiza la regulación de la defensa en los convenios y tratados internacionales, para destacar que es un presupuesto esencial del principio del debido proceso. Además, se

---

<sup>1</sup> El presente ensayo se realizó por el magistrado de Circuito Miguel Ángel Aguilar López y por los jueces de Distrito Miguel Ángel Velarde Ramírez y Rafael R. Cruz Ovalle, como miembros del grupo uno *Defensa Penal* en el marco del *Programa Comparativo de Sistemas Penales Acusatorios: Colombia, Chile, Estados Unidos y México*, realizado en Bogotá, Colombia, del 5 al 11 de septiembre de 2010, auspiciado por la *Fletcher School* de la Universidad de Tufts en Boston, Massachusetts, en convenio con el Consejo de la Judicatura Federal, bajo el liderazgo del extinto Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación José de Jesús Gudiño Pelayo, representante de dicho Alto Tribunal ante el Consejo de Coordinación para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en nuestro país.



aborda el tema de la importancia de la figura de la defensa técnica y los medios por los cuales se garantiza este derecho fundamental, como son: los consultorios jurídicos y las clínicas legales. Por lo que hace a la institución de la Defensoría del Pueblo, que abarca la defensa pública en materia penal, se destaca que ésta cuente con una Unidad de Investigación Criminal al servicio de ella, para poder preparar los instrumentos probatorios. Asimismo se analizan los principios que deben cumplir un defensor en su desempeño como tal, y los derroteros que están obligados a seguir para alcanzar eficacia y tener éxito en las diferentes audiencias que existen en el sistema acusatorio penal de Colombia.

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento. II. Marco constitucional de la defensa. III. El ejercicio profesional y la colegiación. IV. Los consultorios jurídicos en Colombia. V. La figura de la Defensoría del Pueblo. VI. Conclusiones. VII. Bibliohemerografía.

## I. Introducción y planteamiento

En este ensayo se recoge la experiencia obtenida en la visita realizada a los tribunales de Bogotá en Colombia, con la cual se analizó la función de *la defensa*, observada en su contexto *real, legal y teórico*, para destacar el elemento práctico inherente a ella; en ese contexto, se examinan los factores que la rodean, haciendo énfasis en lo que refleja esta institución, tanto con sus patologías, pero también con sus aciertos, para poder ofrecer al lector una descripción fiel del rol de *la defensa* en el sistema acusatorio penal.

La doctrina colombiana ha construido una acepción de la defensa, como la defendida por Gustavo Gómez Velásquez, quien señala:

*El debido proceso o proceso legal válido, a menudo se le identifica con el derecho de defensa, tomando la faceta más sobresaliente de la cuestión o la parte por el todo. Mejor es advertir que aquél comprende una serie de atributos fundamentales que el procedimiento no puede ignorar, desconocer o quebrantar so pena de nulidad; para mencionar sólo los más destacados, se dice: que nadie podrá ser juzgado sino conforme a la ley preexistente al acto que se imputa (tipicidad y sanción); que todo juicio tiene que adelantarse ante tribunal competente; que para el juzgamiento de las personas deberá observarse la plenitud de las formas propias (básicas, esenciales) de cada juicio; que la aplicación preferencial de la ley penal favorable, así sea posterior al hecho, es ineludible; que la persona procesada tiene derecho a una defensa oportuna, eficaz e idónea.<sup>2</sup>*

La institución de la defensa en el sistema acusatorio penal de Colombia constituye uno de los pilares donde reside el éxito de la justicia penal, en razón de que es una de las partes en el proceso. Se ha defendido que es un derecho la *defensa integral*, cuya actividad implica permanecer durante todo el proceso, incluso desde la etapa de investigación, para garantizar de forma heurística el principio de la *defensa adecuada* en todos los actos donde participe el *sindicado*, por lo que esta exigencia de la *defensa adecuada* es uno de los postulados del sistema adversarial. En este sentido, incluso, se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia C-799

<sup>2</sup> Gómez Velásquez, G.: *Código de Procedimiento...cit.*, p. 4.



de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, al resolver demanda de inconstitucionalidad presentada contra un apartado del artículo 8° (derecho de defensa) de la ley 906 de 2004; en este fallo se sostuvo:

[...]

*Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando finalice dicho proceso.*

[...]

*De esta forma, y efectuando una interpretación sistemática, se evidencia que la misma Ley 906 de 2004 otorga derechos que permiten la activación del derecho de defensa, en cabeza de una persona que aún no siendo imputado se le debe reconocer el derecho a guardar silencio, el derecho a no incriminarse, el derecho a declarar en presencia de un abogado, entre otros. Por consiguiente, el propio Código señala las causas y la oportunidad para ejercer el derecho de defensa en las distintas etapas del proceso.<sup>3</sup>*

Además, analiza la regulación de la defensa, considerando el bloque de constitucionalidad, partiendo de la norma fundamental y de los tratados internacionales, así como de las leyes propias de la materia, destacando el principio del debido proceso, la protección de los derechos fundamentales y el de acceso a la defensa técnica, bajo la interpretación de la Corte Constitucional de Colombia. La regulación de la defensa técnica la garantiza en todos los actos procesales y no se justifica la falta de asistencia del abogado en ninguna etapa, sin excepción alguna; el derecho de defensa legítima es de tal valor, en el contexto

<sup>3</sup> Andrade Castro, J.A. y Córdoba Angulo, M.F.: *Estructura básica del sistema...*cit., p. 63.

del proceso penal colombiano, que cualquier irregularidad que coarte su ejercicio es sancionado con la anulación de lo actuado.

Se estudia el Sistema Nacional de Defensoría Pública, como complemento de la defensa particular. El ejercicio profesional y la colegiación de los abogados se realizan por medio de tarjetas profesionales para los defensores técnicos, que no formen parte del Colegio Nacional de Abogados Litigantes; la colegiación no es obligatoria en Colombia, contrariamente a lo que ocurre en otros países, donde cuentan con la colegiación voluntaria.

En el sistema de defensa de Colombia, los consultorios y las clínicas jurídicas<sup>4</sup> son instrumentos que conceden una posibilidad más de defensa y de acceso a la justicia a los sindicados, lo que permite, en un primer momento, la formación de abogados con práctica en la defensa; además de cumplir con un servicio social, dan un crecimiento a la academia y a las Facultades de Derecho en los aspectos pedagógico y metodológico, ya que se erigen en un instrumento práctico de enseñanza, que no reproduce el sistema tradicional, basado sólo en cuestiones teóricas y dogmáticas del Derecho penal.

Se aborda la figura del Defensor del Pueblo, en razón de que se instaura como órgano encargado de la asistencia jurídica del procesado en todas las etapas del proceso. El defensor, en términos generales, vigila y

<sup>4</sup> Carlos Germán Navas Talero destaca la importancia de la institución de los Consultorios Jurídicos como un paso no sólo en la igualdad jurídica real, no simplemente de papel, por lo que en el nuevo contexto de ley, se le conceden mayor competencia a los estudiantes de Derecho, en materia litigiosa y yendo más allá lo hace materia obligatoria, no homologable, y para evitar los abusos se determina que el estudiante es *abogado de pobres*, lo cual acaba con supuestos impedimentos argumentados por estudiantes burócratas que siempre han querido eludir la obligación moral y legal de ayudar a quien no tiene como acceder a la justicia (Véase *El derecho de defensa...*cit., p. XII).



exige el cumplimiento de los derechos del procesado. En este sistema, el equilibrio entre la acusación y la defensa se inicia con la interiorización del rol que debe asumir la defensa técnica de confianza o pública en el proceso acusatorio y en el conocimiento de los principios que lo rigen.

En este sentido los principios por los que transita la figura de la defensa son esencialmente: *la independencia técnica*, donde el defensor, con plena libertad, diseña su estrategia y realiza las actuaciones que considere procedentes. Sus decisiones no están sujetas a la voluntad de un superior jerárquico, ni siquiera a la del representado; *la confidencialidad* es el deber de guardar el secreto profesional y el respeto a este derecho es fundamental. El defensor no está obligado a revelar la información suministrada por su representado ni la relacionada con este último que haya sido obtenida por el defensor; *el respeto debido*, por el cual los defensores no pueden ser identificados con las causas que representan; *la lealtad*, que exige que el defensor debe evitar que haya conflicto de intereses en el desarrollo de su gestión, es decir, no defender intereses contrapuestos; *la diligencia profesional*, se refiere al desempeño del defensor, que debe ser eficiente, en el sentido de adoptar la estrategia que favorezca a su representado, ser eficaz impone que su objetivo debe ser el de obtener un resultado positivo para los intereses del sindicado; *la posibilidad temporal y material de ejercer la defensa*, que significa que tomar en cuenta que la fiscalía o el órgano acusador ha tenido todo el tiempo para investigar y recaudar elementos probatorios para fundamentar una formulación de cargos; *continuidad en la defensa* que implica que la asesoría y la asistencia al imputado debe ser completa, desde que éste entre al sistema de justicia hasta que salga de él con la ejecución de la sanción, cuando haya lugar a ella; *equivalencia entre*

*el conocimiento y la experiencia con la complejidad del caso*, que se refiere a que la habilidad, los conocimientos y la experiencia del abogado deben superar la dificultad del caso; *paridad entre el abogado defensor y la fiscalía*, es una exigencia que también debe existir equilibrio en los recursos para realizar las actividades de la defensa y de la acusación, por lo que han de contar con condiciones de igualdad, con colaboradores, acceso a pruebas técnicas, la posibilidad de acudir a medios técnicos y que exista proporción entre el volumen de trabajo y los salarios o emolumentos devengados por los fiscales y los defensores, especialmente si son públicos; *la capacidad continua* es un principio que debe regir la actividad del defensor, quien debe estar permanentemente actualizándose en técnicas de oralidad y temas jurídicos para desempeñar en mejor forma su labor, y *la actividad de la defensa debe estar supervisada*, por ser la forma como se puede garantizar la calidad y eficiencia del servicio.<sup>5</sup>

En general estos son los principios bajo los cuales se rige la defensa técnica en el sistema acusatorio penal de Colombia, ya sea que esa defensa la realice un defensor público o uno privado.

## II. Marco constitucional de la defensa

Colombia es uno de los países que ha trabajado en la edificación de un marco constitucional y legal que busca subsanar las deficiencias del sistema de acceso a la justicia. Desde la Constitución Política de 1991, se contempla, en su artículo 29, que: [...] *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento [...]*.

<sup>5</sup> Cfr. Castro Ospina, S.J.: *Cinco estudios...cit.*, pp. 22-29.

En concordancia, el inciso cuarto del Código Político, establece: *Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

Por su parte, el órgano de control de los derechos fundamentales y defensor de la Constitución de Colombia, en reiteradas ocasiones se ha referido al derecho del acceso a la administración de justicia, señalando:

*Que este es un derecho fundamental, que se asienta sobre la concepción de un Estado material de derecho que por definición no agota su pretensión ordenadora en la proclamación formal de los derechos de las personas, sino que se configuran a partir de su efectiva realización.*

*Es un derecho que comprende en su ámbito las sucesivas fases de tramitación de las peticiones de actuación que formulan al órgano de justicia y la respuesta que está en cada caso de las mismas. Impone a los jueces el deber de actuar como guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso, y debe estar demarcado en ciertos lineamientos como son el respeto al derecho a un debido proceso y a los principios en él incorporados, como son el de legalidad, la buena fe y la favorabilidad.*

*El acceso no puede ser meramente formal, pues se trata de un derecho que su contenido es sustancial, es decir, implica que la persona obtenga a lo largo de la actuación y hasta la culminación de la misma la posibilidad real de ser escuchada, evaluados sus argumentos y alegados y tramitados conforme con la ley las peticiones por ellas realizadas de forma que las resoluciones judiciales sean reflejo y realización de los valores jurídicos fundamentales.*

Es por esto que uno de los soportes esenciales del Estado Social de Derecho es la presentación responsable,

seria y eficiente de la justicia, por medio de la cual es posible la materialización de un orden justo en el cual se destaque la convicción, la armonía y la paz.

### **1. La regulación de la defensa en los tratados y convenios del concierto internacional**

Colombia, como miembro de los organismos internacionales y como socio activo de la comunidad de las naciones, debe adecuar su normatividad a los tratados y convenios que en ese plano ha suscrito y a los que se ha adherido.

Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 16 diciembre de 1966 y convertidos en norma nacional mediante la Ley 74 de 1968, consagra: *Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso aun cuando tal violación hubiera sido cometida por persona que actuaba en ejercicio de funciones oficiales (parte II, art. 2º. 3C).<sup>6</sup>*

En el mismo tenor encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 11.1 establece: *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.<sup>7</sup>*

<sup>6</sup> Gómez Velásquez, G.: *Op. cit.*, nota 2, p. 21.

<sup>7</sup> Saavedra Rojas, E. y Gordillo Lombana, C.: *Derecho Penal...cit.*, p. 163.

De igual forma encontramos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá, en 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana; en los artículos XVIII y XXVI esta declaración establece: *Toda persona puede ocurrir (sic) a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampara contra los actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*<sup>8</sup>

Se analiza la figura de la defensa, en los tratados o convenios del concierto internacional, en razón de que, por haber sido suscritos por el Estado colombiano, forman parte del sistema jurídico y del bloque de constitucionalidad, por lo que se constituyen en norma jurídica vigente.

## **2. El principio del debido proceso, consagrado como un derecho fundamental**

El principio del *debido proceso* es integral, por lo que la defensa está unida a él de forma indisoluble; es obvio que la ley de menor jerarquía no puede establecer limitaciones que la misma Constitución no provee, por lo que el ejercicio del derecho de defensa es absolutamente trascendental tanto en el sumario como en la causa.

Para conocer el criterio de la Sala de Casación, analicemos la sentencia en la que se pronunció:

*El ejercicio de derecho de defensa, como garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso. De ahí deriva su carácter continuo y unitario. Conforme con él, no puede haber un solo momento de la actuación procesal en que pueda ser*

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 243.

*restringido o negado. Si así ocurre, hágese ineficaz la relación jurídico-procesal, imponiéndose la declaratoria de nulidad desde el momento mismo en que aparezca afectada la garantía.*

*Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgado por Tribunales anteriores establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.*<sup>9</sup>

*Este alcance absoluto que al derecho a la defensa se otorga, no autoriza a tener cualquier irregularidad como sustitutiva de su violación. Impera examinar, desde una perspectiva material, los vicios que registren la actuación y sus efectos frente al contenido y observancia de esta garantía. Sólo a partir de entonces, puede establecerse la validez del proceso.*<sup>10</sup>

Se considera que el derecho a la defensa es una consagración constitucional y en el que no se establecen limitaciones temporales y no pueden crearse legalmente, puesto que una norma de inferior jerarquía no puede tomar determinaciones que afecten la integridad de la carta magna y, menos aún, puede limitarse ese derecho de carácter supralegal por decisiones jurisprudenciales, porque es bien sabido que el juez es un simple intérprete de la ley y, dentro de la función aplicativa que le corresponde, no puede traspasar el alcance explicativo claro de la norma y menos aún si la disposición interpretada es de rango constitucional.<sup>11</sup>

La Sala Plena de la Corte Constitucional, con ponencia del doctor Carlos Medellín, el 2 de octubre de 1981, destaca:

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>10</sup> Saavedra Rojas, E.: *Derecho a la defensa...cit.*, pp. 29-30.

<sup>11</sup> *Cfr. Idem.*



*El derecho de defensa emana también del artículo 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio audiatur altera pars, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir.*

*El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encinta específicamente proclamados en los ‘Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos’, aprobados por la Asamblea General de las Naciones en Nueva York, el 16 de diciembre de 1986, y convertidos en norma nacional mediante nuestra Ley 74 de 1968, en la que se determina: ‘Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales’ (parte II,3,a.). Recuérdese aquí la orden del legislador en el sentido de que el Código de Procedimiento Penal, filosóficamente se oriente también por los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo.<sup>12</sup>*

La defensa ha de ser unitaria y continua y debe existir *ab initio* del proceso, sobre todo si se trata del sistema

mixto con marcada acentuación hacia el acusatorio, en cumplimiento con lo ordenado por el literal c) del artículo 1º de la Ley 6ª de 1979; bien se sabe que, en este sistema, el acusador es el mismo investigador que dispone, en la primera etapa del proceso, de los elementos que determinarán el resultado final del juzgamiento, sin que sus actuaciones procesales puedan ser objeto de impugnación o de contradicción en su momento, para depurarlas y conformarlas a la verdad.<sup>13</sup>

### **3. La defensa técnica a la luz de la Corte Constitucional**

En relación con la figura de la defensa técnica, se ha pronunciado el máximo órgano de control constitucional de Colombia, en la sentencia C-592/93, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, en el siguiente sentido:

*Esto significa que dichas funciones de defensa del sistema del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anualidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria que lo permita. Además, dicha defensa técnica comprende la absoluta confianza del defendido o la presunción legal de la misma confianza en el caso del reo ausente; en este sentido es claro que el legislador debe asegurar que las labores del defensor sean técnicamente independientes y absolutamente basadas en la idoneidad profesional y personal del defensor.*

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>13</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 32.

El derecho de la defensa técnica también ha sido objeto de pronunciamientos por la Corte Constitucional de Colombia,<sup>14</sup> en los siguientes términos:

c) *El derecho de Defensa Técnica (arts. 161 y 322 del C.P.P.).*

*El derecho de defensa en el ámbito penal, relacionado con la necesidad de la ‘defensa técnica’, está consagrado así en el artículo 29 de la Constitución: ‘art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas [...] Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.*

*Cuando la Constitución hace referencia al término ‘toda’ debe ser entendido, sin exclusión –por insignificante que ella sea–, de la actuación judicial en el ámbito penal. El término ‘sindicado’ debe entenderse como que en él también están incluidos ‘imputados’, ‘procesados’ y aún ‘condenados’, pues en toda la actuación procesal –previa, instrucción, juzgamiento y ejecución de pena–, como garantía mínima debe prevalecer la asistencia del defensor en desarrollo del debido proceso. Estos términos son además de creación legal, mientras que la Constitución Política se refiere a toda persona durante toda actuación judicial de naturaleza penal.*

*Los artículos 161 y 322 del Código de Procedimientos Penales contienen una excepción a la asistencia del defensor en la situación de flagrancia. Normas que son contrarias a las disposiciones constitucionales que se mencionan en esta parte de la providencia.*

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 36 (sentencia número C-150/93. Corte Constitucional).

*Por lo tanto, si la Constitución Política no consagra restricciones al derecho a una defensa técnica en las diferentes etapas, y los artículos 161 y 322 acusados, si lo hacen para los casos de flagrancia, tales normas son inconstitucionales.*

*Así pues, el derecho de defensa en lo que se relaciona con la asistencia del defensor en los asuntos de carácter, no admite o no debe admitir restricción alguna. Para que exista un proceso penal propio de un Estado de Derecho es indispensable la protección del sindicado a través de un defensor, quien no sólo cumple esta función sino otra también muy importante, colaborar en la investigación de la verdad. Así, para el constituyente es tan importante la defensa técnica, que se constitucionalizó con el defensor de oficio en el artículo 282.4 de la Constitución, como una de las funciones del Defensor del Pueblo.*

*Si la razón es practicar en forma inmediata las diligencias preliminares cuando se produzcan captura en flagrancia, debe garantizarse al imputado el mínimo de garantías a pesar de la especial situación.*

*Así, pues, los artículos 161 y 322, quedarán así: ‘Artículo 161. Inexistencia de las diligencias. Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin su defensor.*

*Cuando el sindicado esté en peligro inminente de muerte y sea necesario realizar diligencias con su intervención puede omitirse la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier personaje, dejando constancia de ello’.<sup>15</sup>*

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.

El derecho a la defensa, tal como se concibe constitucional y legalmente, lo debemos mirar desde una doble perspectiva, porque el precepto constitucional establece que *quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento* (artículo 29 C.N.); es claro que se consagra el derecho de defensa material y a la defensa técnica, la primera al establecerse que todo sindicado tiene derecho a la defensa y, la segunda, cuando se autoriza a que sea asistido por un defensor de su confianza o de oficio.<sup>16</sup>

Derivado de la apreciación que realiza el intérprete de la Constitución sobre la defensa técnica, se puede estimar que este derecho es un principio fundamental a favor del sindicado, que debe existir durante todas las etapas del proceso, incluyendo la fase de investigación y que, a pesar de que una ley secundaria contenga alguna excepción a la regla general, como en el caso de la flagrancia, dicha normatividad debe considerarse inconstitucional, porque vulnera el derecho fundamental de la defensa técnica del sindicado.

Una cuestión que se estima controvertida desde el punto de vista procesal es que existe la *posibilidad de adelantar juicios con personas ausentes*, una vez realizado el procedimiento marcado en la ley ante el juez de control de garantías. Es un fenómeno jurídico que socava el derecho a la defensa material –que puede realizarse por el propio sindicado– e impide una eficaz defensa técnica –por no cumplir a cabalidad los principios de ser *calificada, permanente y eficaz*– a pesar de ser una posibilidad que está contenida en la legislación.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 38.

#### 4. La regulación de la defensa técnica

Como consecuencia de los principios rectores y garantías procesales se incluye a la defensa técnica, que prevé el derecho a ser oído, *asistido y representado por un abogado de confianza o de un abogado nombrado por el Estado*. La defensa técnica, en principio, la asume el apoderado que designe el imputado, en caso de que no lo haga, el que le sea asignado por el *Sistema Nacional de Defensoría Pública*.

La defensa técnica se garantiza con la asistencia de un defensor que debe ser un abogado inscrito en el Registro Nacional de Abogados que se lleva en el Ministerio de Justicia. Esta defensa debe ser realizada por abogado inscrito salvo las excepciones legales, para que intervenga como defensor o apoderado de una de las partes en la actuación procesal.

Una atribución importante de la defensa es que tiene *facultades de investigación*, por lo cual los defensores son auxiliados por un equipo de personas cuyo trabajo es buscar, recoger y embalar los materiales probatorios e incluso la defensa; ese equipo se entrevista con las personas para descubrir información que pueda ser empleada en el juicio, la cual se recoge y conserva por escrito, en grabaciones magnetofónicas o video, para usarlos en la defensa y poder demostrar en juicio la teoría del caso.<sup>17</sup> Por la preocupación del Estado por igualar armas entre la fiscalía y la defensa se emitió la Ley 941 de 2005 donde se integró en el *Sistema Nacional de Defensoría Pública (SNDP)*, conformado con investigadores y técnicos adscritos a la planta de la Defensoría del Pueblo y algunos contratados, para apoyar defensores públicos en la consecución de la información y material probatorio necesario para el ejercicio de su labor.

<sup>17</sup> Cfr. Castro Ospina, S.J.: *Op. cit.*, nota 5, pp. 30-32.



Además el defensor obtiene exposiciones o declaraciones juradas, solicita pruebas anticipadas y pide al juez que ejerza control de garantías. Cuando es de especial utilidad para la investigación, el imputado o el defensor pueden solicitar al alcalde municipal de policía o notario público sea recibida declaración jurada a una persona, la cual puede recogerse por escrito, grabación magnetofónica, video u otro medio técnico idóneo. Asimismo, puede el imputado o su defensor solicitar al juez de control de garantías la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

El defensor está presente cuando se realizan exámenes al imputado y se efectúa el interrogatorio que lleva a cabo el fiscal o la policía judicial. Además la presencia del defensor es necesaria en todas las audiencias, por lo que el nombramiento del defensor se puede realizar desde la captura si la hay o desde la formulación de imputación. De hecho, el presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esta situación le realiza la fiscalía. Es un requisito de validez que asista el abogado defensor a las audiencias de formulación de la acusación, preparatoria y del juicio oral.

La trascendencia de la asistencia del defensor es de tal magnitud que es necesaria en la celebración de acuerdos realizados con la fiscalía, por lo que los convenios generados sin la asistencia del abogado defensor se consideran inexistentes.

En el sistema fue excluida la figura de la defensa de oficio, en razón de que era usada como comodín, en virtud de que, en la práctica, los defensores rara vez objetan las actuaciones que se llevan a cabo y, generalmente, no

participan en la preparación de la defensa, por lo que los funcionarios judiciales los emplean para poder legitimar sus actuaciones, rompiendo el sentido del sistema adversarial.

El equilibrio entre las partes del sistema acusatorio está apoyado en la creación del Sistema Nacional de Defensoría Pública. Esta institución tiene por objeto garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento de la defensoría.

Los estudiantes de Derecho también pueden desarrollar la defensa a través de los *consultorios jurídicos* y los *egresados* podrán intervenir en las actuaciones procesales, en las condiciones previstas en los *Estatutos de la Profesión de Abogado y la Defensoría Pública*.

Las Facultades de Derecho oficialmente reconocidas organizarán, con alumnos de los dos últimos años lectivos, *consultorios jurídicos* cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo tribunal superior de justicia, a solicitud de la Facultad autorizada. Los estudiantes, mientras permanezcan en dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos:

- a) en los procesos penales de que conocen los jueces municipales y las autoridades de policía.
- b) de oficio, en los procesos penales como voceros o defensores en audiencia.

La persona que haya terminado y aprobado los estudios reglamentados de Derecho en una universidad oficialmente reconocida podrá ejercer la profesión de abogado sin haber obtenido el título hasta por dos años improrrogables, a partir de la fecha de terminación de sus estudios, en los siguientes asuntos:

- a) en la instrucción criminal y en los procesos penales, en los de segunda instancia los de circuito

- y, en ambas instancias, en los de competencia del distrito penal aduanero.
- b) de oficio, como apoderado defensor en los procesos penales en general, salvo para sustentar el recurso de casación, y
  - c) en las actuaciones y procesos que surtan ante los funcionarios de policía.

Para poder ejercer la abogacía, en las circunstancias y asuntos señalados con antelación, el interesado deberá obtener la respectiva licencia temporal en la cual se indicará la fecha de su caducidad.

En materia penal, los procesados pueden, sin necesidad de apoderado, adelantar todas las actuaciones que les autoriza la ley. El cargo de apoderado para la indagatoria del *sindicado*, cuando no se hubiere inscrito para que lo asista, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre y cuando no sea empleado público.

Los estudiantes de Derecho, pertenecientes a consultorios jurídicos, o los egresados podrán intervenir en las actuaciones procesales en las condiciones previstas en los Estatutos de la Profesión de Abogado y de la Defensoría Pública.

Sin embargo, actualmente, los estudios de Derecho se encuentran reglamentados por el Decreto 1221 de 1990 y el Acuerdo No. 60 de 1990, emanado de la junta directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –ICFES–, que derogó el Decreto 3200 de 1979. La Ley delegó, en las Facultades de Derecho, la enseñanza, investigación y divulgación del sistema jurídico nacional e internacional. En el semestre de 2008, ingresaron 57,898 alumnos, con base en los datos del Colegio Nacional de Abogados Litigantes, Matriz Reporte 2008-2009.

En este tenor, y en el contexto social y por las necesidades del derecho a una defensa técnica, son varios

los flagelos del sistema de administración de justicia en Colombia, entre los que se destaca: el exceso de trámites, la imposibilidad de acudir a la justicia ante las amenazas propias del conflicto interno y la falta de apropiación de los funcionarios de la rama por la carencia de mejoras del Estado; para llegar a hablar del pleno cumplimiento en el acceso a la justicia en Colombia, es necesario solucionar uno de los problemas principales, de base, que es la formación profesional que desde la academia se brinda a uno de los más destacados actores en el ejercicio del cumplimiento de la justicia: los abogados.

### **III. El ejercicio profesional y la colegiación**

Entre los años de 1993 a 2009, se reportan 170,052 tarjetas profesionales activas, equivalentes a 170,052 abogados inscritos y como fallecidos 8,323 abogados. Por medio de boletín de prensa de marzo de 2009, el Consejo Superior de la Judicatura informa que, desde su creación el 3 de septiembre de 1993 al 31 de octubre de 2008, ha sancionado a 9,423 abogados y 1,374 funcionarios. El Consejo, en promedio, ha sancionado 554 abogados por año. En este mismo periodo se absolvieron a 1,704 abogados. Se dictó el *Código Disciplinario* mediante la Ley 1123 de enero 22 de 2007, que regula la disciplina ética de la abogacía colombiana.

Importante es la labor del Colegio Nacional de Abogados Litigantes. Es una organización gremial de abogados que constituye una institución de Derecho privado, sin ánimo de lucro. La afiliación a esta entidad no es obligatoria sino voluntaria.

En la actualidad, se ha presentado, ante el Congreso de la República, un Proyecto de ley mediante el cual se solicita el reconocimiento de estas instituciones y establecer, en Colombia, la colegiación obligatoria

que existe en muchos de los países del mundo, para dignificar la profesión y establecer la seguridad social para los abogados.

#### **IV. Los consultorios jurídicos en Colombia**

La modalidad de los consultorios jurídicos está contemplada en la regulación jurídica de Colombia, donde participan estudiantes de la carrera de Derecho.

Con el objeto de colaborar en la descongestión de los despachos judiciales y, de conformidad con las normas relativas a los estudios de Derecho, el Consejo Superior de la Judicatura dicta los acuerdos pertinentes para reglamentar la realización de ciertas actividades por parte de los estudiantes de Derecho, como equivalentes a las prácticas, que correspondan a cada *pénum* académico.

Los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho organizarán su propio centro de conciliación. Dichos centros de conciliación conocen de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 65 de la ley 446 de 1998, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Los estudiantes podrán actuar como conciliadores sólo en los asuntos que por cuantía sean competencia de los consultorios jurídicos.
2. En los asuntos que superen la cuantía de competencia de los consultorios jurídicos, los estudiantes serán auxiliadores de los abogados que actúen como conciliadores.
3. Las conciliaciones realizadas en los centros correspondientes deberán llevar la firma del director del mismo o del asesor del área relacionada con el tema de la conciliación.
4. Cuando la conciliación la realice directamente el director o el asesor del área correspondiente no operará la limitante por cuantía.

Los egresados de las Facultades de Derecho que obtengan licencia provisional para el ejercicio de la profesión podrán realizar su judicatura, como abogados conciliadores, en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos.

Para realizar su práctica en los despachos jurídicos, los estudiantes de Derecho deberán cumplir con una carga mínima en mecanismos alternativos de solución de conflictos. Con anterioridad a la misma, deberán haber cursado y aprobado la capacitación respectiva, de conformidad con los parámetros de capacitación avalados por el Ministerio de Justicia y del Derecho a que se refiere el artículo 91 de la ley 446 de 1998.<sup>18</sup>

Con disposiciones como las anteriores, el legislativo colombiano ha procurado establecer, desde los espacios académicos y de formación superior, nuevos instrumentos que faciliten el acceso a la justicia por parte de la comunidad y, a su vez, un proceso que busca ser integral para contribuir a la formación profesional de los estudiantes de Derecho.

Sin embargo, aunque las disposiciones legales existen y los consultorios jurídicos funcionan en las Facultades de Derecho de la nación, las múltiples debilidades que afrontan estos órganos, desde hace algún tiempo, se reflejan en las estrategias, metodologías de educación del Derecho, así como se evidencia en graves problemas en el ejercicio del acceso a la administración de justicia por medio de ellos.

Es entonces, desde los modelos de educación superior empleados de manera tradicional en las Facultades de Derecho, de donde surgen actividades y servicios que no contribuyen de manera completa y eficaz a mejorar y

---

<sup>18</sup> Cfr. Amsterdam, A.G.: *Clinical Legal...cit.*, p. 3.

facilitar el acceso a la administración de justicia, limitando sus servicios a un acompañamiento en asesoría y defensa legal de manera mecánica y rutinaria, sin incrementar las habilidades y destrezas del aprendiz del área, ni garantizando óptimos resultados en materia de justicia para las personas a quienes se presta el servicio.

### **1. Las clínicas jurídicas**

La educación tradicional del Derecho, por conducto de la enseñanza de la ley sustantiva y procesal, a través del aprendizaje en los libros de casos y de las deducciones analógicas –en el caso del Derecho anglosajón–, ha encontrado, y encuentra, aún numerosas críticas que la tildan de estrecha, planteando que no provee a los estudiantes la opción de una práctica eficaz del Derecho, no desarrolla habilidades para el litigio, no prepara a los estudiantes para desempeñar el rol de abogados, ni enseña a desarrollar métodos de análisis crítico y de litigio estratégico; ello en razón de que tradicionalmente la educación en general, y en específico la legal, ha ignorado el potencial de la experiencia práctica como útil fuente de educación jurídica.

El método clínico de enseñanza del Derecho es entonces una respuesta y una posible opción para superar de una manera ágil las críticas y señalamientos que previamente se mencionan.

El método clínico concibe la experiencia y la práctica del Derecho como alternativas pedagógicas importantes, alternativas que en repetidas ocasiones son desecharadas por la educación legal que se imparte de forma tradicional o porque las instituciones desconocen métodos alternativos y novedosos como el método clínico, y no buscan otros recursos para llenar las patologías del sistema.

El método clínico y, en sí, las clínicas jurídicas incluyen y desbordan a los incipientes mecanismos de práctica jurídica antes mencionados, organizándolos sistemáticamente y trascendiéndolos para ofrecer una experiencia integral de práctica del Derecho, impulsando la formación de abogados comprometidos con el medio social y la eficacia en la garantía de los derechos. Se deben conciliar los elementos teóricos con los prácticos en las Facultades para generar abogados competentes e integrales y que, en prospectiva, se constituyan en el sistema acusatorio penal en una defensa técnica eficaz, para el sistema adversarial.

### **2. La clínica jurídica como materialización del método clínico**

Las clínicas jurídicas se constituyen en el espacio donde se materializa y aplica el método clínico, el cual intenta la implementación de un modelo integral de enseñanza y aprendizaje práctico del Derecho, para los futuros abogados que se integren a la defensa.

Sin embargo, el concepto de clínica jurídica no es equivalente al de método clínico, éste es sólo el método que se sigue en el interior de aquélla, pero la clínica constituye una experiencia que, si bien incluye al método clínico como eje central, se sirve de otras metodologías o estrategias que le ayudan a llevar a cabo su objetivo y que trascienden y complementan el mismo método que constituye su eje central. Por tal motivo, el objetivo de la clínica jurídica es establecer una nueva corriente de formación y apreciación del Derecho, un programa de educación que centre su atención en la práctica del futuro abogado, paralela a la teoría sin dejar de desconocerla sino adoptándola como paso necesario e indispensable, pero no único no concluyente, por lo cual se acude al escenario



de la vida real para estimular las destrezas y habilidades que la práctica profesional implica, permitiendo, a su vez, el conocimiento y comprensión de toda la mecánica y cuerpo legal que se debe poner en marcha y con un *plus* de impacto social.

La clínica jurídica:

*[...] es el método que se contrapone a la visión formalista del Derecho, se constituye en una alternativa para formar abogados conscientes de su papel como gestores de cambios significativos en su medio social. Teniendo como herramienta el conocimiento de la norma jurídica, sus falencias y las posibles perspectivas de reformas al sistema.<sup>19</sup>*

La clínica jurídica es una actividad académica innovadora para la enseñanza del Derecho que implica un acercamiento a la realidad social y, por lo tanto, una ampliación en el pensamiento de los nuevos abogados que se adentran a profundidad en los temas que involucra la situación en estudio, rompiendo la barrera de quedarse sólo en el conocimiento que les entrega la universidad, exigiéndoles perceptividad y dinamismo, y correspondiéndoles a esta actividad con experiencia jurídica, fortalecimiento de la clínica con la sociedad y con todas las organizaciones y entidades de orden legal e interdisciplinario que se ven involucrados en este trabajo.

Dentro de las funciones sociales de las clínicas jurídicas, que hacen referencia al impacto social de las mismas, a los beneficios que trascienden las puertas de las Facultades de Derecho y las experiencias formativas de los estudiantes, se desatacan las siguientes:

a) Servicios jurídicos gratuitos, asistencia legal a la comunidad y ampliación del acceso a la justicia.

<sup>19</sup> Puga, M.: *Los desafíos...cit.*, p. 46.

La clínica, en su búsqueda por la resolución de controversias de gran repercusión dentro de un espacio social, rectifica y postula una nueva visión del abogado como sujeto de preparación jurídica confiable y de sensibilidad, para afrontar casos que son rechazados por su complejidad o falta de incentivos económicos, factores que estigmatizan la profesión en la actualidad; por ello, a su vez, la clínica busca prestar su servicio de diversas maneras a la comunidad necesitada, ya sea por falta de recursos para obtener una representación legal, por falta de instrucción o por rechazo de los profesionales del Derecho. Es de señalar su importancia de formar abogados profesionales que hagan del Derecho un trabajo de interacciones en busca de la justicia social. La clínica es una experiencia que lleva el Derecho a comunidades que generalmente no tienen acceso a la justicia, a través del trabajo gratuito y desinteresado.

b) Activismo legal, político y social.<sup>20</sup>

Las resoluciones y estrategias que se plantean en la clínica jurídica no son necesariamente jurídicas, sino que pueden usar todos los medios estratégicos y necesarios para lograr la solución de los problemas, de modo que la institución termina siendo un motor del cambio social a gran escala.

c) Responsabilidad social de la profesión del abogado.

En la experiencia clínica los estudiantes no aprenden sólo acerca del manejo, interpretación y aplicación de la ley, sino también de su

<sup>20</sup> Londoño Toro, B.: *Las clínicas jurídicas...cit.*, pp. 1 y ss.



impacto y repercusión en la vida diaria de una comunidad. Las clínicas buscan crear conciencia en los futuros abogados sobre la responsabilidad social que implica el ejercicio de la abogacía, factor que tendrá como repercusión el esfuerzo de los profesionales del Derecho por lograr mayor justicia en el contexto social mediante el respeto y reconocimiento de los derechos, el buen funcionamiento de la organización y estructura gubernamental y estatal, así como el proceso de producción legal adecuado a las necesidades de la realidad.

### **3. El papel de las universidades en las clínicas legales**

La clínica jurídica encuentra su espacio de reunión en la universidad, lugar donde también se encuentran los consultorios jurídicos; ambos mecanismos persiguen una preparación de los estudiantes a partir de la práctica en casos reales y buscan, de forma paralela, cumplir con los mandatos legales en la descongestión judicial y la facilitación de una *defensa técnica* para las personas sin recursos.

El trabajo realizado en un consultorio jurídico es sobre un caso real, por lo que es algo que se limita, la mayoría de las veces, a hacer presencia dentro del proceso que le es asignado por el mismo consultorio, a diferencia de la clínica; en ésta se hace un detenido y completo trabajo de selección de casos; el consultorio asigna el caso sin el conocimiento de los criterios de selección por parte del estudiante, no siendo éste el eje central que guía y determina la evolución del proceso judicial, ya que sólo implementa en la mayoría de los casos la aplicación de las teorías normativas a los hechos que son apreciados en el asunto asignado, sin contemplar mayores opciones

de investigación jurídica y, menos, interdisciplinaria, con lo cual queda abortada la posibilidad de que el estudiante construya y vivencie un marco de estrategia legal.

La ciudad de Medellín es un ejemplar escenario en el cual la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Medellín se consolida hoy como un órgano reconocido por actores tanto políticos y estatales, como por la población de otras zonas del departamento, gracias a sus diversos trabajos en distintos campos del acontecer jurídico.

Se atienden, de manera primordial, temas de derechos humanos en materia penal, desempeñando satisfactoriamente trabajos en esta área del Derecho. En materia de la salud, destaca en la clínica uno de sus logros que consistió en alcanzar la tutela del derecho *al debido proceso* frente a una familia víctima de desplazamiento forzado dentro de la misma ciudad de Medellín, sentencia por medio de la cual se reconoce la situación de desplazamiento forzado intraurbano.<sup>21</sup>

La defensa técnica se garantiza fundamentalmente con el abogado de confianza, pero para quienes carecen de los medios económicos y no pueden hacerlo, está prevista la defensoría pública que inicialmente se cumplió bajo la supervigilancia del Ministerio de Justicia y, ahora con la nueva Constitución, bajo la dependencia de la *Defensoría del Pueblo*.

### **V. La figura de la Defensoría del Pueblo**

*El Sistema Nacional de Defensoría Pública* fue instaurado por el constituyente de 1991, en el numeral 4º del artículo 282 del Estatuto Supremo, donde asigna al *Defensor del Pueblo*, entre otras, la función de: *Organizar y dirigir la Defensoría Pública en los términos que señale la ley*.

<sup>21</sup> Véase, Vásquez Santamaría, J.E.: *El acceso a la justicia...cit.*, p. 80.



El legislador, en el artículo 141 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal vigente), dispuso:

*El servicio de defensoría pública, bajo la dirección del Defensor del Pueblo, se prestará a favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer su propia defensa a solicitud del sindicado, el Ministerio Público o el funcionario judicial.*

El canon superior bajo el cual se institucionalizó la defensoría pública (art. 282.4), fue desarrollado por la Ley 24 de 1992 que, en su Título V, Capítulo I, artículos 21 y ss., al disciplinar lo relativo a esa institución, dispone:

*Que el servicio defensoría pública se prestará únicamente a favor de quienes se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismos a la defensa de sus derechos, con el fin de asumir su representación judicial o extrajudicial.*

El defensor público tiene una función primordial que es la de brindar la asistencia jurídica al acusado en todas las etapas del proceso, por lo cual diseña un programa de defensa dirigido a controvertir lo que presenta el fiscal, interroga y contrainterroga a los testigos y desarrolla los alegatos. El defensor, en términos generales, *vigila y exige el cumplimiento de los derechos del procesado*. El defensor puede ser un abogado privado contratado por el implicado y si éste no cuenta con los medios para asumir la defensa, el Estado se la suministra a través de un defensor público provisto por la Defensoría del Pueblo, de acuerdo con la Ley 906 de 2004, artículos 118 y siguientes.

El Defensor del Pueblo cuenta con una Unidad Operativa de Investigación Criminal para toda la defensoría; en una reflexión que se desprende al observar el contexto en el que se desarrolla la figura de la defensa en el sistema jurídico de Colombia, su

efectividad práctica se garantiza en la igualdad de armas de la defensa y el fiscal, exaltando los escasos recursos financieros y estructurales con los que cuenta el defensor público; por tanto, se debe reconocer el esfuerzo que se ha realizado para poner a su disposición, laboratorios forenses, en los que se auxilia al defensor técnico para contrarrestar las medios de prueba del fiscal, lo que permite que, en términos prácticos, se materialice el principio de *contradictorio* del sistema acusatorio, es decir, igualar las fuerzas de los sujetos que actúan en el sistema acusatorio.

La estructura de la Defensa del Pueblo en Colombia tiene laboratorios forenses, puesto que se pretende que las pruebas periciales estén bien acreditadas en el juicio, con la finalidad de que el defensor técnico tenga un rol protagónico en el sistema acusatorio, donde la justicia se realiza de cara a la ciudadanía. La filosofía del sistema es no llegar al juicio oral, incluso en los pre-acuerdos se puede negociar el no imputar calificativas, en ese tenor de 10 casos en 9 se busca evitar el juicio oral.

Entre las patologías del sistema, encontramos que el gobierno federal no tiene conocimiento de lo que pasa en la justicia: no hay presupuesto, falta personal para la capacitación, las policías tienen fallas, el sistema básicamente se sustenta en la flagrancia y se descongestiona en los delitos de bagatela. Como un aliciente, la Unión Europea prestó recursos para especializarlos en el sistema acusatorio.

El defensor público es contratado por prestación de servicios por un año, no tiene todos los derechos de un servidor público, no se le sujeta a un horario y en la práctica lleva asuntos particulares.

En Colombia, no hay un estudio serio de política criminal que permita conocer y saber cuáles son los delitos

que afectan a la sociedad, para determinar la estructura que requiere el país; en consecuencia, cada gobierno ajusta el sistema a sus intereses.

Bajo el principio de la autonomía del defensor, él es quien decide si realiza refutación de pruebas o efectúa defensa pasiva, además de la estrategia con plena autonomía. Las pruebas que reúne el equipo de investigación y los peritos le sirven al defensor para decidir cuáles va presentar y cuáles no. Las pruebas le sirven para refutar, para llegar a pre-acuerdos, incluso para el allanamiento u otro acuerdo con el fiscal.

La dogmática penal es un instrumento necesario para interpretar la ley, sin embargo, en Colombia se ha dejado al margen, a pesar de que se estimase indispensable para la teoría del caso, por lo que se ha buscado el apoyo de las universidades. Los defensores generalmente ejercen en cualquier delito, a excepción de un grupo de defensores públicos piloto, a quienes se les asignan asuntos de impacto social. El gremio de los mejores defensores es integrado por los docentes de las universidades.

Una cuestión que es de llamar la atención es el hecho de que existen colegios de abogados y que los defensores privados no están obligados a la colegiación.

Los defensores públicos cuentan con una escuela de especialización, tienen barra de abogados, donde recolectan jurisprudencia, debaten casos para escuchar opiniones y realizan análisis de tratados internacionales.

El entorno que presenta la defensa pública en Colombia es de bajo presupuesto económico, sin embargo, ha logrado que el defensor técnico se constituya en un protagonista con armas que le permiten cumplir su rol en el sistema acusatorio.

### **1. La figura de la tercerización y especialización de la función de defensa**

El juez tiene que controlar los estándares mínimos de calidad de la defensa de manera que el debido proceso no sea meramente formal. La forma específica para que asuma este control debe ser desarrollada jurisprudencialmente. Los jueces reportan casos donde la defensa técnica es tan deficiente que la corrección de tal hecho no se percibe como una renuncia a la imparcialidad sino como una medida de corrección a favor del debido proceso constitucional y legal. Para que este juez pueda hacer la corrección, se requiere de un test muy exigente: se trata de defensas técnicas que son evidentes o palmariamente incompetentes y que, de permitirse su continuidad, pondrían en serio peligro la juricidación del proceso. En el caso de abogado de confianza, da la impresión que la decisión final, después de la advertencia judicial, queda en manos del imputado/acusado. En el caso de la defensa pública, podría pensarse si el juez puede pedir un cambio o supervigilancia especial del defensor técnico asignado.<sup>22</sup>

La otra estrategia de control, aunque menos eficiente, consiste en que la calidad de la defensa sea apreciada por el juez de apelación (artículo 178) o por el tribunal de casación (artículo 181, 2º) o la actuación oficiosa que declare la nulidad de lo actuado (artículo 457). Esta solución es menos eficiente porque, de encontrarse que la defensa técnica fue materialmente inexistente, se puede originar la ineeficacia de la actividad procesal ya realizada. Tiene la ventaja, en todo caso, que este control judicial *a posteriori* impide que el juez pueda perder la

<sup>22</sup> Cfr. López Medina, D.E.: *El proceso penal...*cit., p. 186.

imparcialidad. En el Derecho, sin embargo, es claro que los sistemas usan mecanismos de control de calidad mínima de la defensa.<sup>23</sup>

## **2. Observación crítica del ejercicio de la defensa en el juicio oral**

Una de las funciones son presentar los alegatos de apertura o declaraciones iniciales con una descripción del objetivo (mapa conceptual de la teoría del caso) sobre los hechos y una advertencia de que lo que los abogados dicen no constituya una evidencia. Sin embargo, y como efecto estratégico de la defensa, puede ser más dramático y persuasivo comenzar el alegato de apertura o la declaración inicial directamente con una descripción del caso, contándolo o narrándolo como una historia, aunque relacionándolo con la evidencia y los testigos que se presentarán en la etapa de juzgamiento.<sup>24</sup>

La defensa en el juicio oral realiza el interrogatorio a los testigos, además del contrainterrogatorio; en todo proceso penal hay cinco intervenciones del fiscal y del defensor con el testigo del fiscal: el interrogatorio para exponer; el contrainterrogatorio (opcional), para refutar; el redirecto (opcional), para rehabilitar; aclaraciones (opcional), para aclarar, y las objeciones. Las anteriores, independientes de los alegatos de apertura y de conclusión; en cada una de ellas, se presentan situaciones muy particulares que permiten ir buscando las verdades y criterios más controvertidos para la búsqueda de la verdad. Cuando en este segmento se refiere al perito experto, también se está hablando del técnico de policía judicial quien, por su trabajo en la inmediatez del recaudo de los elementos probatorios y de evidencia física, debe testimoniar sobre

<sup>23</sup> Cfr. Ibídem, pp. 186-187.

<sup>24</sup> Cfr. Ibídem, p. 107.

el procedimiento actuado para la compilación física y conceptual (en entrevistas) en la escena del crimen o por la indagación e investigación adelantadas.<sup>25</sup>

## **3. Alegatos de conclusión**

La presentación y actuación del abogado defensor: el tono, entonación, acento, ritmo, gestos y modulación de la voz del interrogador contribuyen o substraen al desempeño de la tarea. Además de lo anterior, la presentación personal del interrogador fue aceptable. Su lenguaje estuvo revestido de la elegancia y cultura lingüística y discursiva que debe tener y ostentar un profesional del Derecho.

En el alegato conclusivo en el juicio oral, la defensa demuestra el concepto en el que sostiene su teoría del caso y, por supuesto, su alegato conclusivo ha sido aceptado y concordado con el bloque constitucional y con las sentencias que se han pronunciado por estos tribunales.

Se exponen los argumentos con un lenguaje decisivo, pero con modales y cortesías y con voz suave, pero perceptible que permita a la audiencia quedar fascinada, que le escuchen con atenta y concentrada atención, casi hipnotizados.<sup>26</sup> Además el abogado debe ser contundente con las preguntas que realiza al testigo, en virtud de que la ley limita el número a veinte.

Podríamos plantear la siguiente conjetura ¿Cuál es el verdadero interés del abogado litigante cuando interroga un testigo? La seducción y persuasión, en esos dos elementos concurre y consiste el papel de la abogacía en el juicio oral. La principal función del abogado en la audiencia pública es persuadir y seducir al juzgador

<sup>25</sup> Cfr. Ibídem, p. 156.

<sup>26</sup> Cfr. Ibídem, p. 162.



del hecho en la causa que se procesa. Lo que se diga o lo que se muestre (aspectos gestuales u otros recursos extralingüísticos) en la etapa del juicio oral, lo que busca es causar una fuerte impresión en la discreción decisoria del juez fallador.<sup>27</sup>

La persuasión sutil, analítica y sistemática, que se extrae por parte del defensor de los testigos en turno y de las pruebas busca crear, en el ambiente de la audiencia, una inclinación favorable hacia el elemento argumentativo que él esgrime. No existe otra instancia dentro del proceso para lograr que el fallador acepte la tesis (teoría del caso, alegatos de apertura o alegatos de conclusión) que se exponen, por parte del acusador o del defensor, para ganar la decisión favorable del fallador en ley. Decimos que en ley, por cuanto el mismo juez fallador debe aplicar y sostener los criterios que escucha y presencia, dentro del marco normativo que está aplicando: bloque de constitucional, ley sustancial, ley procesal y demás normas *infra* que se coinciden con las tipicidades anunciadas para la causa.

Ante el juez de conocimiento, el abogado de la defensa puede, con capacidad e intuición, proponer y disponer del escenario (su escenario) donde va a actuar, donde va a desarrollar y desplegar su acción argumentativa en pro de su causa.

El abogado de causa conoce muy bien cada detalle, cada peripécia, cada situación que se incorpora desde la indagación y la investigación al proceso; conoce, en parte, las estrategias y fines que pretende el ente acusador, desde la misma audiencia de formulación de imputación; conoce las concurrencias y límites de los cargos endilgados a su cliente, dado que éstos fueron *negociados*

<sup>27</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 181.

y *preacordados*, en la audiencia de acusación. El abogado defensor ha tenido el tiempo suficiente y las garantías para elaborar su propio programa metodológico, base de su teoría del caso.<sup>28</sup>

El abogado litigante debe entregar al juez de conocimiento una hoja de copia del diagrama que la defensa sigue. Ello permite que el juez y el defensor sigan un orden consecuencial similar sobre la causa. Además de ayudar al juez en el seguimiento del proceso en la audiencia, permite que el defensor esté avisado y pendiente en los tiempos e instancias de las actuaciones que se vayan surtiendo para cada segmento de la audiencia, lo que permite mayor posibilidad de éxito.

#### **4. Técnica para la eficiencia del abogado litigante en la audiencia pública del juicio oral**

El abogado litigante, desde el momento en que se asume la defensa técnica, debe recaudar la mayor información y datos sobre el proceso y causa que asume. Para ello, empieza a tomar notas, es decir, a apuntar las cosas y sucesos más importantes, en las entrevistas que realiza al imputado. Por tanto, ya se considera que los apuntes son primordiales para la causa porque reflejan la actuación y percepción del defensor-investigador en la escena del crimen y a través de su propia investigación. Para contrastar los elementos contenidos en sus notas, con la teoría que tenga del caso, el abogado litigante se hace acompañar de una síntesis de los apuntes el día del juicio oral.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 188.

<sup>29</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 241.



## **5. Análisis general de los elementos prácticos de la defensa en audiencias del sistema penal acusatorio:**

- a) De entre los principios, uno que guarda gran relevancia práctica es el derecho de contradicción, que se da cuando la defensa técnica recaba las pruebas y evidencias, y toma notas o hace sus apuntes, que sean idóneas y pertinentes para la teoría del caso y controvertir al fiscal y equilibrar el sistema.
- b) El defensor en el juicio oral toma en cuenta una serie de estrategias, analiza previamente las fortalezas y debilidades que hasta ese momento identifique en la fiscalía y con método lleva un orden en las intervenciones de la mano con su teoría del caso, para poder precisar con sus conclusiones el terreno a donde lleva al juez de la causa.<sup>30</sup>
- c) El defensor exitoso en la audiencia mantiene la serenidad, concentración, es firme en lo que articula en su expresión y, particularmente, lleva bien estudiado el caso y las condiciones en las que defiende.
- d) El primer acto que realiza el defensor técnico es con el indiciado, con *la entrevista*, en forma privada, sin la presencia del fiscal y de la policía judicial; desde el primer momento de su captura, se hace una aclaración, si tiene dinero para pagar un particular y, si no, se le nombra un defensor público, que pertenece a la Defensoría Pública; el defensor brinda la confianza y es amable con el indiciado, muestra interés en el caso y, sobre todo, es leal, para que narre la realidad, es

<sup>30</sup> Cfr. Benítez Acevedo, A.L.: *Actividades del defensor...cit.*, pp. XXI-XXII.

decir, la forma como fue capturado, si hubo o no violencia, si fue agredido o si él opuso resistencia; el defensor particular toma notas para preparar la estrategia, pregunta sus antecedentes, le sugiere que llame a un familiar, para demostrarle al juez el arraigo familiar, la relación con la sociedad y su situación laboral. Cuando el defensor público llena un formato de solicitud de servicio, se analizan los detalles de su captura y valora si le respetaron los derechos fundamentales, y lo que se observa en la audiencia de legalización de captura; cuando no se respetaron, por haber sido golpeado por los policías que hicieron la captura, el abogado defensor solicita ante el juez de control de garantías que ordene la libertad del indiciado.<sup>31</sup>

- e) En la audiencia de la formulación de la imputación que atiende el fiscal, éste le hace saber al indiciado si se allana a los cargos y sus consecuencias a favor y en contra y, de ser así, le advierte que obtendrá una rebaja del 50% de la pena que se le impondrá; todo lo anterior previamente debe ser explicado por el defensor al imputado en la entrevista.
- f) Cuando de forma libre y ausente de cualquier presión, el imputado no acepta allanarse a los cargos que le formula el fiscal, la defensa técnica, en las siguientes etapas procesales, debate el material probatorio recaudado para demostrar la inocencia del imputado en el juicio oral.
- g) En el juicio es trascendente la presentación, conducta, dominio del tema, la forma de transmitir sus conocimientos y la destreza en el manejo del

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. XXII.



- sistema penal acusatorio del defensor; todo ello se puede traducir en el éxito o fracaso de la defensa.
- h) En la audiencia preliminar para solicitar orden de captura del imputado, la participación de la defensa generalmente no es requerida pero, en la práctica, podría asistir e intervenir; ello sucedió en el caso donde la defensa técnica, con antelación, había logrado que el juez de control de garantías de Kennedy declarara legal la captura, dejándolos en libertad; una vez en libertad se comprometieron a presentarse a la audiencia de imputación, pero no asistieron, por lo que el fiscal solicitó la orden de captura; el defensor, ya en la sala de audiencias y al hacer uso de la palabra, se opuso a la orden señalada, argumentando que no era necesaria la presencia de los imputados para proceder a realizar la audiencia de imputación porque existen instituciones como la declaración de persona ausente y la contumacia, por lo que, una vez que el juez analizó los argumentos vertidos por la defensa, negó la expedición de la orden de captura.<sup>32</sup>
  - i) La presencia del abogado defensor en la audiencia preliminar para obtener muestras que involucren al imputado es obligatoria al igual que la del fiscal y del juez de garantías; se efectúa en la sala de audiencias y el juez concede el uso de la palabra al fiscal y lo requiere para que ofrezca los fundamentos jurídicos de su petición y presente los elementos materiales de pruebas; el juez concede la palabra a la defensa quien demuestra que no es urgente presentar

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 2.

- estas muestras; la resolución que se emite no admite recurso alguno.<sup>33</sup>
- j) La audiencia de control de garantías de allanamiento consiste en que el juez revise la diligencia de allanamiento realizada por la policía judicial con motivo de la orden emanada de la Fiscalía General de la Nación sobre la obligatoriedad de estar presente la defensa se precisa el momento del allanamiento; si fue realizado después de la formulación de la imputación debe estar presente. El fiscal presenta los informes y declaraciones, en las que sustenta su decisión, luego concede la palabra a la defensa, que, una vez que estuvo atenta a las declaraciones y demás medios de prueba, analiza si se ciñó a las normas procesales penales y, de no ser así, solicita la nulidad o invalidez de la actuación.<sup>34</sup>
  - k) Una vez que se realiza la audiencia de legalización de la captura, el fiscal realiza en audiencia la formulación de la imputación; el imputado decide si se allana o no a los cargos; cuando no se allana, implica que no renuncia al juicio y éste continúa con la tramitación de la audiencia de acusación, preparatoria y juicio oral.
  - l) En la audiencia de individualización de pena y sentencia, la defensa puede convenir un preacuerdo con la fiscalía; asiste obligatoriamente el fiscal, la defensa y el juez, y se le entrega a la defensa el escrito de acusación para su estudio y el fiscal expresa sus argumentos; el defensor

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 8-9.

<sup>34</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 16-17.



se encuentra muy atento a los argumentos del fiscal, a los elementos materiales y evidencia física que posee; el defensor demuestra la unidad familiar en la que vive el acusado, el arraigo en la sociedad, su trabajo u ocupación, acompañado de constancias. Además, la defensa le solicita al juez que aplique el principio de ponderación. En la medida de lo posible, trata de evitar la imposición de caución prendaria, si se le concede algún beneficio; al concluir la intervención de la defensa, el juez de control de garantías proferirá la respectiva sentencia.

- m) La defensa en la preclusión debe analizar si ha sido o no desvirtuada la presunción de inocencia. No podemos olvidar que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. De allí que si los elementos probatorios no son incriminatorios, significa que no se ha desvirtuado la presunción de inocente y se procedería a la preclusión de la investigación.<sup>35</sup>
- n) Imperiosa resulta la defensa luego de analizar las circunstancias referidas; es necesario que se le explique al imputado en qué consiste el pre-acuerdo, qué se va dialogar con el fiscal, qué se va a intentar pactar con dicho funcionario, qué beneficios puede traerle y, sobre todas las cosas, explicarle su actual situación frente al material probatorio existente, que el camino del pre-acuerdo es el más aconsejable.
- o) En la audiencia de formulación de acusación, el fiscal elabora y presenta el escrito de acusación ante el Centro de Servicios Administrativos, y

el juez preside la audiencia en compañía del fiscal y la defensa; el acusado puede estar si así desea, no es obligatorio para él. El defensor analiza si el escrito de acusación reúne los requisitos formales contenidos en la ley; en esta audiencia la defensa conoce los hechos, hace observaciones y pide aclaraciones sobre los mismos. El descubrimiento de pruebas por la defensa se inicia en la audiencia de formulación de acusación, pero existe clara obligación para ello en la audiencia preparatoria.<sup>36</sup>

- p) La defensa puede solicitar la prueba anticipada de un testigo afectado por grave enfermedad, porque tenga que abandonar el país por razones de trabajo u otra circunstancia; debe demostrar que el testimonio es definitivo para desarrollar la teoría del caso de la defensa y que no puede sustituirse por otro; todo lo anterior se hace ante el juez de garantías y también se realiza ante el juez de conocimiento, donde se realiza el interrogatorio y contra-interrogatorio del testigo.
- q) Al terminar la audiencia preparatoria, el juez señala fecha y hora para llevar a cabo el juicio oral y, dentro de los treinta días siguientes, se instala en presencia de las partes; al iniciarse, el juez le pregunta al acusado si se declara inocente o culpable, si se declara culpable él tendrá una rebaja de una sexta parte de los cargos aceptados; el defensor, en todo momento, asesora al acusado en el sentido de explicarle convenientemente no sólo las consecuencias de su aceptación de la culpabilidad, sino el trámite

<sup>35</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 67.

<sup>36</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 92.



y desarrollo del juicio oral para que, cuando llegue a la sala correspondiente, esté enterado de lo que sucederá en el juicio respectivo. Para ello ya se realizaron varias entrevistas previas al juicio. También sucede que el aceptar la culpabilidad es como consecuencia de un acuerdo previo entre la defensa y la fiscalía. Para ello, esta última le informa al juez los términos en que se pactó y la pretensión punitiva. Si no hay acuerdo o aceptación de culpabilidad, la fiscalía presenta su teoría del caso y también lo hace la defensa; al terminar esta etapa, se inicia la presentación y práctica de pruebas, enunciadas en la audiencia preparatoria por el fiscal y la defensa, ya que, en los alegatos, la defensa procura que sus testigos, peritos y, en general, todas las actuaciones sean eficientes y permitan demostrar su teoría del caso, para solicitar al juez absolución perentoria; de lo contrario el juicio continúa y tanto la fiscalía como la defensa presentan alegatos de conclusión; la defensa lo hace con tono de voz atemperado, pero lleno de vigor, con firmeza y confianza, demostrando así que le asiste razón en sus planteamientos.<sup>37</sup>

- r) En general, el éxito y misión de la defensa, en las diferentes audiencias del sistema acusatorio penal, depende de los factores de serenidad, concentración y acopio de la destreza del defensor.

<sup>37</sup> Cfr. *Ibidem*, pp.101-111.



## VI. Conclusiones

**Primera.** El Estado de Derecho social garantista, se caracteriza por la materialización efectiva de los derechos fundamentales, como lo es la defensa, y el principio del debido proceso, que se le deben garantizar al *imputado*.

**Segunda.** El derecho de defensa debe existir de forma continua y permanente, sin limitaciones temporales durante todo el proceso y cualquier irregularidad tendrá como consecuencia la nulidad del proceso.

**Tercera.** El derecho de defensa técnica, en el ámbito penal, tiene su fundamento en el artículo 29 de la Constitución colombiana, por lo que el indiciado, tiene derecho a que lo defienda un abogado escogido o nombrado por él o de oficio durante la etapa de investigación y el juzgamiento.

**Cuarta.** El término *sindicado* fue interpretado por la Corte Constitucional, al establecer que el imputado, procesado y los condenados deben estar asistidos de un defensor, para garantizar la defensa técnica que se instauró como derecho fundamental a nivel constitucional y se encargó a la institución del Defensor del Pueblo.

**Quinta.** La figura de la defensa técnica, de acuerdo con lo que el Estado implementó para desarrollarla, dio origen a los consultorios jurídicos en los que estudiantes de Derecho, intervienen en los procesos penales a cargo de los jueces municipales y autoridades de policía y, de oficio, en procesos penales como voceros o defensores en audiencia. También se permite ejercer la profesión de abogado a los sujetos que hayan terminado la carrera de Derecho y que no tengan título por dos años que son improporrogables, para que participen en la etapa de instrucción criminal de los procesos penales, en la segunda instancia y en los de circuito, como apoderados defensores, excepto para presentar el recurso de casación.



**Sexta.** La colegiación al Colegio Nacional de Abogados Litigantes por parte de los defensores no es una obligación para ejercer la profesión de abogado defensor, por lo que dicha colegiación no funciona como un medio de control del gremio, además de que, no obstante, no excluye que se exija una certificación de actualización y de formación jurídica, para elevar la calidad y los niveles de preparación.

**Séptima.** Los consultorios jurídicos en Colombia tienen su sede en las Facultades de Derecho de la nación y son atendidas principalmente por los estudiantes, con la participación y bajo el control de abogados que son los directores de éstos; además, funcionan como una práctica profesional para los estudiantes que prestan un servicio social, y permiten el acceso a la justicia a personas de bajos recursos.

**Octava.** Las clínicas jurídicas permiten a los estudiantes de Derecho, poner a prueba sus conocimientos en las cuestiones dogmáticas y llevarlas a la práctica, basándose en el método clínico, al realizar la defensa técnica de los sindicados; además las clínicas ofrecen bases para formar en prospectiva de abogados comprometidos, con habilidades teóricas y prácticas, como lo requiere actualmente el sistema acusatorio penal, preponderantemente oral.

**Novena.** El papel de las universidades en las clínicas legales permite preparar abogados de acuerdo con las realidades sociales y también la descongestión judicial; una de las universidades con mayor éxito en los consultorios y las clínicas legales es la de Medellín.

**Décima.** Un factor trascendental en el sistema acusatorio es el principio adversarial que para darle cumplimiento, en el mundo real, a la igualdad de armas; por lo tanto, es de resaltar que la institución del Defensor del Pueblo en Colombia cuenta con una *Unidad Operativa*

*de Investigación Criminal* para toda la defensa; a través de ella se pone a disposición de los defensores laboratorios forenses para que los auxilien y contrarresten los medios de prueba aportados por el fiscal. Los recursos técnicos y científicos con los que se ha dotado a la defensa son trascendentales al momento de desempeñar la función; en México, se debería implementar una Unidad de Investigación Criminal que apoye con recursos técnicos, laboratorios y peritos a la defensa pública del orden jurídico mexicano para que pueda operar eficazmente en el nuevo sistema acusatorio penal; como consecuencia de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, se propone que, en un primer momento, la Unidad Criminal podría estar integrada, a nivel federal, al Instituto Federal de Defensoría Pública; sin embargo, la autonomía de la institución de la defensa es un tema que debe reflexionarse a efecto de que el órgano que la encabece adquiera independencia normativa, presupuestaria y operativa.

**Décima primera.** El éxito de la figura de la defensa, en las diferentes audiencias del sistema acusatorio penal de Colombia, depende de la congruencia y de que se materialicen los principios rectores con base en las habilidades y preparación del abogado defensor.

## VII. Bibliohemerografía

- Amsterdam, Anthony G.: *Clinical Legal Education – A 21st Century perspective* (1984). En: Hurder, Alex et. alt. Clinical Anthology, Readings for Live-Client Clinics. Anderson's Law School Publications, Cincinnati, Ohio, 2003.
- Andrade Castro, Jason A. y Córdoba Angulo, Miguel F.: *Estructura básica del sistema procesal colombiano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007.

- Benítez Acevedo, Álvaro León: *Actividades del defensor en audiencias del sistema penal acusatorio*, Ed. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Colombia, 2008.
- Castro Ospina, Sandra Jeannette: *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005.
- Gómez Velásquez, Gustavo: *Código de Procedimiento Penal Colombiano, Comentado*, Colección Pequeño Foro, Bogotá, Colombia, 1987.
- Londoño Toro, Beatriz: *Las clínicas jurídicas de interés público en Colombia. Retos y posibilidades de una naciente experiencia*, s/e, s/a. p.
- López Medina, Diego Eduardo: *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia: La aplicación de técnicas de dirección judicial del proceso al sistema acusatorio colombiano*, Ed. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia, 2006.
- Peña Venegas, Jaime: *El derecho de defensa en el proceso penal colombiano*, Ed. Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Colombia, 2001.
- Puga, Mariela: *Los desafíos de las Clínicas Jurídicas en Argentina en Cuadernos de Análisis Jurídico*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Noviembre, Santiago, Chile, 2002.
- Saavedra Rojas, Edgar: *Derecho a la defensa en revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, 10-Derecho Penal y Criminología, volumen XVII, No. 56, mayo-agosto, Colombia, 1995.
- Saavedra Rojas, Edgar y Gordillo Lombada, Carlos: *Derecho Penal Internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia. 1995.
- Vásquez Santamaría, Jorge Eduardo: "El acceso a la justicia: el rol de los consultorios jurídicos gratuitos frente a las clínicas jurídicas de interés público", en *Revista Universidad de Medellín*, vol. 42, No. 84, julio-diciembre, Colombia, 2007.



---

## **Los retos del Juicio en Línea en materia fiscal y el Asesor Jurídico Federal**

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

RESUMEN: Como consecuencia de la globalización o mundialización, el avance tecnológico en áreas diversas de la actividad humana, tales como investigación, educación, comercio, comunicaciones, ciencia, etc., ha crecido en los años recientes, por lo que la realidad social se percibe de manera diferente con el uso de los medios electrónicos, lo cual ha modificado su relación con la ciencia jurídica. En el ámbito judicial, se ha implementado paulatinamente el uso de tecnologías informáticas para el desarrollo de la actividad de los órganos jurisdiccionales, principalmente en el ámbito interno.

Sin embargo, en esa área aún es poco el uso de esos medios para que los justiciables interactúen con los órganos encargados de impartir justicia a través de medios electrónicos o digitales; una de las razones se debe a que existe un temor a la fiabilidad de los sistemas informáticos, ya que como ciudadanos estamos más acostumbrados a la subcultura coloquial *del papelito habla*.

---

\* Asesor Jurídico Federal.

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



Para aprovechar la tecnología en la función judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en agosto de 2006, decidió adoptar el diseño de políticas públicas específicas para los poderes judiciales mediante estrategias establecidas en el denominado *Libro Blanco de la Reforma Judicial*.

En el campo hacendario federal se han vuelto una realidad, en materia de documentos digitales, la certificación y la firma electrónica avanzada. Ante esta nueva realidad surgen retos para el Instituto Federal de Defensoría Pública, ya que impacta en el trabajo del asesor jurídico federal, porque se debe evitar el rechazo de promociones escritas, lo que conlleva a la vulneración de las garantías de acceso a la información, de petición y de acceso a la justicia, conforme a nuestra carta fundamental, por lo cual se propone en el presente trabajo académico una reforma específica a las bases de funcionamiento del citado Instituto.

**SUMARIO:** Introducción. I. Asesoría Jurídica Federal. II. Juicio en Línea. III. Conclusiones. IV. Propuesta. V. Anexos. VI. Bibliografía.

## Introducción

Sin lugar a dudas que, como consecuencia de la mundialización o globalización, el avance tecnológico en áreas como comercio, ciencia, investigación, educación, comunicaciones, etcétera, ha crecido en los años recientes, por lo que la realidad social se percibe de manera diferente con el uso de los medios electrónicos, lo cual ha modificado su relación con la ciencia jurídica. En esta tesis, la llamada *sociedad de la información*,

que se define como *el uso masivo de tecnologías de la información y comunicación para difundir el conocimiento y los intercambios en una sociedad*,<sup>1</sup> determina la visión y necesidad de los órganos estatales para servirse de dichas tecnologías en su actividad, tanto de manera interna como para los particulares.

En el ámbito administrativo, la informática permite hacer más eficiente, en tiempo y costo económico, la actuación de las dependencias mediante el uso de sistemas de cómputo, bases de datos, redes internas y externas de informática, lo cual ha provocado que el servidor público agilice trámites y procedimientos administrativos, por un lado, internos y, por otro, para con los particulares. Es en el Diario Oficial de la Federación del 30 de mayo del 2000, donde se publicaron las reformas a diversos párrafos del artículo 69-C de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en el cual se autorizó que, a través de medios de comunicación electrónica, los particulares pudieran presentar promociones y solicitudes ante las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal.

El 17 de enero del 2002, se publicó, en el citado Diario, un Acuerdo emitido por el Secretario de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, en el que se establecieron normas generales en materia de recepción de promociones, notificaciones, citatorios o requerimientos a través del uso de medios electrónicos, en los términos previstos en el numeral arriba referido.

Como ejemplos de la puesta en práctica de dichos avances, la Secretaría de Educación Pública ha implementado, dentro de las escuelas públicas, el uso de los medios informáticos mediante el programa

<sup>1</sup> Téllez Valdés, J.: *Derecho...cit.*, p. 6.

Enciclomedia,<sup>2</sup> y la Procuraduría Federal del Consumidor, a través del sistema informático Concilianet,<sup>3</sup> ofrece los procedimientos de conciliación en línea. De lo anterior se desprende que la tendencia es aprovechar, cada vez más y en distintos ámbitos, los sistemas computacionales.

En el campo hacendario, es a partir de las reformas de 2006 al Código Fiscal de la Federación, donde se volvió una realidad el empleo de documentos digitales, certificación y firma electrónica avanzada, por lo que podemos aseverar que el pionero es el Servicio de Administración Tributaria, ya que su portal de internet va a la vanguardia. La mayoría de las declaraciones de impuestos se hacen vía electrónica, se generan claves de acceso y certificados digitales. En fechas recientes, la referida dependencia federal dio otro paso al establecer la factura electrónica o digital.

El objetivo de utilizar documentos electrónicos, en lugar de los tradicionales, consiste en reducir el consumo de papel, ahorrar espacio de almacenamiento, facilitar la búsqueda y el archivo de la información, y ser de utilidad al gobernado, quien ya no deberá hacer filas, pues los trámites que necesita realizar son más expeditos, independientemente de que los hará a distancia aprovechando los avances de la informática.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa nos ha tendido una cuerda encima del abismo, el asesor

<sup>2</sup> Este programa tiene como finalidad contribuir a fortalecer los procesos de enseñanza, aprendizaje con el uso de tecnologías de la información y la comunicación, Anexo I, Características Generales del Programa (consultado, el 2 de abril de 2011, en: [http://www.sep.gob.mx/wb/sepl/programa\\_enciclomedia](http://www.sep.gob.mx/wb/sepl/programa_enciclomedia)).

<sup>3</sup> Módulo de resolución de controversias a través de Internet que abarca desde la presentación de la queja hasta el fin del procedimiento conciliatorio (consultado, el 27 de mayo de 2011, en: <http://concilianet.profeco.gob.mx/concilianet/faces/inicio.jsp>).

jurídico debe cruzar al otro lado, aunque los demás equilibristas deban saltar sobre él.

La normatividad que rige a la defensoría pública federal y los avances que presenta la legislación de la contención administrativa, provocan que debamos analizar el *juicio en línea*.

## I. Asesoría jurídica federal

### A.- Instituto Federal de Defensoría Pública

La Ley Federal de Defensoría Pública creó al asesor jurídico federal con el objetivo de cubrir la laguna de asistencia legal gratuita en las materias administrativa, civil y fiscal a nivel federal.

Podemos establecer que el criterio inspirador de la Ley Federal de Defensoría Pública consiste en preservar y proteger los derechos de los usuarios, ejerciéndolos ante las autoridades jurisdiccionales mediante acciones y defensas, expuestas a través de las diversas instancias, a fin de asegurar una representación eficaz y evitar la indefensión de los representados.

Los usuarios, como profanos del Derecho, requieren de quien los guíe durante la travesía jurisdiccional, porque el objeto de la defensa gratuita es asistir a las personas que estén desempleadas, jubiladas o pensionadas y a sus cónyuges, trabajadores eventuales o subempleados, que reciban, bajo cualquier concepto, ingresos brutos, en un mes, de hasta doce veces el salario mínimo general mensual vigente en el Distrito Federal; asimismo, son beneficiarios de ese tipo de asistencia los indígenas y las personas que, por cualquier razón social o económica, tengan la necesidad de estos servicios.



Como es de advertirse, los destinatarios del servicio de asesoría jurídica federal son personas que carecen de la capacidad económica para contratar los servicios de un abogado particular. De ahí que el Estado mexicano no se limite a ofrecer defensa en materia penal, sino que se extiende a otras ramas del Derecho, haciendo así una aplicación extensiva de la garantía de acceso a la justicia contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### **B.- La competencia del asesor**

Para los efectos del presente trabajo académico, sólo abordaremos lo concerniente a la promoción del juicio contencioso administrativo.

La competencia del asesor jurídico federal se deriva de los artículos 4º de la Ley Federal de Defensoría Pública y 29, fracciones I, incisos b) y c), y II, inciso a), de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública:

**Artículo 4.** 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.<sup>4</sup>

**ARTÍCULO 29.-** El servicio de asesoría jurídica del fuero federal debe prestarse en las materias que a continuación se señalan:

I. Materia administrativa;

(...)

<sup>4</sup> Véase: <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/Quees/docs/LFDP.pdf> (fecha de consulta 30 de junio de 2011).

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.<sup>5</sup>

### **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.

(...)

Hemos tenido que incluir las materias administrativa y fiscal, ya que el juicio contencioso administrativo no procede exclusivamente en asuntos de índole fiscal, sino que la mayoría de hipótesis de procedencia son eminentemente administrativas, tal y como se desprende del artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

### **C.- El expediente**

Cada vez que un usuario acude a solicitar el servicio de asesoría se debe registrar la atención brindada mediante un expediente, que se compone principalmente de los documentos que enumera el artículo 44 de las Bases<sup>6</sup> ya citadas:

<sup>5</sup> Véase: <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/Quees/docs/basesGenerales.pdf> (fecha de consulta 30 de junio de 2011).

<sup>6</sup> Ídem.



**ARTÍCULO 44.-** Los expedientes de control para el servicio de asesoría jurídica se integran con los documentos siguientes:

I. Solicitud del servicio.- Contiene los datos generales del peticionario y describe de manera sucinta el motivo por el cual acude al Instituto;

II. Reporte inicial.- En el cual el asesor jurídico informa a la dirección o delegación correspondiente sobre las orientaciones, asesorías y representaciones, debiendo contener el nombre del peticionario y sus datos generales, así como el tipo de asunto planteado;

III. Oficio de canalización.- Se elabora cuando, al proporcionar el servicio en la modalidad de orientación, el asesor jurídico remite al solicitante a la institución que deba darle atención jurídica gratuita;

IV. Dictamen técnico.- Se emite por el asesor jurídico en la modalidad de asesoría, después de analizar las manifestaciones y documentación que aporte el solicitante, determinando la competencia del Instituto y la inviabilidad del patrocinio legal;

V. Planteamiento de representación.- Se elabora cuando el solicitante es destinatario del servicio, o inmediatamente después de que el estudio socioeconómico determina que reúne los requisitos para que se le proporcione, y contiene los datos para identificarlo, los generales del representado, así como la estrategia de actuación en el mismo;

VI. Estudio socioeconómico.- En él se analiza la situación social y económica del solicitante del servicio, con el fin de determinar, cuando se estime procedente, si se encuentra en alguno de los supuestos que establece la Ley, para otorgarle representación;

VII. Promociones.- Escritos en los que el asesor jurídico promueve todo lo relacionado a la representación de

sus patrocinados ante los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas competentes del fuero federal;

VIII. Notas de acuerdo.- Contienen una síntesis de los acuerdos o resoluciones emitidos por las autoridades judiciales o administrativas ante las que se promueve y permiten conocer con precisión el estado que guardan los procedimientos o procesos a cargo del asesor jurídico, según sea el caso; y

IX. Carta compromiso.- Contiene las obligaciones que asume el usuario con el asesor jurídico, cuando el servicio proporcionado es el de representación.

Estos documentos deben agregarse al expediente de control en orden cronológico, y entregarse o remitirse los duplicados a la dirección o delegación que corresponda el día viernes de cada semana, o el hábil inmediato anterior si aquél no lo fuera, abarcando todos los documentos relativos a la semana correspondiente.

Cuando por la naturaleza extraordinaria del asunto o por otra causa justificada no sea posible el envío en ese día del planteamiento de representación a que se refiere la fracción V del artículo 44, el asesor deberá informar indefectiblemente la aceptación del caso y sus datos principales, remitiendo el planteamiento respectivo a la brevedad.

La información electrónica deberá ingresarse al sistema integral en forma inmediata y correcta.

Es de resaltarse que las promociones, a que se refiere la fracción VII del precepto transrito, se agregan a expedientes que no son electrónicos, por lo que todos sus elementos están asentados en papel.

Pero no sólo es un ejemplar de las promociones y de las notas de acuerdo, sino que son elaboradas por

duplicado, pues así lo ordena el numeral 45 de las referidas Bases Generales.

En caso de que se envíe alguna promoción *en línea*, el acuse de recibo será impreso y anexado al expediente de control interno.

El *sistema integral* es una base de datos en la cual los asesores jurídicos registran los documentos que conforman los expedientes, creándose así un respaldo informático o un expediente electrónico.

Por otra parte, las *coordinaciones* son servicios de representación que presta un asesor jurídico cuando la autoridad, ante la que se debe ventilar el asunto, no tiene su sede en la misma ciudad que el asesor que presta el servicio, por lo que debe pedir auxilio de su homólogo para presentar las promociones ante el órgano correspondiente.

La Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, en el antepenúltimo párrafo del artículo 13, permite que la demanda sea enviada a la Sala Regional competente a través de Correos de México, con el servicio de correo certificado con acuse de recibo; ello siempre que el envío se efectúe en el lugar en que resida el demandante; esta disposición resulta benéfica para los actores que no residen en la ciudad sede de la Sala Regional, pero mayores beneficios se obtienen del *juicio en línea*, a *prima facie*, ya que evita tener que gastar en el servicio de correo; sin embargo, cuando el interesado, por primera ocasión, promueve juicio contencioso administrativo *en línea* debe acudir a la Sala Regional a fin de registrarse como usuario externo y obtener su clave de acceso.

En el supuesto que el interesado ya cuente con su clave de acceso, los asesores jurídicos federales adscritos a ciudades en donde no existe Sala Regional pueden tramitar el juicio contencioso administrativo *en línea*, sin tener que establecer coordinación con sus homólogos.

#### **D.- Supervisión**

La labor del asesor jurídico es sometida al escrutinio de un evaluador, quien recibe la información de parte del supervisor.

Cuando se lleva a cabo la supervisión en el lugar de adscripción del asesor, el supervisor elige los expedientes que serán analizados y obtiene duplicados xerográficos para hacérselos llegar al evaluador, lo que se traduce en gasto de papel. De ahí que, aun y cuando existe la posibilidad de tramitar el juicio contencioso administrativo *en línea*, todas las promociones, acuerdos y acuses tendrán que ser impresos, a fin de que la labor del asesor sea evaluada.

#### **E.- La contención administrativa**

La competencia del asesor jurídico no se limita a la promoción de juicios de índole fiscal, sino también conoce de los asuntos de materia administrativa en donde se impugnan actos emitidos por la Comisión Nacional del Agua, la Comisión Federal de Electricidad, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Procuraduría Federal de Defensa al Consumidor, entre otras.

## **II. Juicio en línea**

#### **A.- Contención administrativa electrónica**

El 26 de marzo de 2009, el Presidente de la República presentó ante la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, como cámara de origen, una iniciativa que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal



de Procedimiento Contencioso Administrativo y de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, para implementar el llamado *juicio en línea*, el cual tiene como objetivos principales los siguientes:<sup>7</sup>

- a) Establecer la posibilidad de que los particulares puedan impugnar los actos y resoluciones administrativas de carácter individual o general, utilizando dispositivos electrónicos y sistemas computacionales, por lo que todas las promociones y documentos serán presentados de manera digital y contendrán la firma electrónica avanzada que los valide, proporcionada por el mismo Tribunal.
- b) La integración y consulta de los expedientes que se formen con motivo de la tramitación de los juicios ante el tribunal a través de internet.
- c) La implementación de un *Sistema de Justicia en Línea* por parte del tribunal para la sustanciación del *juicio en línea*.

En este orden de ideas, la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, en la fracción XIV del artículo 1-A, define el sistema de justicia en línea y señala que es el sistema informático establecido por el tribunal a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso administrativo que se sustancie ante el tribunal.

La ley en cita, en su artículo 1-A, enlista las definiciones aplicables al juicio en línea y, en la fracción VIII, da el concepto de documentos electrónicos, los que

<sup>7</sup> Véase la *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, jueves 26 de marzo de 2009, año XII, número 2725-II. (consultada, el 2 de julio de 2011, en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>).

a su vez forman parte del expediente electrónico, cuyos elementos se contienen en el numeral 58-D de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Esta aplicación implica que *las diferentes fases del proceso pueden ser conocidas en cualquier momento, lo cual permite conocer el estado del juicio, así como el lugar donde se encuentra el expediente*.<sup>8</sup>

### B.- Acceso

El 4 de mayo de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Acuerdo E/JGA/16/2011<sup>9</sup> que contiene los lineamientos técnicos y formales para la sustanciación del juicio en línea. Y es de resaltarse el siguiente artículo:

**Artículo 4.- Las Claves de Acceso asignadas por el Sistema a Usuarios Externos se otorgarán exclusivamente a personas físicas, sean promoventes, autorizados, delegados, representantes legales, terceros interesados, peritos de las partes, peritos terceros, ciudadanos en general, así como personas físicas que ostenten la calidad de titular de una unidad administrativa, tanto susceptibles de ser actoras o demandadas, como las encargadas de su defensa en juicios.**

Conforme a ese precepto, el asesor jurídico es un usuario externo y es persona física y la clave de acceso será proporcionada a los *autorizados*, figura que está prevista en el cuarto párrafo del artículo 5° de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y a los asesores jurídicos por los representados en la demanda

<sup>8</sup> Téllez Valdés, J.: *Op.Cit* p. 25.

<sup>9</sup> Véase: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5188282&fecha=04/05/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5188282&fecha=04/05/2011) (fecha de consulta 30 de junio de 2011).

inicial. Para ser autorizado, se requiere ser licenciado en derecho, requisito que comulga con la fracción II del artículo 5º de la Ley Federal de Defensoría Pública; este precepto exige que, para ser asesor jurídico federal, se debe haber obtenido la licenciatura en derecho y la cédula profesional correspondiente.

El *autorizado* tiene las siguientes facultades:

- a) Recibir notificaciones a nombre del promovente.
- b) Podrá hacer promociones de trámite, ya sea ampliación de demanda, desahogar vistas, desahogar prevenciones, cumplir requerimientos, promover juicios de amparo.
- c) Ofrecer pruebas, participar en el desahogo de los medios de convicción.
- d) Presentar alegatos.
- e) Interponer recursos como el de reclamación y queja.

La lista que antecede fue complementada con base en las tesis con números de registro y rubros que enseguida se indican:

*Registro No. 164163, AUTORIZADO PARA OÍR NOTIFICACIONES EN TÉRMINOS DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 5º DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, VIGENTE HASTA EL 28 DE ENERO DE 2010. CASOS EN LOS QUE ESTÁ FACULTADO PARA DESAHOGAR PREVENCIONES.<sup>10</sup>*

*Registro No. 179661, AUTORIZADO EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ESTÁ FACULTADO PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO.<sup>11</sup>*

<sup>10</sup> Véase la tesis: P./J.65/2010, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, tomo XXXII, agosto de 2010, p. 6.

<sup>11</sup> Véase la tesis: 2a./J.199/2004, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, tomo XXI, enero de 2005, p. 506.

Dado lo antes anotado, hay que precisar que el autorizado, no obstante que no comparta identidad con el actor, puede obtener clave de acceso, a fin de continuar con la promoción del juicio a nombre del directamente interesado. Así, el asesor jurídico federal puede ser dotado con la clave de acceso a fin de prestar el servicio de representación.

¿La clave de acceso es única por persona? Acorde a los artículos 4º y 8º de los lineamientos técnicos y formales para la sustanciación del juicio en línea, la clave de acceso tiene vigencia permanente; sin embargo, la fracción IV del artículo 1-A de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo señala que la clave sirve para consultar el expediente respectivo. Ya vimos que su vigencia es indeterminada mientras que el titular no registre la baja y que es necesaria para consultar el expediente respectivo. Consecuentemente, la respuesta a nuestra pregunta es: la clave de acceso sí es única por persona.

Según las plantillas de diseño de las pantallas del juicio en línea, el actor debe registrar a sus autorizados (ANEXO 1);<sup>12</sup> posteriormente el secretario de acuerdos, previa revisión, validará a los autorizados (ANEXO 2).<sup>13</sup> Aunado a lo expresado en el párrafo precedente, derivamos que el actor es quien debe obtener su clave de acceso y designar autorizados, quienes a su vez tendrán su propia clave a fin de consultar y promover dentro del expediente. Debido a la falta de técnica legislativa, pudiera parecer que se requiere clave para cada expediente; en nuestra opinión, la clave asignada al autorizado le debe permitir

<sup>12</sup> CD Demostrativo Funcional del Sistema de Justicia en Línea, Usuarios Externos, junio 2011, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

<sup>13</sup> *Idem*.

consultar y promover en todos aquellos expedientes en donde sea nombrado por los diversos actores y, estos últimos, son quienes sí deben tener claves individuales.

### C.- La firma

El actor debe estampar el trazo que lo identifica en la demanda inicial, pues mediante la firma da a entender que es su voluntad promover el juicio contencioso administrativo; por lo tanto, en nuestro sistema jurídico la firma se reconoce como forma de expresión de la voluntad, produciendo los mismos efectos que la firma autógrafa. Así, la firma electrónica se define como los datos electrónicos que sirven para identificar al firmante en relación con un mensaje de datos que indique que la persona ha aprobado la información contenida en ese mensaje de datos.

Al respecto es menester referirse al Código de Comercio como única disposición federal positiva, que hasta la fecha precisa qué se entiende por firma electrónica y firma electrónica avanzada. Lo anterior se debe a que ese ordenamiento incorporó, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 2003, la definición aportada por el artículo segundo de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.<sup>14</sup>

Para la modalidad del juicio en línea, la firma electrónica avanzada sustituye a la firma autógrafa, tal y como se advierte de la fracción IX del artículo 1-A de la Ley

<sup>14</sup> La Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobada por la UNCITRAL, el 5 de julio de 2001, puede ser consultada en: <http://daccessdss.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/490/29/PDF/N0149029.pdf?OpenElement>

Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y que no debe ser confundida con la firma digital señalada en la diversa fracción VIII, la que es una representación en un archivo informático del trazo de identificación de la persona.

El ya citado precepto, en su fracción IV, indica que el envío de promociones en línea debe hacerse con la firma electrónica avanzada, la cual *es un medio para que la autoridad tenga la certeza de que quien está enviando el documento, a través de internet, es precisamente ese contribuyente.*<sup>15</sup>

Al respecto, resultan aplicables las tesis siguientes:

#### ***FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA EN MATERIA ADUANERA. EQUIVALE A FIRMA AUTÓGRAFA.-***

*De acuerdo a lo que dispone el artículo 38 de la Ley Aduanera, la firma electrónica avanzada que corresponda a cada uno de los agentes aduanales, mandatarios autorizados y apoderados aduanales, equivaldrá a la firma autógrafa de éstos; por tanto, si en un pedimento de importación se advierte que la firma del agente o apoderado aduanal fue impuesta electrónicamente con la firma electrónica avanzada respectiva, debe considerarse legal tal documento, ya que el legislador dispuso que este tipo de firma equivale a la autógrafa. (65)<sup>16</sup>*

#### ***FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA. CITARLA INCORRECTAMENTE NO SE EQUIPARA A ERROR***

***MECANOGRÁFICO.-*** *La firma electrónica anotada en un pedimento de importación, trasciende en el ámbito jurídico, puesto que con ello se transmite al sistema*

<sup>15</sup> Silva Juárez, E.: *Ley aduanera...*cit., p 1173.

<sup>16</sup> Tesis V-TASR-VIII-2166. (Véase en la *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Primera Sala Regional Norte-Centro, Quinta Época, año VI, No. 69, septiembre 2006, p. 156).



*electrónico un dato de identidad y voluntad del agente aduanal, mandatario autorizado o apoderado aduanal que tramita el mismo, en virtud de que el artículo 38, párrafo segundo de la Ley Aduanera señala expresamente que el empleo de la firma electrónica que corresponda a cada uno de los agentes aduanales, mandatarios autorizados y apoderados aduanales, equivaldrá a la firma autógrafa de éstos, luego entonces es un dato del que se desprende la identidad y voluntad del sujeto signante del documento, tal y como sucede con la firma autógrafa del mismo. Por lo tanto, si no se asentó correctamente la firma electrónica, dicho error resulta tan relevante como el hecho hipotético de que la firma autógrafa que ostenta el pedimento de importación no fuese de la persona que lo trámító y en ese sentido no puede considerarse como un simple error mecanográfico. (19)<sup>17</sup>*

La obtención de la firma electrónica avanzada es a través del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ya que así lo indican los artículos 28, 29 y 30 del acuerdo E/JGA/16/2011 y 58-E de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo. Por tanto, el usuario del Instituto Federal de Defensoría Pública debe acudir ante el referido tribunal para hacer el registro correspondiente, lo cual puede ser considerado por aquél como innecesario si la firma autógrafa tiene el mismo efecto, tal y como se advierte del precepto 58-F de la ley en cita. De materializarse dicha situación, la participación del asesor jurídico federal se reduciría a promover juicios en la vía tradicional, ya sea en la vía ordinaria o en la sumaria.

<sup>17</sup> Tesis V-TASR-XXXI-1232. (Véase en la Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Tercera Sala Regional del Noroeste, año IV, No. 45, septiembre 2004, p. 292).

#### **D.- Los documentos**

En el *juicio en línea* los medios de prueba ya no se exhibirán en papel porque las partes adquieren la obligación de digitalizarlos. El oferente, bajo protesta de decir verdad, deberá dar a conocer si la reproducción digital corresponde a una copia simple, una copia certificada o al original y, tratándose de esta última, si tiene o no firma autógrafa. Omitir la referida manifestación hace presumir, en perjuicio sólo del promovente, que el documento digitalizado corresponde a una copia simple, reduciéndose así su eficacia probatoria.

El numeral 58-K de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo es una muestra de confianza en el gobernado, pues los actos de autoridad gozan de la presunción de legalidad; en cambio, con el particular se debe cumplir con fórmulas, requisitos formales, como es asentar que, *bajo protesta de decir verdad*, se cuenta con el original del documento ofrecido como prueba.

El acuerdo E/JGA/16/2011,<sup>18</sup> en su anexo único, da a conocer las características que deben reunir los documentos que se anexen a las promociones:

*Los documentos digitalizados o escaneados deberán contar con una resolución óptica en rangos de entre 100 y 600 dpi, con la posibilidad de ajustar la resolución en caso necesario. Para ello se recomienda generar la salida del documento digitalizado o escaneado en formato PDF a 200 dpi y 256 colores, preferentemente, además de contar con la opción de ‘solo lectura’ y permitir la selección del texto.*

*Para los archivos de ‘tipo imagen’ serán aceptados los siguientes formatos: jpg, jpeg, .tif, .bmp, .png, .jpe,*

<sup>18</sup> Véase: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5188284&fecha=04/05/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5188284&fecha=04/05/2011) (fecha de consulta 30 de junio de 2011).



*.jfif, .gif y .dib, que pueden ser abiertos por la mayoría de las herramientas de visualización.*

*Los documentos asociados a videos y audio, podrán presentarse en alguno de los formatos siguientes: .avi, .flv, .mp4, .wmv, DVD-video (video); .mp3, .wma, audio CD, DVD-audio, .wma y .mpg (audio).*

*Los documentos elaborados con herramientas de productividad para oficina, de la suite de Microsoft se aceptarán en Word, Excel y PowerPoint en sus versiones 97, 2000, 2002, 2003, 2007 y 2010; También se aceptarán otras suites, como Works 6.0, 7.0, 8.0 y 9.0; WordPerfect 5.0 y 6.0; de igual manera formatos abiertos emitidos por Staroffice, Openoffice, Lotus Symphony, entre otros: .odf.*

*Especificamente, para documentos que contengan datos o información generados por otras herramientas, también se aceptarán los siguientes formatos: .xml, .rtf, .txt, .html, .htm, .mht y .mhtml.*

No se deben confundir los documentos escaneados o digitalizados con los generados por medios electrónicos, para diferenciarlos atenderemos a la doctrina.

El documento electrónico es definido, por el Doctor Julio Téllez Valdés, como el *conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora, y que, sometidos a un adecuado proceso, permiten su traducción a lenguaje natural mediante una pantalla o una impresora.*<sup>19</sup>

Por su parte, Lucerito Flores Salgado expone:

*Podemos establecer que el documento electrónico es aquél proveniente de un sistema de elaboración electrónica (certificados de antecedentes, tickets emitidos por cajeros automáticos, etc.), es decir, es la información procesada por computadora, a través de*

<sup>19</sup> Op. cit. pp. 288 y 289.

*las señales electrónicas, plasmadas en un soporte, aquí se debe distinguir entre el documento electrónico en sentido estricto, que es aquel que está ‘escrito’ en forma magnética u óptica y aquél proveniente de un sistema informatizado, o sea, que ha sido plasmado en papel o llevado a la pantalla del computador con información proveniente de un documento electrónico en sentido estricto.*<sup>20</sup>

Con base en el par de definiciones antes anotadas, es posible afirmar que los medios de prueba, a los que alude el artículo 58-K de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, son documentos que originalmente obran en papel y se les convierte a un archivo que puede ser aperturado y procesado con programas informáticos. Por otro lado, los documentos que se generan, como los acuerdos que recaigan a las promociones presentadas en línea y las notificaciones, son producidos estrictamente con herramientas informáticas y que, no obstante que puede ser reproducido en papel, su origen es electrónico.

Sirve de complemento la tesis,<sup>21</sup> cuyo rubro y texto dicen:

**INFORMACIÓN GENERADA O COMUNICADA EN MEDIOS ELECTRÓNICOS Y ÓPTICOS OFRECIDA COMO PRUEBA, SU VALORACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** La prueba, es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes. El Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la materia contenciosa administrativa, en su artículo

<sup>20</sup> Flores Salgado, L.: Derecho...cit., p.106.

<sup>21</sup> Tesis VI-TASR-XXI-9 (Véase la Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Décima Sala Regional Metropolitana, año II, No. 19, julio 2009, p. 327).



93, reconoce una basta variedad de medios de prueba, de entre los cuales se encuentran aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia. Este rubro está integrado, entre otro gran cúmulo de instrumentos probatorios, por los medios magnéticos, v.g.r. el cassette, el disco duro de una computadora y las tarjetas de memoria, entre otros análogos. Este último grupo, engloba a su vez a los conocidos como discos ópticos o comúnmente llamados CD-ROM y DVD, cuya información se encuentra cifrada, de modo que es indispensable el programa respectivo y una computadora para reproducir el contenido a lenguaje distinto del binario (o mejor conocido como lenguaje máquina, en el que sólo se pueden utilizar 2 símbolos, el 0 y el 1) que permitan hacerlo inteligible para el lenguaje humano.- Partiendo de la base anterior y debido a que los dispositivos ópticos y/o electrónicos dados los avances de la ciencia pueden ser alterados con aparente facilidad, el juzgador para valorar la información contenida en los dispositivos aludidos, debe contar con los elementos necesarios como son el programa en el que la información fue cifrada (software) y las claves de acceso (otorgadas por la autoridad cuando se firmó la carta compromiso de uso de los dispositivos). Así entonces, la parte oferente de la prueba (consistente en documentos electrónicos), para acreditar su acción debe perfeccionarla mediante la aportación en el juicio del programa de cómputo correspondiente con el que se creó el archivo para poder descifrar el contenido del documento electrónico, pues en caso contrario el mismo carece de todo valor probatorio al no contar el juzgador de todos los elementos para accesar al contenido aludido documento electrónico y por tanto,

*deviene en infundada la pretensión de la oferente de la prueba en cuestión. (4)*

Es claro que la ventaja de digitalizar o escanear las pruebas consiste en reducir costos en insumos y que también se evitan las copias de traslado, con excepción de aquellos casos en que se señale en la demanda un tercero perjudicado, pues no se tiene la certeza que el mismo cuente con firma electrónica avanzada para participar en el juicio en línea, tal y como lo ordena el artículo 58-M de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.

Además, la existencia de un expediente electrónico permitirá que ya no se tengan que cubrir derechos para la expedición de copias certificadas y, en otros casos, el asesor jurídico federal no deberá dejar la oficina de su adscripción para acudir a las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para consultar el expediente o presentar promociones, lo que se traduce en tener mayor tiempo para estudiar los asuntos a su cargo.

¿Qué pasará cuando se necesite ofrecer pruebas en un juicio de amparo indirecto, cuando el acto reclamado se derive de un juicio contencioso administrativo tramitado en línea? La respuesta consiste en que la autoridad responsable deberá imprimir todo lo actuado y remitirlo al juez de distrito. Lo anterior tiene sustento en el siguiente precepto de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo:<sup>22</sup>

**ARTÍCULO 58-Q.-** *Para la presentación y trámite de los recursos de revisión y juicios de amparo que se promuevan contra las actuaciones y resoluciones*

---

<sup>22</sup> Véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/wo15305.doc> (fecha de consulta 30 de junio de 2011).



*derivadas del Juicio en Línea, no será aplicable lo dispuesto en el presente Capítulo.*

*El Secretario General de Acuerdos del Tribunal, los Secretarios Adjuntos de Sección y los Secretarios de Acuerdos de Sala Superior y de Salas Regionales según corresponda, deberán imprimir el archivo del Expediente Electrónico y certificar las constancias del juicio que deban ser remitidos a los Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito, cuando se impugnen resoluciones de los juicios correspondientes a su mesa.*

*Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que así lo solicite el Juzgado de Distrito o el Tribunal Colegiado se podrá remitir la información a través de medios electrónicos.*

Sería preferible que la responsable remita al juzgador de amparo un dispositivo de almacenamiento informático que contenga las actuaciones.

Comúnmente en el amparo indirecto, el quejoso anexa a su demanda pruebas para demostrar la existencia del acto reclamado; el impetrante de garantías requiere de las constancias necesarias y, si estas últimas existen originalmente en formato electrónico, bien puede imprimirlas u ofrecerlas en un dispositivo de almacenamiento.

En el supuesto de que se opte por imprimirlas, el juez de distrito podría verificar la legalidad y autenticidad del documento mediante la consulta del sitio de internet de origen de la información que se le presenta; sin embargo, tratándose del *juicio en línea*, el resolutor federal carece de la clave de acceso para consultar el expediente de que se trate, pues resulta riesgoso para el actor amparista proporcionarla. La certeza se deriva de los medios de seguridad que se contengan en las impresiones; en

segundo término, del informe justificado que rinda la Sala Responsable y, en tercer lugar, de la inspección que la autoridad judicial haga de la página de internet. Esta última hipótesis se fundamenta en el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, lo que permite considerar como *hechos notorios* los datos que se muestren y el valor probatorio se regula en los preceptos 210-A y 217 del citado código, que les concede el carácter de indicio.

A manera de complemento, se cita la jurisprudencia<sup>23</sup> cuyo rubro y texto dicen:

**HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTRE OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR.** Los datos que aparecen en las páginas electrónicas oficiales que los órganos de gobierno utilizan para poner a disposición del público, entre otros servicios, la descripción de sus plazas, el directorio de sus empleados o el estado que guardan sus expedientes, constituyen un hecho notorio que puede invocarse por los tribunales, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa

<sup>23</sup> Véase Tesis: XX.20. J/24, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, tomo XXIX, enero de 2009, p. 2470.

*vía forma parte del sistema mundial de diseminación y obtención de datos denominada ‘internet’, del cual puede obtenerse, por ejemplo, el nombre de un servidor público, el organigrama de una institución, así como el sentido de sus resoluciones; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular.*

Dado que versa sobre el valor probatorio de documentos electrónicos, se estima importante transcribir la tesis,<sup>24</sup> cuyo rubro y textos son los siguientes:

**INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET.**

**VALOR PROBATORIO.** El artículo 188 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, en términos de lo previsto en el diverso artículo 2o. de este ordenamiento legal, dispone: ‘Para acreditar hechos o circunstancias en relación con el negocio que se ventila, pueden las partes presentar fotografías, escritos o notas taquigráficas, y, en general, toda clase de elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia’; asimismo, el diverso artículo 210-A, párrafo primero, de la legislación que se comenta, en lo conducente, reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquiera otra tecnología; ahora bien, entre los medios de comunicación electrónicos se encuentra ‘internet’, que constituye un sistema mundial de diseminación y obtención de información en diversos ámbitos y, dependiendo de esto último, puede determinarse el carácter oficial o extraoficial de

<sup>24</sup> Véase Tesis: V.3o.10 C, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, tomo XVI, agosto de 2002, p. 1306.

*la noticia que al efecto se recabe, y como constituye un adelanto de la ciencia, procede, en el aspecto normativo, otorgarle valor probatorio idóneo.*

Debemos estar atentos a la evolución del juicio en línea porque, en el área computacional, los métodos de refinamiento consisten en ir mejorando paulatinamente las soluciones sobre la base de no considerar nunca al sistema experto como definitivamente concluido;<sup>25</sup> así pues, con la práctica, las normas que lo rigen podrán ser reformadas y se emitirán criterios jurisprudenciales para reforzar el uso de ese tipo de juicio.

### III. Conclusiones

**PRIMERA.** El principio de que todo órgano de impartición de justicia debe procurar su función de manera pronta y expedita, tutelado en nuestro país por mandato constitucional contenido en el artículo 17 de nuestra carta magna, se actualiza cuando la autoridad encargada de aplicar la justicia atiende a los tiempos reales en que se puede restituir en su derecho al agraviado, para no hacer nugitorio el derecho reclamado.

Este tipo de justicia, que atiende a los tiempos reales para lograr que sea oportuna y ágil, es a la que se aspira con la reforma aprobada a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y a la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, a la cual nos hemos referido en este trabajo académico.

**SEGUNDA.** Es evidente el desarrollo de la tecnología informática, la cual ha venido a revolucionar a nuestra sociedad, que está inmersa en el uso y aprovechamiento de esa tecnología aplicándola en diversas áreas del

<sup>25</sup> Barragán, J.: *Informática...cit.*, p. 33.



quehacer humano, no sólo en actividades de estudio y de trabajo sino también en la vida cotidiana y personal.

Así, las comunicaciones, hoy en día, se realizan en gran número por medio de los sistemas de cómputo. Esa realidad no sólo es una ventaja que puede aprovechar el Estado en sus funciones públicas –como ya lo ha empezado a hacer– sino que constituye un compromiso y una necesidad que tienen que ser atendidos ante la demanda de lograr mayor eficiencia y proporcionar mejor acceso a los servicios que se prestan por parte del Estado mexicano.

**TERCERA.** El *juicio en línea* implica un ahorro de tiempo y de recursos económicos para los litigantes. Con el transcurso de los meses y años, y con los juicios que se promuevan, la herramienta en comento evolucionará, y puede convertirse en la base para que otros juicios federales sean tramitados a través de internet, por ejemplo, el juicio de amparo.

Estimamos que el juicio en línea ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa constituye una oportunidad única de innovación, al ser el primer proyecto en el país que implica el seguimiento de todo un proceso jurisdiccional federal a través de los medios electrónicos.

Es decir, ese proceso se realiza sin que exista un contacto *físico* entre las partes y el propio juzgador, promoviendo y consultando las actuaciones a distancia. Ello es posible en razón de la naturaleza y estructura del juicio contencioso administrativo, que ya de por sí es sumario y no requiere de constantes intervenciones, y que, además, en los menos de los casos, se hace necesario el desahogo de pruebas que requieren de la presencia de las partes en conflicto.

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

obligan al asesor jurídico a incluir en sus expedientes físicos las promociones, notas de acuerdo, oficios, actas de notificación y resoluciones que se deriven del trámite del juicio contencioso administrativo, independientemente de que se tramite en la forma tradicional o en línea. La normatividad del Instituto Federal de Defensoría Pública debe velar por la adecuada representación de los usuarios, es por tal motivo que las Bases Generales de Organización y Funcionamiento deben ser reformadas, aprovechando que los cambios necesarios no requieren ser sometidos a consideración del Congreso General, pues la referidas Bases son modificadas por la Junta Directiva del mencionado Instituto.

#### IV. Propuesta

Estimamos que es necesario modificar el artículo 44 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, en sus fracciones VII y VIII, para quedar como sigue:

**ARTÍCULO 44.-** *Los expedientes de control para el servicio de asesoría jurídica se integran con los documentos siguientes:*

(...)

*VII. Promociones.- Escritos y documentos electrónicos impresos en los que el asesor jurídico promueve todo lo relacionado a la representación de sus patrocinados ante los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas competentes del fuero federal;*

*VIII. Notas de acuerdo.- Contienen una síntesis de los acuerdos o resoluciones en formato tradicional o electrónico, emitidos por las autoridades judiciales o administrativas ante las que se promueve y permiten*

conocer con precisión el estado que guardan los procedimientos o procesos a cargo del asesor jurídico, según sea el caso; y  
 (...)

## V. Anexos

Anexo 1

The screenshot shows a Windows application window titled "Juicio en Línea". At the top, it says "Autorizados, Usuario Externo". Below this is a sub-titile "Registro de Demanda/Usuario Externo". The main area contains a form with fields for "Nombre(s)", "Apellido Paterno", "Apellido Materno", "Clave de Acceso", and "Número de Registro del Tribunal". There are two radio buttons: "Para Procesar, Consultar y Notificar" (selected) and "Para Consultar y Notificar". A note below the form states: "Los campos marcados con asterisco (\*) son de carácter obligatorio". Below the form is a table titled "Listado de Autorizados" showing three entries:

Identificación	Nombre(s)	Apellido Paterno	Apellido Materno	Clave de Acceso	Número de Registro del Tribunal
1	Aguirre Montes			<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
2	Ignacio Domínguez			<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
3	Rubén Iglesias			<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

At the bottom of the window are buttons for "Guardar", "Salir", "Anterior", and "Siguiente". A message at the bottom right says: "El usuario capturará las personas que designa como autorizados y las facultades que les otorga. Por último presionando el botón denominado "Siguiente".

Anexo 2

This screenshot is identical to Anexo 1, showing the "Autorizados, Usuario Externo" screen of the Juicio en Línea system. The table "Listado de Autorizados" shows three different entries:

Identificación	Nombre(s)	Apellido Paterno	Apellido Materno	Clave de Acceso	Número de Registro del Tribunal
1	Aguirre Montes			<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
2	Ignacio Domínguez			<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
3	Rubén Iglesias			<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

## VI. Bibliografía

- Barragán, Julia: *Informática y decisión jurídica*, primera edición, segunda reimpresión, ed. Distribuciones Fontamara, S.A., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2008.
- Burgoa Orihuela, Ignacio: *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, octava edición, ed. Porrúa, México, 2005.
- Couture, Eduardo J.: *Vocabulario Jurídico*, cuarta reimpresión, ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.
- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición, ed. Epasa Calpe, España, 2001.
- Flores Salgado, Lucerito: *Derecho Informático*, ed. Grupo Editorial Patria, S.A. de C.V., México, 2009.
- González Pérez, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis: *Derecho procesal administrativo federal*, ed. Porrúa, México, 2007.
- Martínez Ríos, Juana y Reyes Altamirano, Rigoberto: *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, comentada, anotada y jurisprudencia*, ed. Tax Editores Unidos, S.A. de C.V., México, 2006.
- Ponce Rivera, Alejandro y Ponce Rivera y Chávez, Alejandro: *El juicio fiscal*, segunda edición, ed. Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, 2010.
- Silva Juárez, Ernesto: *Ley aduanera comentada*, ed. Publicaciones administrativas contables jurídicas S.A. de C.V., México, 2008.
- Téllez Valdés, Julio: *Derecho Informático*, tercera edición, ed. Mc-GrawHill, México, 2009.

## Hemerografía

- “Durante la conferencia magistral, organizada por el CCE y la Anade, el Presidente del TFJFA garantiza la seguridad de los juicios en línea. Práctica Fiscal, laboral y legal-empresarial”, año XXI, número 616, segunda decena de junio de 2011, ed. Tax Editores Unidos, S.A. de C.V., México, 2011.
- “Juicio en línea toma forma. IDC Asesor Jurídico y Fiscal”, año XXV, cuarta época, número 24, mayo de 2011, ed. Expansión, S.A. de C.V., México, 2011.
- “La Cámara de Diputados aprueba el juicio en línea. El mundo del Abogado, una revista actual”, año XIV, número 145, mayo de 2011, ed. Editorial Revista del Abogado, S.A. de C.V., México, 2011.
- Martínez Bazavilvazo, Alejandro: “Juicio sumario en la vía fiscal. Conozca las importantes reformas al juicio contencioso administrativo aprobadas por el Congreso de la Unión. Práctica Fiscal, laboral y legal-empresarial”, año XX, número 598, primera decena de diciembre de 2010, ed. Tax Editores Unidos, S.A. de C.V., México, 2010.
- \_\_\_\_\_: “Juicio en línea ante el TFJFA. Se aproxima su entrada en vigor, ¿está preparado? Práctica Fiscal, laboral y legal-empresarial”, año XX, número 596, segunda decena de noviembre de 2010, ed. Tax Editores Unidos, S.A. de C.V., México, 2010.

## Informáticas

- CD Demostrativo Funcional del Sistema de Justicia en Línea, Usuarios Externos, Junio 2011. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
- DVD IUS 2010, Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia y tesis aisladas, Novena Época hasta diciembre de 2010. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis.
- DVD Justicia Fiscal y Administrativa 2010. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia y tesis aisladas, Sexta Época hasta diciembre de 2009. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis.
- <http://www.dof.gob.mx>
- <http://www.ifdp.gob.mx>
- <http://gaceta.diputados.gob.mx/>
- <http://www.merriam-webster.com/dictionary>
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx>
- <http://www.scjn.gob.mx>
- [http://www.sep.gob.mx/wb/sep1/programa\\_enciclopedia](http://www.sep.gob.mx/wb/sep1/programa_enciclopedia)
- <http://www.tff.gob.mx>
- <http://concilianet.profeco.gob.mx/concilianet/faces/inicio.jsp>

## Legislación aplicable

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada originalmente en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917,



- y la última reforma fue publicada el 10 de junio de 2011 en el mismo medio de comunicación oficial.
- Ley Federal de Defensoría Pública, publicada originalmente en el Diario Oficial de la Federación del 28 de mayo de 1998.
  - Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, publicada originalmente en el Diario Oficial de la Federación del 1 de diciembre de 2005, así como los decretos de reformas publicados el 12 de junio de 2009, 12 de diciembre de 2009, 10 de diciembre de 2010 y 28 de enero de 2011, respectivamente.
  - Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, publicada originalmente en el Diario Oficial de la Federación del 6 de diciembre de 2007, así como los decretos de reformas publicados el 12 de junio de 2009, 10 de diciembre de 2010 y 3 de junio de 2011, respectivamente.
  - Reglamento interior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, publicada originalmente en el Diario Oficial de la Federación del 17 de junio de 2010.
  - Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicadas originalmente en el Diario Oficial de la Federación del 26 de noviembre de 1998, así como sus reformas y adiciones publicadas el 19 de febrero de 2002, 13 de septiembre de 2004, 19 de mayo de 2008, 25 de junio de 2010 y 16 de marzo de 2011, respectivamente.

## **Políticas públicas judiciales para el Poder Judicial de la Federación**

*Juan Carlos Cruz Razo\**

### **Presentación**

El propósito del presente trabajo es contribuir a la construcción de políticas públicas judiciales en México, ya que su ausencia ha constituido un gran lastre para la justicia nacional.

Todos los días escuchamos que la inseguridad y la injusticia son las afrentas más grandes que padece nuestra sociedad.

Sólo la unidad de los esfuerzos de los distintos actores gubernamentales junto con la sociedad civil logrará revertir los problemas tan graves que enfrentamos.

El contenido de este documento evidentemente no agota el tema y, por supuesto, es perfectible; constituye únicamente un primer esfuerzo que pretende dar impulso a la creación y diseño de las políticas públicas judiciales que requiere el Poder Judicial de la Federación, para poder marcar un rumbo definido de la justicia en nuestro país.

### **I. Introducción**

Uno de los principales reclamos sociales que enfrenta el gobierno es la ineeficiencia e ineficacia de la procuración y administración de justicia.

El poder judicial federal es responsable de la planeación del sistema de impartición de justicia y debe, a

---

\* Consejero de la Judicatura Federal.



través de sus órganos administrativos, realizar la función en este mismo ámbito encaminada a hacer que las cosas ocurran.

Para ello debe seguir un proceso racional que le lleve al logro de metas, lo cual implica definir la misión, objetivos y metas, así como las estrategias que deben tomarse para lograrlos; además de asumir decisiones con base en un programa diseñado que defina el rumbo de acciones futuras.

De acuerdo con los precursores de la disciplina de la política pública en Estados Unidos, esta disciplina surge para intentar sistematizar la forma:

*(...) cómo se toman las decisiones de gobierno (...) y para saber si se toman con base en datos, análisis y cálculos raciones, que incrementan la eficacia de la acción decidida, o si en cambio se sustentan en otros criterios. Bajo la premisa de que el conocimiento es fundamental para que las decisiones sean eficaces, la disciplina surge con el objetivo de conocer la manera en que toma forma el proceso de decisión del gobierno y de saber si el conocimiento guía la deliberación decisoria y hasta qué punto. (...) La pregunta que la disciplina quería resolver, en palabras de Laswell, era cómo aumentar la función inteligencia para aumentar la racionalidad de la política. Por ende la disciplina tuvo un doble objetivo: el conocimiento de la PP, es decir, conocer la manera en la que una política (de salud, educativa, urbana, ambiental, agropecuaria, etc.) ha evolucionado en el tiempo, cuáles son los factores que explica, por qué se ha desarrollado con esos objetivos, instrumentos y actores y a qué factores se deben los cambios que para bien o para mal ha experimentado a lo largo de los años, y el conocimiento en la PP, es decir, emplear los métodos y resultados del conocimiento en la elaboración de las*

*políticas, hacer que incidan o influyan en la decisión con el fin de sustentar o mejorar su corrección y eficacia. Ambos objetivos se enlazan y tienen como propósito final fomentar y asegurar la calidad informativa y analítica de la decisión de la PP y, en consecuencia, mejorar la capacidad directiva del gobierno.<sup>1</sup>*

Asimismo, de acuerdo con el jurista Luis F. Aguilar, la disciplina de las ciencias políticas de la democracia o disciplina de la política pública:

*(...) da por segura la validez institucional de las decisiones del gobernante, en tanto se enmarca en los valores políticos del Estado de derecho y del régimen democrático, pero no así su validez científica o técnica.<sup>2</sup>*

Y es por ello que concibe a dicha disciplina como:

*(...) un conjunto interdisciplinario de ciencias a las que les importa que el gobierno democrático incorpore métodos, teoremas y tecnologías en sus decisiones para estar en condiciones de resolver los problemas sociales y generar bienestar a sus ciudadanos sin excepción. Al momento de gobernar importan las ciencias y tecnologías que habilitan que el gobierno democrático tenga eficacia directiva y no solo las instituciones democráticas. Ciencias y no solo instituciones, conocimiento y no solo leyes.<sup>3</sup>*

Las políticas principales constituyen declaraciones que orientan o encausen la toma de decisiones. La génesis de una política pública implica el reconocimiento del problema.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Aguilar Villanueva, L.F.: *Política Pública...*cit., pp. 19 y 20.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> En la conferencia que impartió Luis F. Aguilar durante el XII Congreso del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, del 30 de octubre al 2 de noviembre de 2007 señaló que *La cuestión sobre la capacidad/eficacia de los gobiernos se explica en gran medida porque el gobierno ha perdido*

La razón de esta afirmación se encuentra en la propia definición de lo que son las políticas públicas, las cuales:

*(...) corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos, y son un factor común de la política y de las decisiones de gobierno y de la oposición. Son un marco, una estructura procesal que permite la especificación de las intenciones u objetivos que se desprenden de la agenda pública.<sup>5</sup>*

O bien, parafraseando a Aguilar, la política pública es parte de la acción pública de gobierno y puede describirse como:<sup>6</sup>

*1) Un conjunto (secuencia, sistema, ciclo, espiral) de acciones intencionales y causales. Son acciones intencionales porque se orientan a realizar objetivos considerados de valor para la sociedad o a resolver problemas cuya solución se considera de interés o beneficio público, y son acciones causales porque son consideradas idóneas y eficaces para realizar el objetivo o resolver el problema;*

*2) Un conjunto de acciones cuya intencionalidad y causalidad han sido definidas por el tipo de interlocución que tiene lugar entre el gobierno y sectores de la ciudadanía;*

*3) Un conjunto de acciones a emprender que han sido decididas por las autoridades públicas legítimas y cuya decisión las convierte formalmente en públicas y legítimas;*

*4) Un conjunto de acciones que son llevadas a cabo*

---

*capacidades, facultades, poderes, alcances en asuntos centrales de interés general, a consecuencia de las transformaciones políticas, económicas y sociológicas ocurridas al cambio de siglo y están en curso, y sobre cuya orientación y dinámica el gobierno no tiene control total ni determinante.*

<sup>5</sup> Lahera P.E.: *Política y Políticas Públicas...*cit.

<sup>6</sup> Aguilar Villanueva, L.F.: *Op. cit.*, p. 29.

*por actores gubernamentales o por estos en asociación con actores sociales (económicos, civiles), y*

*5) Un conjunto de acciones que configuran un patrón de comportamiento del gobierno y la sociedad.*

Para dicho autor la política pública tiene como principales características las siguientes:<sup>7</sup>

- *Su orientación hacia objetivos de interés o beneficio público (constitucional o legalmente prescritos) y su idoneidad para realizarlos;*
- *La participación ciudadana con el gobierno en la definición de los objetivos, instrumentos y acciones de la política;*
- *La decisión de la política por el gobierno legítimo y con respeto a la legalidad;*
- *La implementación y evaluación de la política por personal de administración pública o en asociación con actores sociales o mediante delegación de atribuciones a los actores sociales.*

A partir de lo anterior, dicho autor propone lo siguiente:

*(...) lo específico y peculiar de la PP consiste en ser un conjunto de acciones intencionales y causales, orientadas a la realización de un objetivo de interés/beneficio público, cuyos lineamientos de acción, agentes, instrumentos, procedimientos y recursos se reproducen en el tiempo de manera constante y coherente. La estructura estable de sus acciones durante un cierto tiempo es lo específico y lo distintivo de ese conjunto de acciones de gobierno que llamamos PP.<sup>8</sup>*

En México, surge el interés por la disciplina hacia la década de los 80's, cuando se agotó el modelo de

---

<sup>7</sup> *Ídem.*

<sup>8</sup> *Ídem.*



gobierno en el que el Estado ejercía un poder autoritario basado en el proteccionismo, el centralismo, laxitud legal, corporativismo populismo, etc.

La disciplina de la política pública tiene como marco para su aparición en nuestro país la situación de inconformidad que generó la crisis económica nacional que inició en 1982, la cual vino a fortalecer la nueva visión que surgió tras la crisis político financiera que exigía un régimen de gobierno más democrático, en tanto que:

*(...) la categoría de lo público introdujo un incómodo ruido cultural y político, en tanto no puede ser de ningún modo sinónimo de lo nacional ni de lo popular, particularmente si estas nociones sofocan o afectan el valor del mundo privado y son utilizadas como soporte de justificación de autoritarismo y totalitarismo. Asimismo, la propuesta del gobierno por políticas cuestionó al gobierno por planes, que paradójicamente había reaparecido en el país en los ochenta y se había convertido en norma constitucional.<sup>9</sup>*

Un plan proporciona un enfoque racional para objetivos seleccionados de antemano, ya que abarca cualquier curso de acción futura incorporando planes diversos que pueden clasificarse jerárquicamente, atendiendo a su mayor importancia en propósito o misión, objetivo, estrategias, políticas principales o secundarias, procedimientos, reglas, programas principales o secundarios y de apoyo y presupuesto.

De acuerdo con la Constitución, el Plan Nacional de Desarrollo que elabora el Poder Ejecutivo y que, en una mínima participación, sanciona el legislativo<sup>10</sup> sirve

<sup>9</sup> Op. cit., p. 27.

<sup>10</sup> La Ley de Planeación, en su artículo 5º dispone: *El Presidente de la República remitirá el Plan al Congreso de la Unión para su examen y opinión. En el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en las diversas*

para establecer los programas a implementar por parte del gobierno federal con el fin de alcanzar los objetivos planteados en todos los ámbitos del quehacer nacional.<sup>11</sup>

Sin embargo, el Plan constituye un instrumento que desafortunadamente se encuentra desarticulado, ya que no participan en su elaboración todos los entes de gobierno. Por ello, las reformas y acciones en materia de justicia no tienen cohesión ni continuidad, situación que complica enormemente consolidar planes y proyectos orientados a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica en México.<sup>12</sup>

Conforme a lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley de Planeación, se entiende por **planeación nacional de desarrollo**:

---

*ocasiones previstas por esta Ley, el Poder Legislativo formulará, asimismo, las observaciones que estime pertinentes durante la ejecución, revisión y adecuaciones del propio Plan.*

<sup>11</sup> La Constitución Política de nuestro país, en su artículo 26 establece:: A. *El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación. Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal(...)*

<sup>12</sup> Asimismo, el artículo 26 establece: A (...) *La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.*

*(...) la ordenación racional y sistemática de acciones que, en base al ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política, cultural, de protección al ambiente y aprovechamiento racional de los recursos naturales, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y la ley establecen.*

*Mediante la planeación se fijarán objetivos, metas, estrategias y prioridades; se asignarán recursos, responsabilidades y tiempos de ejecución, se coordinarán acciones y se evaluarán resultados.*

Para coadyuvar en el mejoramiento de la prestación del servicio público de procuración e impartición de justicia es necesario que las instituciones que participan directamente en este sector sumen sus esfuerzos para trabajar en la elaboración de un Plan de Justicia Nacional<sup>13</sup> que se ajuste a lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo ya que, desafortunadamente, la exclusiva intervención del poder ejecutivo en la elaboración de este último –establecida por defecto constitucional– nos ha llevado a dirigir el rumbo de la justicia bajo la perspectiva unidireccional de la mirada del poder ejecutivo, desaprovechando la experiencia y pericia del

<sup>13</sup> La PP se entiende (...) como un plan específico de acción, un plan limitado, orientado hacia el logro de objetivos relacionados con la solución de problemas públicos específicos y con la mejora de situaciones de vida social, cada una de las cuales es diferente y posee su propia circunstancia. (...) Si se quiere sostener en el país el concepto de plan, por razones de prescripción constitucional más que de consistencia intelectual y viabilidad práctica, entonces puede entenderse y diseñarse el plan como el conjunto integrado y coherente de políticas públicas específicas, sectoriales, así como las PP han de ser entendidas como el conjunto integrado y coherente de programas y proyectos particulares. (Véase Aguilar Villanueva, L.F.: op. cit., p. 31).

poder que tiene a su cargo el deber de impartir justicia.

En esa virtud, es dable afirmar que, al carecer México de políticas públicas judiciales a nivel federal y local, no existe una definición clara y certera de cuál es el rumbo que debe de seguir la justicia en México, ni hacia dónde se dirige, ni cuáles son los medios con los que se habría de arribar a la meta que se señale.

La ausencia de políticas públicas judiciales ha dado lugar a la existencia de un sinnúmero de reformas en diversas materias que no siguen, o no tienen un concierto ni una planeación adecuada.

El poder judicial federal ha sido un poder reactivo a los cambios y transformaciones que ha experimentado nuestro país. Ha funcionado y crecido intentado satisfacer la demanda de justicia de los ciudadanos, pero sin tener un rumbo definido.

Definir hacia dónde debe ir la justicia en México es tarea de quienes dirigen el poder judicial federal, en coordinación con las autoridades correspondientes del poder ejecutivo y del poder legislativo, por cuanto hace a la procuración de justicia y a la expedición de los instrumentos normativos que faciliten la tarea de los dos primeros, respectivamente.

Este ejercicio sólo puede lograrse a través del diseño, desarrollo e implementación de un Plan Nacional de Justicia en el que se incorporen las políticas públicas judiciales que garanticen el fortalecimiento del sistema de procuración y administración de justicia.

En otras palabras, a través de una política pública se traza el curso de acción para el logro de un objetivo determinado.

A través de la planeación se facilita el control de las acciones; se reduce la incertidumbre anticipando los cambios, considerando su impacto y desarrollando



una capacidad de respuesta; se reduce la duplicidad de funciones y la inefficiencia del sistema de impartición de justicia; se establece el trabajo coordinado de todos los actores involucrados haciéndoles saber hacia dónde deben dirigir sus esfuerzos, y qué acciones deben tomar.

Como ya se dijo, la administración de justicia es un deber constitucional a cargo del poder judicial federal y, como tal, dicho poder debe responder a la necesidad permanente que tienen los miembros de la sociedad de que se respeten y hagan valer sus derechos; es decir, el Estado debe otorgarles los medios que garanticen su seguridad jurídica.

La verificación del cumplimiento de este deber constitucional y el análisis de los resultados del mismo, así como los costos que trae aparejado su buen o mal funcionamiento, constituyen un valioso marco de referencia para poder evaluar su desempeño y su función con el propósito de poder definir qué tipo de reformas son las que requiere el sistema nacional de impartición de justicia.

El Plan Nacional de Justicia debe contar, en su parte medular, con un *Catálogo de Políticas Públicas Judiciales* acorde a lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo.

Lo ideal sería que, por mandato constitucional, el *Plan Nacional de Justicia* tuviera una vigencia independiente a la del gobierno en turno, con lo cual se garantizaría la realización de sus contenidos imponiendo a los poderes de la unión la obligación de velar por su cumplimiento aun cuando se presente la alternancia en el poder.

Sólo a través de un Plan Nacional de Justicia es posible realizar un proceso de reforma responsable en el que se prevean los costos y beneficios que tendrá para la sociedad, así como la forma en la que se implementará la participación de las autoridades, la evaluación de los resultados, etcétera.

El consenso, entre los diversos actores responsables de marcar el rumbo de la justicia en México, es indispensable para construir y fortalecer el compromiso de garantizar el acceso a la misma.

El proceso de planeación requiere delinear una ruta crítica que comprenda no sólo las grandes líneas de acción, sino las tareas concretas a realizar, así como las metas a corto, mediano y largo plazo. No obstante, también hay que tener en cuenta que no basta con definir el rumbo a seguir, sino que es necesario que, durante el proceso de planeación, se prevea la existencia de recursos para llevar a cabo las acciones necesarias para la consecución de los objetivos a alcanzar.

Para ello, se debe tener claro cuál es la situación, es decir, parte del proceso de planeación inicia con un diagnóstico del problema, lo que también implica identificar cuáles son los obstáculos a superar y qué recursos se tienen para llevar a cabo la realización de las políticas públicas,<sup>14</sup> así podrá valorarse que su ejecución técnica sea presupuestalmente viable.

El proceso de la formulación de políticas públicas comprende diversas etapas entre las que se encuentran las siguientes:<sup>15</sup>

1. *Problema.*
2. *Definición del problema.*
3. *Identificación de respuestas y soluciones alternativas.*
4. *Evaluación de opciones.*

<sup>14</sup> Wayne Parsons afirma que el proceso de formulación de las políticas públicas se integra por fases y etapas; explica que éstas últimas se amplían en diversos marcos y métodos o enfoques. Esas fases inician con la formulación de las políticas y terminan con su evaluación e impacto. (Véase *Políticas Públicas...*cit., pp. 81 y ss.)

<sup>15</sup> *Idem.*



5. Selección de las opciones de políticas públicas.
6. Implementación.
7. Evaluación.

Un catálogo de políticas públicas judiciales debe comprender líneas de acción que faciliten la adecuación de la justicia a las necesidades reales del país y, por ello, se convierte en el primer paso para la construcción de un Plan Nacional de Justicia.

Es necesario que el poder judicial asuma la responsabilidad de formular políticas públicas que busquen solucionar los problemas que enfrentan todos los días tanto los justiciables como los juzgadores; con ello el poder judicial coadyuvará a revertir la devaluada percepción que existe sobre el sistema de impartición de justicia.

El poder judicial es parte del sistema y su visión debe estar plasmada en un documento que oriente el rumbo de las decisiones que se toman en materia de justicia, más ahora que las recientes reformas constitucionales, entre ellas la correspondiente a la materia de derechos humanos, han determinado el inicio de un cambio de época para este sector en México.

El poder legislativo también tiene un papel fundamental que cumplir para poder llevar a cabo las reformas en materia de justicia y, así, fortalecer nuestro sistema; debe trabajar decididamente para lograr la unificación de los ordenamientos legales que dan fundamento a la prestación del servicio de la procuración e impartición de justicia y buscar la participación coherente, coordinada y ordenada de los diversos actores que en ella intervienen.

Las decisiones que impactan al sector justicia deben tomarse de manera conjunta e incluyente entre autoridades y sociedad civil; es necesario legitimar el

proceso de reforma del sistema de impartición de justicia buscando el desarrollo sustentable del mismo a través de su unificación.

La duplicidad existente en el sistema de justicia federal que tiene su origen en la concentración de la facultad administrativa y jurisdiccional en un solo poder (es decir, en el ejecutivo federal) ha dado origen a un problema que requiere ser atendido en beneficio de la modernización de mecanismos que garanticen una justicia pronta y expedita a los justiciables; así, se contribuirá a la consolidación de México en el mercado y política a nivel internacional.

La mencionada concentración de facultades en el ejecutivo federal lejos de beneficiar a la población ha perjudicado y acarreado consigo un deficiente sistema de administración de justicia que, en lugar de resolver el problema económico-jurídico del país, ha ido acrecentando el estado de incertidumbre jurídica que afecta las relaciones comerciales de México con el exterior; esto último obedece a que los tribunales administrativos o cuerpos de administración de justicia, que tiene a su cargo el Ejecutivo, carecen de definitividad en sus resoluciones, de profesionalización en algunos casos y de independencia total y absoluta al decir el Derecho; con ello se propicia un ambiente de inseguridad jurídica y un sistema, que contrario a las tendencias internacionales, además amplía los tiempos para la solución de conflictos; en consecuencia, todo lo anterior hace evidente el imperio de una cultura ausente de legalidad en algunos casos y, en otros, trasgresora de la misma.

La falta de definitividad de las resoluciones emitidas por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, por el Tribunal Agrario y las Juntas Federales de Conciliación y

Arbitraje, conllevan a la opinión, dentro y fuera de nuestras fronteras, de un deficiente sistema de administración de justicia, así como el haber dotado de facultades para conocer de controversias entre particulares a diversos organismos descentralizados especializados en materias tales como la propiedad intelectual *lato sensu*, la competencia económica, la protección ambiental, etc.

La capacidad de hacer cumplir las leyes se ha considerado como una situación crítica, que debilita el desarrollo económico y social sostenible.

Adicionalmente, para hacer congruente nuestro sistema de impartición de justicia con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como con la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el caso del Sr. Rosendo Radilla, es necesario considerar la conveniencia de que el poder judicial federal conozca de las controversias en las que se encuentren involucrados miembros de la milicia, cuando los actos que den origen a la responsabilidad que se les imputa sean cometidos en tiempos de paz. No obstante, es necesario que se respete, por supuesto, el fuero militar cuando en tiempos de guerra tales actos sean cometidos en el cumplimiento de sus funciones, en atención a que existe un bien superior que debe salvaguardarse y que es la seguridad nacional. Lo anterior sin perjuicio de que sean las autoridades militares las que sancionen a sus miembros cuando los mismos trasgredan la disciplina y el orden militar.

El poder judicial debe pugnar porque se tomen medidas armónicas con el espíritu de las reformas en comento, orientadas a lograr un gobierno que respete los derechos humanos, sin menoscabo de la dignidad de sus instituciones y la de sus servidores públicos.

Es por ello que se considera que se requiere, además

de un poder judicial sólido, que éste preste servicios de primera calidad en forma puntual, equitativa, efectiva y transparente, y de un marco jurídico que concentre las funciones jurisdiccionales en dicho poder.

En ese orden de ideas, es precisamente la política de unificación de la justicia federal la que inspira la creación del *Catálogo de Políticas Públicas Judiciales*.

## **II. Marco Normativo**

El Plan Nacional de Desarrollo se conforma de dos capítulos; en el primero de ellos, define el *Desarrollo Humano Sustentable* como premisa básica para el desarrollo integral del país, así como los objetivos y las prioridades nacionales que habrán de regir la presente Administración.

La segunda parte, consta de cinco capítulos que corresponden a los cinco ejes de la política pública de este Plan:

1. *Estado de Derecho y seguridad.*
2. *Economía competitiva y generadora de empleos.*
3. *Igualdad de oportunidades.*
4. *Sustentabilidad ambiental.*
5. *Democracia efectiva y política exterior responsable.*<sup>16</sup>

Es precisamente, en el primero de los cinco ejes, en el cual se hace particular mención a la transformación del sistema de justicia en México y al respecto expone:

*Hoy es tiempo de responder al histórico reclamo de los mexicanos por una justicia real y expedita. Para ello se debe impulsar una reforma que fortalezca los cimientos del Estado de Derecho, que permita ampliar*

<sup>16</sup> Véase Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. (Disponible en Internet en: <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/introduccion.html>. México 2007).

*el impacto social del Poder Judicial, mejorando sus respuestas a las demandas de los ciudadanos y aumentando la eficiencia y eficacia de todas las instituciones involucradas en el sistema de justicia.*<sup>17</sup>

Como podemos observar, la estrategia planteada por el ejecutivo federal, como base para alcanzar el *Desarrollo Humano Sustentable*, es precisamente la transformación del sistema de procuración y administración de justicia.

Prueba de lo anterior lo es el eje *Estado de Derecho y Seguridad*, en el punto intitulado *Procuración e Impartición de Justicia*, y en específico en las estrategias 4.4 y 4.5, ya que se plantean acciones concretas que conducen a la transformación del sistema de procuración y administración de justicia.

Sin embargo, basta la simple lectura de las estrategias 4.4 y 4.5 del Plan Nacional de Desarrollo para advertir que sólo se hace referencia a juicios orales y a reformas para agilizar tiempos de resolución de controversias. A pesar de ello, no se advierte una planeación y medidas de corto y largo plazo para realizar la justicia, por lo que son declaraciones políticas sin una metodología y, lo más grave, sin el concurso de los principales usuarios: justiciables, postulantes y juzgadores.

Este estado de cosas revela que es urgente la planeación en materia de justicia y el establecimiento de políticas nacionales en esta materia.

La Constitución Política establece, en su artículo 26, que es el Estado el que organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional. Además señala que los fines del proyecto nacional determinarán los objetivos de la planeación, misma que deberá ser democrática.

<sup>17</sup> *Idem.*

La Ley de Planeación, en sus artículos 2, 3, 4 y 5, reitera que esta última es el medio para el eficaz desempeño de las responsabilidades del Estado; si bien es cierto que, de manera específica, atribuye al poder ejecutivo dicha obligación, nada impide que el poder judicial federal cumpla con la responsabilidad que políticamente tiene con respecto al diseño de políticas públicas judiciales, lo cual no se contrapone con el hecho de que su actuar sea apolítico o apartidista.

La planeación es la función administrativa básica que implica el establecimiento de objetivos y el planteamiento de las acciones necesarias para cumplirlos, apoyando la eficacia en la toma de decisiones y el manejo adecuado de recursos organizacionales.

La administración sin planeación no tiene razón de ser; sin objetivos específicos que lograr y estrategias para alcanzarlos, la organización, la dirección y el control se vuelven innecesarios o carentes de sentido práctico.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100 de la Constitución Política, el Consejo de la Judicatura Federal es un *órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones*.

En ese sentido, el diverso numeral 94 dispone que **la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes.**

Por su parte el Acuerdo General de Pleno de la Judicatura que reglamenta la organización y funcionamiento del Consejo dispone en el considerando sexto que:

*(...) atendiendo a que la administración del Poder Judicial de la Federación debe ser una herramienta*



**para lograr un sistema de justicia que permita el pleno ejercicio de las libertades y garantías consagradas por las leyes y el Estado de Derecho,** se estima indispensable emitir un acuerdo general que se ocupe de regular, de la mejor manera, la forma de organización y funcionamiento administrativo del Consejo de la Judicatura Federal, **para propiciar un marco normativo claro, orientado a la creación de un sistema de administración** que satisfaga la necesidad de orden y transparencia que impera en la sociedad actual y favorezca el funcionamiento adecuado, independiente y con eficiencia de los órganos jurisdiccionales a los que sirve el Consejo de la Judicatura Federal.

Ahora bien, para realizar una correcta interpretación de los ordenamientos citados, es necesario acudir al significado de la palabra administración.

El vocablo administrar (*administrare*) encuentra su origen en las locuciones latinas *ad: a* y *ministrare: servir*. Algunas de las acepciones que asigna la Real Academia Española de la Lengua a la palabra **administrar** son las siguientes:<sup>18</sup>

1. *Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan.*
2. *Dirigir una institución.*
3. *Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes.*
4. *Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad.*
5. *Suministrar, proporcionar o distribuir algo.*

Dicha función es entendida por Fritz Morstein Marx como:

<sup>18</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. (Disponible en internet en: [http://buscon.rae.es/draE1/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=administrar](http://buscon.rae.es/draE1/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=administrar)).

*Toda acción encaminada a convertir un propósito en realidad positiva (...) es un ordenamiento sistemático de medios y el uso calculado de recursos aplicados a la realización de un propósito.<sup>19</sup>*

Asimismo, administrar, en palabras del Doctor Luis F. Aguilar Villanueva, es:

*(...) la relación medios-fines. Es la actividad humana que establece y proyecta fines con fundamento en los medios, de la misma manera que establece y constituye los medios en razón de su eficacia respecto de fines.<sup>20</sup>*

*(...)*

*Administrar es hacer, en verdad y en sentido estricto, que los fines sean fines (productibles, factibles, realizables, posibles de existir) y que los medios, en verdad y en sentido estricto, sean medios (productores, factores, realizadores, posibilitadores de existencias, efectuadores).*

*(...) Por más radical que esto parezca, la factibilidad de los fines estatales (constitucionales) y gubernamentales (planes y programas) se funda en la práctica, sólo en la administración pública.<sup>21</sup>*

En otras palabras, dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos determinados.

La administración que realiza cualquiera de los tres poderes, para poder satisfacer sus requerimientos propios, puede ser interna y mediata.

<sup>19</sup> Ángel Espiño, R.: *Un enfoque...*cit., p.11.

<sup>20</sup> Aguilar Villanueva, L.F., *Los objetos...*cit., p. 474.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 376.



Es interna porque los órganos públicos tienen necesidades propias que satisfacer, mismas que deben proveer primeramente para garantizar el eficiente desempeño de las funciones que les han sido encomendadas. Es mediata porque, con su realización, los órganos públicos no efectúan sus funciones, pero sí es un medio que a los órganos les permite satisfacer sus necesidades. Una vez cumplido lo anterior, los órganos utilizan sus provisiones para ejecutar las funciones de que son depositarios para atender el bienestar general.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 94, párrafo segundo, y 100, párrafos primero y octavo, de la carta magna; 68 y 81, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Consejo de la Judicatura Federal es el órgano encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial de los tribunales de circuito y juzgados de distrito, con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones; además, está facultado para expedir acuerdos generales que permitan el adecuado ejercicio de sus funciones.

Aunque tradicionalmente la administración pública es una función propia del poder ejecutivo, lo cierto es que los instrumentos citados otorgan funciones administrativas al poder judicial, al tener autonomía funcional, administrativa y financiera, y no tener dependencia jerárquica, ni de ninguna otra naturaleza, con ningún otro de los Poderes.

Lo anterior nos lleva a concluir que la administración y la impartición de justicia son instrumentos que ayudan a que los fines estatales-gubernamentales se conviertan en fines reales.

El distinguido jurista Héctor Fix Zamudio señala que la función judicial actualmente:

*(...) ha asumido una creciente complejidad, en virtud de que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos, se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo, en el cual ha penetrado un conjunto de factores sociales, económicos y culturales que deben combinarse en una función que puede calificarse de política, en el sentido de la participación en la toma de decisiones esenciales de los órganos del poder, la que anteriormente estaba excluida para los Tribunales.<sup>22</sup>*

Pues bien, una de las funciones esencialmente políticas del poder judicial de la federación es la participación en el proceso de planeación estratégica de acuerdo con lo que mandatan los artículo 49, en relación con el 94, de la Constitución, por lo que es su deber tener participación activa en dicho proceso.

Por esta razón se proponen las siguientes:

### **Políticas Públicas para el Poder Judicial de la Federación**

El presente catálogo ha sido desarrollado tomando en cuenta las áreas de responsabilidad a cargo del Consejo de la Judicatura Federal que son: la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial en el Poder Judicial de la Federación.

Asimismo, se proponen grandes líneas de acción para los órganos auxiliares del Consejo como son: el Instituto de la Judicatura Federal, el Instituto Federal de Defensoría Pública y el Instituto Federal de Concursos Mercantiles.

---

<sup>22</sup> Fix Zamudio, H.: *Los Problemas...cit.*, p. 3.

Se incluyen, además, políticas sobre áreas estratégicas complementarias orientadas a fomentar el buen desarrollo de la impartición de justicia como servicio público, tales como la transparencia, la creación de nuevos órganos, combate a la corrupción, etc.

Este documento tiene por objeto llamar la atención no sólo sobre los problemas que enfrenta actualmente el Poder Judicial de la Federación, sino también acerca de las áreas de oportunidad que tiene para emprender acciones que ayuden a consolidar la impartición de justicia como un servicio público de calidad.

## ADMINISTRACIÓN

- **Política inmobiliaria.**

\* Establecer procedimientos más ágiles y transparentes que permitan la adquisición y arrendamiento de inmuebles en las mejores condiciones de mercado, que satisfagan oportunamente la demanda para la instalación de órganos jurisdiccionales y áreas administrativas, previendo espacios para futuro crecimiento, así como para contar con vivienda suficiente para magistrados de circuito y jueces de distrito; y deben garantizar una administración más eficiente de la infraestructura existente y su desincorporación inmediata cuando ya no sea aprovechable.

- **Política informática.**

\* Elaborar un plan rector, a corto, mediano y largo plazo (aplicable a las labores jurisdiccionales y administrativas, en beneficio de los justiciables) para el suministro oportuno de equipo, servicios de red, capacitación del personal y la

actualización de la infraestructura informática y de telecomunicaciones, que facilite la utilización de medios electrónicos y el procesamiento de información en tiempo real.

\* Diseñar las bases y procedimientos para que los asuntos jurisdiccionales se tramiten a través de medios electrónicos.

\* Incorporar a los órganos jurídicos y administrativos del poder judicial federal las tecnologías de la información.

\* Hacer asequibles todos los mecanismos descritos a los justiciables, principalmente a los de menores recursos y a personas en situación de pobreza, para preservar su derecho humano de acceso a la justicia.

- **Política de servicios en línea.**

\* Elaborar programas para el establecimiento del *juicio en línea* que faciliten al justiciable su acceso a la justicia a través de medios electrónicos y que permitan interactuar, en forma remota, a los órganos jurisdiccionales con los ciudadanos.

- **Política salarial.**

\* Establecer un sistema salarial acorde a la realidad nacional y conforme a las responsabilidades asignadas a los servidores públicos, que contribuya a una remuneración suficiente y adecuada.

- **Política de incentivos al desempeño.**

\* Determinar mecanismos que permitan evaluar adecuadamente el desempeño laboral para el otorgamiento de incentivos y reconocimientos.

- **Política de servicio civil de carrera.**

\* Establecer un sistema de servicio civil de carrera en las categorías de personal administrativo, que incentive el ingreso, profesionalización, evaluación, ascenso y permanencia en la institución.



- **Política de planificación.**

\* Elaborar un plan rector del Poder Judicial de la Federación que permita fijar un rumbo para atender la demanda social de justicia en forma pronta y expedita y la distribución de cargas de trabajo, a corto, mediano y largo plazo.

- **Política de control financiero.**

\* Determinar los mecanismos de control por medios electrónicos que permitan en tiempo real la supervisión del adecuado ejercicio presupuestal y recursos financieros, que incidan en el mejoramiento de los servicios de justicia.

## **DISCIPLINA**

- **Política de organización.**

\* Estructurar un Manual de Procedimientos Disciplinarios.

- **Política de control de recepción y registro de asuntos disciplinarios.**

\* Implantar un control de los asuntos que ingresan en materia de disciplina, de los asuntos en trámite y de los que se resuelven, así como un registro y control del turno de los asuntos de manera electrónica -aleatoria-.

- **Política para rediseñar y fortalecer la Secretaría Ejecutiva de Disciplina y áreas administrativas involucradas.**

\* Mejorar el sistema para el control del trámite y resolución de los asuntos y procedimientos disciplinarios, y lineamientos para una adecuada coordinación de la Comisión de Disciplina con las áreas responsables.

- **Política de control de los servidores públicos judiciales suspendidos temporalmente.**

\* Instituir un programa para el registro de servidores públicos suspendidos temporalmente y establecer un sistema de coordinación con las áreas administrativas involucradas que les permita computar el tiempo efectivo laborado, designar a quien deba sustituir al servidor suspendido, realizar los trámites conducentes para el pago de las remuneraciones que se le fijen, los descuentos que correspondan y realizar la creación de la previsión presupuestal para pagarle las remuneraciones correspondientes, en caso de que así proceda.

- **Política para la remoción del personal de órganos jurisdiccionales por faltas de carácter administrativo.**

\* Establecer reglas y lineamientos para determinar las sanciones por faltas laborales y las sanciones por faltas administrativas.

- **Política de apoyo administrativo y laboral a jueces y magistrados, para determinar la baja o cese de los servidores de su adscripción, con intervención de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del CJF.**

\* Establecer el sistema de apoyo a juzgadores federales, para que, en caso de que procedan al cese o baja de alguno de los servidores de su adscripción, la Dirección General de Asuntos Jurídicos los apoye a fin de evitar que repercuta en su perjuicio y les afecte en lo económico.

- **Política de medición y evaluación en materia de disciplina.**

\* Diseñar un programa para conocer las cifras reales y el grado de avance, considerando algún

indicador o indicadores que permitan realizar un seguimiento puntual de lo realizado, evaluar los avances y los trabajos de la Comisión y, a futuro, los resultados de su rediseño.

- **Reestructuración de la Comisión Substancial Única.**

\* Regular la integración, funciones y competencia.

- **Ampliar los mecanismos de defensa de los juzgadores.**

\* Impulsar una reforma constitucional para ampliar la procedencia del recurso de revisión administrativa a las decisiones del CJF, en las que sancione a titulares y servidores judiciales por responsabilidad administrativa.

- **Política para hacer más eficiente el procedimiento para el cobro de las multas y sanciones económicas.**

\* Establecer convenios de colaboración con las autoridades fiscales competentes para realizar el cobro de las multas de apremio impuestas por los juzgadores federales y las sanciones pecuniarias determinadas a cargo de los servidores públicos judiciales por responsabilidad administrativa, así como un sistema de registro, control y seguimiento de dichas multas y sanciones que estén en etapa de ejecución.

## VIGILANCIA Y SEGURIDAD

- **Política para instrumentar acciones y un sistema eficaz para la protección seguridad de jueces y magistrados.**

\* Promover la adopción de medidas preventivas para preservar la seguridad de los servidores adscritos a órganos jurisdiccionales; el establecimiento de acciones de coordinación con las instituciones policiacas y con las autoridades federales y locales competentes en materia de protección y seguridad pública, para la salvaguarda y seguridad de jueces y magistrados, fundamentalmente en los Estados que presentan mayores riesgos y situaciones de peligrosidad; impulsar un programa para la atención inmediata de los requerimientos de jueces y magistrados en materia de protección y seguridad.

- **Política para reforzar los mecanismos para la seguridad de los recintos del Consejo de la Judicatura Federal.**

\* Instituir un programa eficaz de seguridad en las instalaciones administrativas y en todos los inmuebles que alberguen órganos jurisdiccionales federales e implementar medidas de seguridad, prevención e inteligencia para proteger al personal y las instalaciones.

- **Política de prevención de riesgos en materia de seguridad pública.**

\* Crear un programa de medidas preventivas que permitan mayor seguridad a los servidores judiciales.

- **Política de coordinación con Visitaduría Judicial.**

\* Establecer acciones y mecanismos de coordinación para la realización de las investigaciones que determine el área competente y de apoyo.

- **Política de fortalecimiento de mecanismos para el seguimiento de investigación a servidores públicos.**

- \* Regular y perfeccionar los mecanismos de seguimiento de las investigaciones que lleven a cabo las autoridades penales federales o locales en casos en que se vean implicados servidores judiciales adscritos a órganos jurisdiccionales o administrativos del CJF.
- **Política de acciones para que las instituciones policiacas y demás autoridades federales brinden el más amplio respeto a los jueces y magistrados en sus investigaciones legales.**
  - \* Establecer medidas para que las instituciones policiacas y demás autoridades federales, en sus investigaciones legales, brinden el más amplio respeto a los jueces y magistrados de la Federación.

## CARRERA JUDICIAL

- **Política de reestructuración del Instituto de la Judicatura Federal.**
  - \* Impulsar un plan de formación de jueces y magistrados y demás funcionarios del Poder Judicial de la Federación a nivel nacional, que tenga como base la preparación y formación que se imparte a través de la Escuela Judicial.
- **Política de desarrollo de carrera judicial.**
  - \* Reorientar el sistema para el ingreso, promoción, actualización a las categorías de carrera judicial con la finalidad de formar a los futuros juzgadores federales, bajo los principios de profesionalismo, excelencia, objetividad e imparcialidad.
- **Política de evaluación al desempeño del personal de carrera judicial.**

- \* Establecer un método, eficaz y adecuado a la realidad nacional de evaluación del desempeño judicial, que permita garantizar la permanencia, adscripción y confianza en el cargo de los juzgadores.
- **Política de apoyos e incentivos a la profesionalización de la carrera judicial.**
  - \* Implementar un sistema general de becas e incentivos para realizar estudios de profesionalización para los servidores públicos de carrera judicial.
- **Política de transparencia en la designación del personal de apoyo en órganos jurisdiccionales.**
  - \* Establecer mecanismos que garanticen la transparencia en las designaciones que realicen magistrados y jueces respecto del personal que labora en órganos jurisdiccionales.
- **Política de apoyo a los juzgadores en retiro.**
  - \* Rediseñar el sistema de apoyos a juzgadores en retiro.
- **Política de licencias y suplencia de los juzgadores federales.**
  - \* Establecer lineamientos, con criterios objetivos, para determinar el otorgamiento de licencias, así como la idoneidad de los secretarios que deban sustituir temporalmente a los juzgadores.

## CREACIÓN DE NUEVOS ÓRGANOS

- **Política de planeación de creación de nuevos órganos.**
  - \* Definir el tipo de órganos jurisdiccionales existentes en el país: regulares, auxiliares, mixtos, especializados, etcétera, con el propósito de crear



los más apropiados para el servicio público de administración de justicia.

\* Determinar la idoneidad y ubicación de los órganos jurisdiccionales a partir de una base multidisciplinaria: de estadística, de especialización, de criterios socioeconómicos y de oportunidad.

## **DEFENSORÍA PÚBLICA FEDERAL**

- **Política de homologación del sistema de defensoría pública nacional.**

\* Homologar la calidad de la defensoría pública federal a través de la creación de una institución nacional que tenga a su cargo la selección, ingreso, profesionalización, supervisión y evaluación de los defensores y asesores jurídicos de todo el país.

- **Política de difusión y acercamiento de los servicios de defensoría pública a la sociedad civil.**

\* Establecer un programa nacional de difusión con el fin de que la población cuente con información completa sobre dónde acudir a solicitar los servicios de orientación, asesoría jurídica y defensoría, y en qué consisten; institucionalizar el programa de jornadas nacionales con el fin de acercar a la población, particularmente a los menos favorecidos, a las instancias de defensa, asesoría y orientación jurídicas.

- **Política de inducción al servicio civil de carrera.**

\* Establecer un programa de inducción permanente para los estudiantes de la carrera de derecho, como posibles aspirantes a formar parte del

cuerpo de asesores jurídicos y defensores públicos federales, en las escuelas y universidades de todo el país.

- **Política interinstitucional para la integración de expedientes.**

\* Instrumentar un programa de cooperación con las instituciones y órganos involucrados en los asuntos materia de los servicios de defensoría y asesoría, para facilitar la integración y consulta de los expedientes de los solicitantes del servicio, preservando con ello el principio constitucional de acceso a la justicia gratuita.

- **Política de evaluación.**

\* Crear un sistema nacional de estadística que permita la supervisión, medición, análisis y evaluación de los indicadores de desempeño de los asesores jurídicos y defensores, que permita detectar las necesidades del servicio en todo el país.

- **Política de incentivos.**

\* Establecer programas de incentivos para los defensores y asesores jurídicos.

## **CONCURSOS MERCANTILES**

- **Política de difusión.**

\* Difundir la cultura concursal, los procesos de los que le compete conocer y los medios de apoyo a los órganos jurisdiccionales federales.

- **Política de fortalecimiento del IFECOM.**

\* Análisis de la estructura, programa de trabajo, indicadores y sistemas de evaluación para promover acciones de mejora.

- **Política de modernización y actualización.**

\* Rediseño del sistema de apoyo y consultoría y servicios mediante la utilización de las nuevas tecnologías e instrumentos en informática, así como la revisión de las acciones de apoyo permanente, capacitación y asesoría en los procedimientos de concurso mercantil.

- **Política de supervisión.**

\* Establecimiento de acciones y de un sistema de supervisión eficaz que permita medir objetivamente las actividades y metas del Instituto y fundamentalmente el cumplimiento de sus funciones en general, como las de los visitadores, conciliadores y síndicos.

## TRANSPARENCIA

- **Política de fortalecimiento del sistema de transparencia y acceso a la información.**

\* Establecimiento de programas orientados a capacitar a los funcionarios judiciales en la implementación de la transparencia focalizada, con objeto de que las resoluciones judiciales sean accesibles y entendibles para el público no especialista en Derecho. Incluye la creación de un registro nacional de asesores y defensores que contenga la información relacionada con la preparación profesional, desempeño laboral y comportamiento ético de los mismos, con el fin de que los solicitantes del servicio conozcan sus antecedentes y la calidad de su desempeño en la función.

- **Política de modernización del sistema de transparencia y acceso a la información pública.**

\* Crear un sistema único que concentre toda la información consultable para efectos de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental relacionada con el Poder Judicial de la Federación, en el que se incluya a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al Tribunal Federal Electoral y al Consejo de la Judicatura Federal.

\* Promover un programa de capacitación que permita lograr la estandarización de la información consultable a través del sistema único mencionado.

\* Favorecer la implementación de mecanismos que privilegien la interacción o retroalimentación entre el Poder Judicial de la Federación, como detentador de la información, y el usuario, con el fin de promover la fiscalización de la misma por parte de la ciudadanía y garantizar una adecuada rendición de cuentas.

\* Promover el uso de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para favorecer la transparencia de las acciones y responsabilidades que realizan los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial de la Federación, así como su organización y funcionamiento.

- **Política de verificación del sistema de acceso a la información pública.**

\* Establecer un programa de verificación permanente del *Sistema Único de Información Judicial* (SUIJ) para garantizar que la misma se encuentre actualizada y sea correcta y completa.

\* Incentivar la utilización de mecanismos jurídico-

administrativos que permitan verificar la información del Poder Judicial de la Federación, a través de sus procedimientos de búsqueda, clasificación, sistematización y resguardo de la información pública por parte de las *unidades de enlace*.

- **Política de difusión del SUIJ.**

\* Emprender un programa de difusión masiva a través de los medios de comunicación para dar a conocer el sistema único de información judicial y su uso.

## PREVENCIÓN Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN

- **Política para fomentar la cultura de la denuncia de actos de corrupción.**

\* Fortalecer medidas de protección para los servidores públicos y ciudadanos que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con la legislación aplicable.

- **Política de privilegio a la honestidad y difusión de mecanismos anticorrupción.**

\* Desarrollar programas de estímulo y de evaluación de los servidores públicos que sirvan para reconocer y fomentar el compromiso de honestidad en el ejercicio de la función.

\* Implementar mecanismos que fomenten la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

\* Crear los lineamientos, procedimientos y mecanismos que permitan publicitar las declaraciones patrimoniales.

- **Política de vigilancia del desempeño de los servidores públicos.**

\* Impulsar la creación de una Contraloría Social en el Consejo de la Judicatura Federal.

\* Fortalecer los sistemas de análisis del contenido de las declaraciones patrimoniales, con el objeto de que sea una herramienta útil para la detección de posibles casos de enriquecimiento ilícito.

\* Desarrollar instrumentos que impidan el soborno a funcionarios judiciales, estableciendo convenios con autoridades hacendarias que permitan contar con mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.

\* Establecer medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad los servidores públicos del Poder Judicial Federal.

- **Política de cooperación internacional anticorrupción.**

\* Establecer un programa de seguimiento de las acciones y propuestas que surjan en los ámbitos nacional e internacional en materia de anticorrupción.

\* Fomentar la cooperación internacional con el fin de desarrollar e implementar programas de capacitación que permitan prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas de corrupción.

## Bibliografía

- Aguilar Villanueva, Luis F.: *Política Pública. Biblioteca Básica de Administración Pública D.F.*, Tomo I, ed. Siglo XXI Editores, México, 2011.
- \_\_\_\_\_: "Los objetos del conocimiento de la Administración Pública". Revista de Administración Pública, número 54, abril-junio, 1983. (Disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/54/pr/pr13.pdf>)
- *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. Disponible en [http://buscon.rae.es/draE/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=administrar](http://buscon.rae.es/draE/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=administrar)
- Espino R., Angel: *Un enfoque fuzzy para mejorar la gestión pública*, ed. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Buenos Aires Argentina, 2009.
- Fix Zamudio Héctor: *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial, Grandes tendencias políticas contemporáneas*, ed. UNAM, Coordinación de Humanidades, México, 1986.
- Lahera P. Eugenio: *Política y políticas públicas en los procesos de reforma en América Latina. Similitudes y diversidades*, proyecto de la CEPAL y el Gobierno de Francia (FRA/02/073), ONU, 2004.
- *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012*. Disponible en internet en: <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/introduccion.html>, México, 2007.
- Wayne Parsons: *Políticas Públicas. Una introducción a la teoría y a la práctica del análisis de políticas públicas*, ed. Flacso, México, 2007.

## El principio de publicidad en el proceso penal acusatorio mexicano\*

Porfirio Díaz Oropeza\*

A mi hija Jazmín y mi esposa Erika, a toda mi familia y al Lic. H. Enrique Ríos B.

**RESUMEN:** El sistema penal acusatorio, que pretende iniciar plenamente a funcionar en nuestro país para el año 2016, contempla los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, mismos que han sido definidos de manera puntual; sin embargo, las explicaciones dadas sobre el principio de publicidad tienden a favorecer su vigencia, sin tener en cuenta ciertos inconvenientes que pueden generarse por los patrones de comportamiento de la sociedad mexicana. Basta para apreciar lo anterior que se permita al público, e inclusive a los medios de comunicación, que presencien actos jurisdiccionales en aras de transparentar la impartición de justicia. Esta permisividad ha sido escasamente confrontada con los derechos del imputado, por lo que puede tener un efecto social no deseado, pues su impacto resulta más inquisitivo que el proceso penal actual. La exposición pública de una persona detenida, procesada o sancionada sin duda, implica una

\* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

afectación tanto de ella, como de su familia por lo que habría una peligrosa aproximación al ámbito de las penas trascendentales. El señalamiento y la discriminación a que serán sometidos los familiares o personas cercanas al autor del delito aumentan porque, en nuestro país, se han ido perdiendo la cultura cívica y, sobre todo, valores tan importantes como el respeto a los demás. Finalmente, la publicidad procesal, como ha sido explicada, podría dar pie a la discriminación y al rechazo de quienes no han tenido la experiencia de soportar un proceso penal. Recordemos que la mentalidad con que cuenta la gran mayoría de la población mexicana es muy peculiar y, por esta razón, el principio de publicidad se debe adecuar a ella y no reproducir modelos procesales con la funcionalidad de otros países, donde existen niveles educativos muy superiores al nuestro.

Para conceptualizar y definir al principio de publicidad –desde un punto de vista jurídico y procesal–, se deberán tomar en cuenta elementos basados en el carácter que tienen el bien jurídico tutelado, la obligatoriedad, generalidad y abstracción de la ley, la naturaleza de los ordenamientos sustantivos y adjetivos de la materia, y las instituciones que exigen el cumplimiento y aplican la legislación punitiva.

Como conclusión puede afirmarse que el principio de publicidad está vinculado con la democracia, ya que ese principio se ejerce notoriamente, aun no siendo vinculativa la opinión del público en las sentencias, al que se les da cuenta en las audiencias públicas de actos procesales y jurisdiccionales decisarios de los juicios; es

dicho, se da a conocer a la comunidad o a todas las personas la experiencia de estar sometido al ejercicio del poder estatal, por estar presentes en actos en los que, al final, su presencia no tiene mayor efecto. La opinión y presencia del pueblo no debe ni puede influir en la decisión del juez para emitir una sentencia absolutoria o condenatoria, por lo que no hay ninguna relación con la democracia, sino con actos propios de un régimen populista.

**SUMARIO:** Introducción. I. Breve antecedente histórico de la publicidad. II. Definiciones doctrinales del principio de publicidad. III. Crítica al punto de vista del principio de publicidad. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## Introducción

Desde hace tiempo el sistema penal mexicano de corte mixto, pero predominantemente inquisitivo, necesitaba una merecida reforma, a causa de su paulatina pérdida de funcionalidad, comprendamos que su desgaste es natural después de estar vigente durante casi un siglo; ahora estamos en espera de la total implementación de un nuevo sistema llamado oral-acusatorio, el cual trae consigo garantías procesales muy atractivas para las partes, tal es el caso del principio de presunción de inocencia -que podría sustituir al principio de *in dubio pro reo*- por favorecer al autor del delito, garantizándole su libertad hasta que su culpa sea demostrada; en ese contexto encontramos cinco principios, tan importantes, que fueron elevados al nivel de nuestra carta fundamental, siendo los de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, contenidos en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

estos principios han sido explicados de manera puctual por diversos doctrinarios y cada uno de ellos coinciden en sus definiciones; sin embargo, existe uno que debería ser conceptualizado de manera más moderna, jurídica y técnica, no textual, teniendo en cuenta que la prioridad es la correcta adecuación a la sociedad mexicana; dicho principio es el de publicidad, que enfocado, de la manera que lo ha sido, podría resultar definitivamente más inquisitivo que el proceso penal actual, pues, al permitir que el público y los medios de comunicación presencien los actos jurisdiccionales, se estaría exponiendo, como protagonista de la actividad judicial, al presunto autor de una conducta delictiva, lo que evidentemente trascendería hasta su esfera familiar, pudiendo derivar de ello una *pena accesoria* o, sea, añadida a la carga del proceso penal; en conclusión, el ejercicio del principio de publicidad deberá ser controlado y tendrán que agotar, de manera sistemática, los requisitos establecidos por las leyes de la materia, por ejemplo, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; por lo tanto, el principio de publicidad se tendrá que replantear y ajustar a una sociedad tan particular como la mexicana o se obtendrán resultados sociales inesperados.

### I. Antecedente histórico de la publicidad

Para encontrar el antecedente histórico del principio de publicidad acorde a nuestro sistema jurídico, tenemos que remontarnos hasta la época del imperio romano, donde se llegó a establecer que, en lugar de un juez, fuera una asamblea la que dictara sentencia en contra de alguien; este órgano se formaba, espontáneamente, por personas que acudían a la plaza pública y, por mayoría de votos, se emitía la resolución del caso.

La asamblea evolucionó para dar paso a la institución del jurado, que se conformaría por personas seleccionadas, quienes estaban facultadas para emitir una pena y su duración o, bien, otorgar la absolución. El que una asamblea o jurado sentenciara al responsable de la comisión de un delito se explicaba por la vigencia de la soberanía cuyo titular es el pueblo; las decisiones de la población, bajo la idea de soberanía, no se podían apelar, pues la autoridad no podía revisar, mucho menos modificar, lo que los ciudadanos ya habían concluido.

En la Grecia Clásica, específicamente en la época republicana, se estableció un juicio acusatorio-oral y la punibilidad de los delitos estaba en manos de los ciudadanos, quienes, de manera pública, es decir, ante la comunidad, señalaban sus pretensiones con base en el bien jurídico afectado por una conducta delictiva; lo hacían de forma pública para que el acusado pudiera defenderse a la vista de todos, alegando su inocencia con argumentos, presentando testigos que conocieran los hechos, etc. Así, no había duda de la igualdad entre las partes y, al final, la comunidad tenía que resolver el conflicto, dictando sentencia.<sup>1</sup>

Lo que pasó en la Grecia Clásica fue funcional y, con el tiempo, dentro de la sociedad occidental, derivó en un proceso injusto, pues, ante un público desconocedor de técnicas jurídicas, quien concedía su defensa al mejor orador siempre resultaba absuelto, aún siendo culpable, y, *a contrario sensu*, el inocente resultaba condenado; esta práctica trajo como resultado que la comunidad fuera desconociendo las causas derivadas de delitos y se abrió paso a las personas con estudios jurídicos, quienes serían las que dictaran sentencias ante la existencia de un hecho delictivo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Oronoz Santana, C. M.: *El juicio oral...cit.*, p. 142.

<sup>2</sup> Oronoz Santana, Carlos Mateo: *Op. Cit.*, p. 143.

Lo anterior tampoco fue la solución porque ahora serían jueces los facultados para recibir denuncias e investigar la posible comisión de un delito; terminada la investigación, los jueces, iniciaban el procedimiento. Ante la presencia de jueces justos el procedimiento funcionaba, hasta que empezaron a existir jueces deshonestos o mercenarios de la ley; con estas prácticas el sistema falló y fue objeto de rechazo; recordemos que, en esta época, se acostumbraba darle al pueblo *«pan y circo»*, para mantener a los gobernados conformes con el régimen existente, disfrazando la soberanía y democracia con esta permisividad dada a los pobladores para juzgar a otros; más bien, los gobernantes fueron los que accedieron a darle ese carácter a la publicidad, así los gobernados sentirían que realmente tenían la potestad de decidir; sin embargo, sostengo que, situaciones como la descrita más que responder al principio de publicidad, se acercaba a la justicia privada.

Méjico no estuvo exento de los oradores hábiles, tenemos el caso de María Teresa de Landa, culpable de homicidio, quien, por su belleza y llanto frente al público, fue absuelta por el jurado popular; este evento fue tan determinante que decidió el desuso del jurado popular en los juicios penales mexicanos. La debilidad del jurado popular mexicano radicaba en que era convencido por oradores diestros y buenos litigantes actores, además, el jurado era integrado por personas desconocedoras del Derecho y únicamente por hombres, ya que las mujeres eran consideradas sin intelecto para juzgar a un semejante.

Nada nos heredó la sociedad azteca, respecto a su sistema jurídico, pero, se sabe que contaba con un sistema penitenciario clasificado como draconiano, a decir de algunos estudiosos como Carranca y Rivas;<sup>3</sup> no obstante,

<sup>3</sup> Mendoza Bremauntz, E.: *Derecho penitenciario...*cit., p. 167.

el sistema penal azteca también aplicó la publicidad en sus juicios, al dar a conocer la forma de enjuiciar a personas que eran sorprendidas al realizar conductas consideradas delictivas. Como todo imperio, el azteca tenía un grado de残酷 que era muy intimidante para aquellos que no se sometían a su disciplina o yugo, por lo que la sociedad, que integraba el imperio, juzgaba y sentenciaba de manera pública e, incluso, infamante.

El Derecho indígena era terriblemente severo, la sanción era pena pública, responsabilidad estricta del Estado y opuesta a la venganza privada.<sup>4</sup> Resulta interesante comparar el Derecho antiguo con el moderno y descubrir qué figuras procesales obsoletas vuelven a tener vigencia; por supuesto que las ideas plasmadas en este trabajo no van en contra de la implementación de los juicios orales en Méjico; al contrario, se trata de formular una crítica para amoldar únicamente el principio de publicidad a la personalidad de los mexicanos.

Es comprensible que civilizaciones antiguas hayan entendido que la publicidad se relacionaba con los espectadores ó público asistente a las plazas al momento de sentenciar, situación que en la actualidad es inconcebible.

**II. Definiciones doctrinales del principio de publicidad**  
 El principio de publicidad, planteado como lo ha sido, puede dar resultados que atenten contra los derechos humanos de la persona que está siendo enjuiciada, pues tomando la definición de un diccionario común se dice que la publicidad *es el conjunto de medios para divulgar o extender las noticias o hechos.*<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Malo Camacho, G.: *Historia de las cárceles...*cit., p. 21.

<sup>5</sup> Pequeño Larousse Ilustrado, p. 184.



Enseguida, se vierten las siguientes manifestaciones relacionadas con este principio.

Sergio E. Casanueva Reguart, en su libro *Juicio Oral Teoría y práctica*, dice que el principio de publicidad hace sin lugar a dudas, más transparente la actividad procesal penal; un juicio público requiere de vistas orales para examinar el fondo de la cuestión, las cuales son celebradas en público y a las que el público puede asistir, por otra parte, los tribunales deben dar a conocer a la comunidad la información relativa a la hora y lugar de las vistas orales y facilitar, dentro de límites razonables, la asistencia de las personas interesadas.<sup>6</sup>

Sergio García Ramírez escribe que la publicidad permite y alienta la presencia de terceros en los actos procesales, a título de observadores del proceso y, en este sentido de controladores de la subordinación de participantes y diligencias a la ley que gobierna el enjuiciamiento.<sup>7</sup>

Miguel Carbonell apunta: La publicidad actúa en beneficio de la recta impartición de justicia, inhibe la corrupción, mantiene a las partes en estado de mayor igualdad convoca a una mejor rendición de cuentas.<sup>8</sup>

Cristal González Obregón, en su obra *Manual Práctico del Juicio Oral*, manifiesta que la publicidad hace más transparente la actividad procesal. El público puede asistir a las audiencias. La sociedad tiene derecho para cesar a la justicia y ejercer control sobre las actuaciones de los sujetos procesales.<sup>9</sup>

Maria Eloísa Quintero, en su trabajo de *Principios del sistema acusatorio Una visión sistémica*, señala que una

<sup>6</sup> Casanueva Reguat, Sergio E.: *El Juicio oral...* cit., p. 84.

<sup>7</sup> García Ramírez, S.: *La Reforma Penal...* cit., p. 122.

<sup>8</sup> Carbonell, Miguel: *Los juicios...* cit., p. 128.

<sup>9</sup> González Obregón, C.: *Manual práctico...* cit., p. 35.

de las características del sistema acusatorio es reprobar toda práctica secreta y ocultista (común en los sistemas inquisitivos) y postular en su lugar la transparencia y flujo directo de toda información / acto/ prueba del proceso.<sup>10</sup>

Jorge Bodes Torres indica, en su obra *Juicio Oral Doctrina y Experiencias*, respecto al principio de publicidad, que en este acto judicial, de examen de pruebas, el público está presente y actúa como una forma de control a la actividad jurisdiccional... ese juicio oral puede realizarse en privado, cuando razones de moralidad, orden público, seguridad estatal o el respeto debido a la víctima o al acusado lo justifiquen.<sup>11</sup> Asimismo, Bodes Torres, refiere que la publicidad hace a todos los concurrentes, en cierta manera, copartícipes del acto de enjuiciar, los allí presentes conocerán lo acontecido, valorarán las pruebas y opinarán sobre la decisión de la pena dispuesta por los jueces.<sup>12</sup>

Carlos Mateo Oronoz Santana, en su libro *El Juicio Oral en México y en Iberoamérica*, en relación con el principio de publicidad, expresa que este principio es fundamental en el procedimiento oral, lo importante es que la sociedad tenga conocimiento de lo que está aconteciendo en cada uno de los juicios que se estén llevando con el fin de que la misma colectividad le exija al juzgador su presencia y el desarrollo del proceso por los cauces debidamente establecidos en la normatividad procesal.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Quintero, M. E. / Miguel Polaino-Orts: *Principios del Sistema Acusatorio...* cit., p. 27.

<sup>11</sup> Bodes Torres, J.: *Juicio oral...* cit., p. 103.

<sup>12</sup> Bodes Torres, J.: *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>13</sup> Oronoz Santana, C.: *Op. Cit.*, p. 258.

### **III. Breve crítica a los puntos de vista sobre el principio de publicidad**

En las definiciones del apartado anterior, vemos coincidencias medulares que pueden resumirse a la presencia del público en los actos de juzgamiento con la finalidad de tener juicios transparentes y ejercer, hasta cierto grado, el control del juzgador. Por otra parte, se entiende que el principio de publicidad consiste en la permisividad que debe darse al público para conocer cómo se desarrollan los actos procesales y jurisdiccionales, pues la sociedad se ve agraviada en sus intereses por la comisión de un delito y no únicamente participarán en esos actos la víctima u ofendido, el imputado, sus respectivos representantes y testigos, tal y como ocurre actualmente.

El contenido del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que *El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. El principio de publicidad también está reconocido, como en otros países, en el ritual penal mexicano, que justificadamente merece ser reformado aunque no debe ser degradado por sus detractores.

Dicho principio no debe ser relacionado con el foro que asistirá a la audiencia, sino con la calidad de quien va a ejercer la acción penal, procesar, aplicar y ejecutar la pena. El Ministerio Público es la institución que ejerce acción penal, representando y tutelando, por medio de la ley, a los bienes jurídicos del Estado o, sea, los bienes jurídicos públicos; asimismo, los jueces, que pertenecen a una institución pública, previo estudio de las causas penales en las que intervienen, aplican penas concretas que son públicas, como resultado de la obligatoriedad, generalidad y abstracción de la ley. El

principio de publicidad debe ser entendido y explicado de otra forma, pues la publicidad es consustancial al proceso desde el momento en que se rige por ordenamientos jurídicos esencialmente públicos, es decir, leyes que, como se manifestó antes, tienen incluido el principio de generalidad con el fin de evitar venganzas privadas o particulares; esta situación, que podría pasar en México, sí permite que la sociedad cese a la justicia; quien aplica la ley, dándole su carácter de obligatorio, es un poder público llamado Poder Judicial.

Se deben agotar de manera sistemática los requisitos exigidos por la ley para difundir el desarrollo de un proceso y el contenido de una sentencia; pongamos como ejemplo el contenido del acuerdo recaído a un escrito inicial de demanda de amparo y que a continuación se transcribe:

*Vista la demanda se fijan las 12:30 horas del día 4 de agosto de 2011, para celebración de la audiencia constitucional. Por otra parte, se comunica a las partes, que la sentencia que se dicte en el presente asunto estará a disposición del público para su consulta cuando así lo soliciten conforme al procedimiento de Acceso a la Información, así también, el derecho que les asiste, para manifestar hasta antes de que se dicte el fallo, su voluntad de que su nombre y datos personales se incluyan en la publicación, en la inteligencia de que la falta de oposición conlleva su consentimiento para que la sentencia respectiva se publique sin supresión de datos.*

Los actos judiciales son públicos desde el momento en que se inicia cualquier trámite ante juzgados o tribunales, pero éstos controlan la publicidad; otro ejemplo de esta situación es el auto que anuncia la admisión de un recurso de revisión, cuyo contenido es el que sigue:

*Se admite el recurso de revisión interpuesto por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Gírese oficio al Agente del Ministerio Público de la Federación, acompañándole copia del escrito de agravios. Se tiene a la autoridad responsable recurrente por señalado domicilio para oír y recibir el ubicado en el lugar donde ejercen sus funciones. De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de abril de dos mil cuatro y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, que en términos de su artículo cuarto transitorio derogó los acuerdos generales 0/2003, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y 30/2003, del Consejo de la Judicatura Federal, así como las demás disposiciones derivadas de esos acuerdos; en concordancia con lo perceptuado en el artículo octavo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, indíquese a las partes que el Poder Judicial de la Federación debe hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria; también deberán hacerse públicas las resoluciones intermedias que pongan fin a una instancia o algún incidente de previo y especial pronunciamiento y las que recaigan a un recurso intraprocesal; asimismo, que conforme a lo dispuesto en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del citado Reglamento, toda la información que tienen en resguardo los órganos jurisdiccionales es pública y, por ende, los expedientes en que obren, podrán ser consultados por cualquier persona, tanto aquéllos de asuntos concluidos, como los relativos a las demás*

*resoluciones una vez que se emitan, no obstante no haber causado ejecutoria, con las salvedades a que se refiere tal disposición; es así que las determinaciones que se dicten en el presente asunto, estarán a disposición del público para su consulta, cuando así lo soliciten conforme al procedimiento de acceso a la información; finalmente, hágase del conocimiento de las partes que tienen derecho a oponerse, en relación con terceros, a la publicación de sus datos personales, cuando la información contenida en las constancias procesales esté clasificada, de conformidad con los artículos 13, 14 y 18 de la citada Ley Federal, como reservada o confidencial. Igualmente, sólo podrán considerarse reservadas o confidenciales las pruebas aportadas por las partes, cuando se les haya atribuido tal carácter al momento de ser allegadas al juicio y tal calificación se base en lo dispuesto en algún Tratado Internacional o Ley Federal o Local.*

Expuesto lo anterior, se advierte que a todo acto judicial le es inherente su público, ya que tiene una publicidad que deriva de la característica de la norma, de la representación social y de quien aplica la ley.

El Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expone: (...) *Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes (...)*

La publicidad está presente en este precepto pero con el fin de divulgación, ya que literalmente ese es el significado de publicidad; ahora bien, el inconveniente de explicar en audiencia pública, previa citación de las partes, una sentencia que ponga fin al procedimiento oral es el desconocimiento de tecnicismos y vocablos jurídicos que tiene la población mexicana; quienes

son procesados por delitos del fuero común -e incluso federales- o de cuantía menor, en su gran mayoría son personas con bajo grado escolar que no entenderían la explicación de motivos, considerandos y fundamentos legales contenidos en una sentencia; como ejemplo, basta preguntarle al representado de cualquier abogado, el juzgado en que se tramita su proceso, si sabe que es una reconvención, una duplicidad de término o que la contestación a una demanda de amparo que da una autoridad responsable técnicamente sea llamada *informe justificado*; en muchos casos, las personas no saben el significado y la trascendencia de estos términos, por lo que será necesario que les expliquen el sentido en que resolvieron su procedimiento; por ello creemos que el término jurídico de publicidad debe ser definido de otra forma.

Se dice que la oralidad en los juicios demuestran el grado de democracia con que cuenta un país, pero la democracia no puede ser medida sobre la base de que existan o no juicios orales; no sería ético hacerle creer a los mexicanos que su presencia en procesos penales está vinculada con las decisiones jurisdiccionales; sabemos que esta vinculación (presencia del público-decisiones jurisdiccionales) no alcanza ningún significado para la democracia, por lo que a la publicidad procesal se le tendrá que dar un significado, no textual, sino jurídico; de lo contrario, nos remontaríamos a la época de la antigua Ágora, donde los juicios eran practicados ante el público, o a la vista del público, quedando los condenados sometidos a personas ajena al conflicto penal o al interés de proceso.

La palabra democracia, proviene del griego *demos*, pueblo y *kratos*, fuerza, poder autoridad. Y es una doctrina política según la cual la soberanía pertenece al conjunto de los ciudadanos –principio que enuncia la frase celebre:

*el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo; régimen político caracterizado por la participación de los ciudadanos en la organización del poder público y en su ejercicio.*<sup>14</sup>

Andrés Serra Rojas, en su libro Teoría del Estado, manifiesta que *La democracia es un sistema o régimen político, una forma de gobierno o modo de vida social, en que el pueblo dispone de los medios idóneos y eficaces para determinar su destino, la integración de sus órganos fundamentales o para expresar la orientación ideológica y sustentación de sus instituciones.*<sup>15</sup> En la misma obra, dice que *la democracia moderna nace con un vicio de origen al convertirse en un sistema protector de los intereses, egoísmos y pasiones humanas, pero la fuerza de la idea democrática ha permitido el revisar constantemente los vicios que le envuelven y anteponerlos a la situación de los problemas sociales básicos;*<sup>16</sup> este argumento parece ajustarse a la democracia mexicana, ya que todos los días vemos esos vicios convertidos en paternalismo gubernamental. Dar a conocer al público que una persona está siendo procesada no significa un ejercicio democrático, porque la democracia implica, entre otras prácticas, la solución de un problema donde existen intereses de todos con la opinión de todos; en este escenario de dar a conocer públicamente que una persona está siendo procesada penalmente no se atenta, ni para bien ni para mal, contra la democracia, pues, al permitir la entrada de cualquier persona a una audiencia penal, habría la posibilidad de llenar la sala con familiares del ofendido ocasionando, como dice Andrés Serra Rojas, caer en el vicio de proteger intereses, egoísmos y

<sup>14</sup> Rodríguez y Rodríguez J.: *Diccionario Jurídico Mexicano...*cit., p. 1061 t. D-H.

<sup>15</sup> Serra Rojas, A.: *Teoría del Estado...*cit., p. 510.

<sup>16</sup> Serra Rojas, A.: *Op. cit.*, p. 516.



pasiones humanas; entendamos que el público no tiene la potestad de administrar justicia, en consecuencia se estaría poniendo en manos de los mexicanos un ejercicio negligente de democracia.

¿Cuál será el método que implementarán los jueces para explicar las sentencias en audiencia pública, pues no sólo resuelven asuntos de personas con defensores públicos, sino también de abogados particulares? aquí es donde se pondrá a prueba la capacidad del juzgador para explicar, clara y sencillamente, gran cantidad de sentencias para que las entiendan personas no conocedoras del lenguaje jurídico; cabe hacer las siguientes preguntas: ¿Cuál será el medio de control que ejerza la sociedad para exigir al juzgador que se conduzca conforme al proceso legalmente establecido?, ¿Qué técnica aplicará para la valoración de pruebas?, ¿Cómo es posible que la sociedad tenga el derecho de cesar a la justicia?, ¿Acaso la sociedad está compuesta por peritos en impartición de justicia, para sugerirle a los jueces cómo sentenciar?.

Conforme evolucionó el Derecho punitivo, el particular perdió la facultad de administrarse justicia por propia mano, tal y como se pone de relieve en el numeral 17 de la carta magna mexicana, que dispone: *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma*; esta declaración robustece que, en México, no hay justicia privada, sino pública. Por consiguiente, aplica lo mismo a la autoridad pública, que va a conocer determinada causa, y a la autoridad ejecutora de la pena, de tal suerte que queda de manifiesto que el poder público, representado institucionalmente, actúa bajo un marco legal legítimamente establecido.

El Artículo 17 dice: *Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes (...), ¿Por qué debe*

darse tal explicación previa citación de las partes y, sobre todo, en audiencia pública? En caso de que la sentencia sea absolutoria no afectaría, porque con antelación existe la presunción de inocencia, pero, por ejemplo, si el culpado es condenado a cuatro años, seis meses de prisión, al pago de una multa y a la reparación del daño por la comisión del delito de robo agravado calificado y se le cita junto con la víctima para que ambos se enteren de la resolución del juez, pero, además, esta sentencia debe de ser explicada en audiencia pública a efecto de que el foro asistente conozca el contenido de la misma, entre otros datos de identificación, el nombre del sentenciado, ¿Acaso esta actuación no resulta ser más inquisitoria que el proceso penal vigente en algunos Estados del país y en el Distrito Federal?. Con ello, pues, además de las penas resultantes del juicio, el condenado se enfrentará a la exposición pública de su conducta y de él mismo ante un determinado grupo integrante de la sociedad.

En México tenemos muy arraigada la institución de la familia y cuando un miembro del linaje se encuentra en un problema penal, casi siempre el autor del delito involucra a la familia o a sus allegados cercanos para que presencien la audiencia; ahora, con la explicación de la sentencia en audiencia pública, los miembros del núcleo familiar serán identificados por el público, abriéndose la posibilidad de que estos últimos y, sobre todo, el condenado sea discriminado, sin piedad; en ese contexto, o en uno similar, es donde resulta cuestionable el principio de publicidad dado que tendría un matiz de *pena accesoria* o, incluso, una sanción infamante; por consiguiente cabe la pregunta ¿Hay evolución o retroceso en el sistema penal mexicano? Ante esta interrogante, estimando que el sentido dado al principio de publicidad debe ser cuidadosamente adecuado a la sociedad mexicana, pues

no podemos pretender que sea como en Perú, Colombia, Chile, Estados Unidos de América u otros países donde funciona la oralidad en los juicios, ya que el resultado puede no ser el esperado.

### Bibliografía

- Bodes Torres, Jorge: *Juicio oral. Doctrina y experiencias*. Flores Editor., 1<sup>a</sup> ed. México 2009.
- Carbonell, Miguel: *Los juicios orales en México*. Porrúa, México, 2010.
- Casanueva Reguat, Sergio E.: *El Juicio oral. Teoría y práctica*. Porrúa, México, 2009.
- García Ramírez, Sergio: *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008): ¿Democracia o Autoritarismo?* Porrúa, México, 2008.
- González Obregón, Cristal: *Manual práctico del juicio oral*. Ubijus, México, 2008.
- Malo Camacho, Gustavo: *Historia de las cárceles en México*. Inacipe, México, 1988.
- Mendoza Bremauntz, Emma: *Derecho penitenciario*. McGraw-Hill, México, 1998.
- Oronoz Santana, Carlos Mateo: *El Juicio oral en México y en Iberoamérica*. Cárdenas Velasco Editores S. A. de C. V., 3<sup>a</sup> ed., México, 2009.
- Quintero, María Eloisa / Miguel Polaino-Orts: *Principios del Sistema Acusatorio. Una Visión Sistémica*. Ara Editores, 1<sup>a</sup> ed., Perú, 2010.
- Serra Rojas, Andrés: *Teoría del Estado*. Porrúa, 12<sup>a</sup> ed., México, 1993.

### Diccionarios

- Rodríguez y Rodríguez, Jesús: *Diccionario Jurídico Mexicano, D – H*. Edición histórica, Porrúa S. A. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ed. Ediciones Larousse, México, 1981.



---

**La incompatibilidad del artículo 19 de la  
Constitución Federal, que establece  
la prisión preventiva oficiosa, con la  
Convención Americana sobre Derechos Humanos**

*Humberto Carlos Garduño García\**

RESUMEN: La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, suscrita por el Estado mexicano, los define como acuerdos internacionales celebrados, por escrito, entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, ya consten en un instrumento único, en dos o más instrumentos conexos cualquiera que sea su denominación particular; en términos de esa Convención, una parte no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación para incumplir un tratado internacional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de abandonar otros criterios, ha sostenido que los tratados pueden servir de parámetro para determinar la constitucionalidad de leyes y ha señalado que en el Estado mexicano

---

\* Egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad Intercontinental, Maestro en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, cursó la Especialización Judicial y se preparó y capacitó para actuario, Secretario de juzgado de distrito, secretario de Tribunales Unitarios y Colegiados y secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Instituto de la Judicatura Federal; cuenta, entre otros, con un diplomado en Derecho Procesal Penal “Juicios Orales, sistema acusatorio adversarial”. Actualmente funge como Director de Prestación del Sevicio de Asesoría Jurídica en el Distrito Federal, en el Instituto Federal de Defensoría Pública.



convergen diversos órdenes jurídicos o niveles de gobierno; entre ellos, no se advierte la existencia de una relación de jerarquía, ya que, en nuestra Constitución, existen esferas delimitadas entre la Federación y los Estados y, por ende, diversos órdenes jurídicos parciales que, sumados, integran el orden jurídico nacional compuesto por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes generales, federales y locales; en dicho orden los tratados se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales.

Al resolver una consulta a trámite sobre la sentencia que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla Pacheco, la Suprema Corte resolvió que esas sentencias, relacionadas con el Estado mexicano, son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos, y que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para dicho poder, en cuya virtud ha establecido el criterio de control de convencionalidad que deben ejercer todos los jueces y ha ejecutado otras acciones en aparente concordancia con esa sentencia.

En términos de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, se estableció, en el artículo 19 de la Constitución mexicana, que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, tratándose de ciertos delitos, lo que significa que únicamente la naturaleza de la acusación que se formule en contra del imputado determina

la imposibilidad constitucional de ejercer el derecho a la libertad personal y a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, como se establece en el artículo 7°, párrafos 1 y 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia interamericana existente en este tema; esto, aparentemente, evidencia un desacato del Estado mexicano de ajustar sus disposiciones de Derecho interno, incluida a la Constitución, a lo establecido en dicho tratado en términos del diverso numeral 2° de la Convención, por lo que es necesario reflexionar sobre la existencia de un orden jurídico supranacional.

**SUMARIO:** Introducción. I. Los tratados internacionales. II. Ubicación de los tratados en el sistema jurídico mexicano. III. El Caso Rosendo Radilla Pacheco IV. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. V. La Corte Interamericana de Derechos Humanos VI. La jurisprudencia Interamericana acerca de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relacionada con la detención preventiva. VII. La reforma constitucional en materia penal de junio de 2008. VIII. Un caso de incompatibilidad de la reforma constitucional en materia penal de junio de 2008, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. IX. Conclusiones. X. Fuentes consultadas.

## **Introducción**

El tema de la jerarquía o supremacía de la Constitución Federal, en relación con los tratados y el orden jurídico nacional, es un tema controvertido y debatido, en el que,

incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha tenido un criterio único. En efecto, se sostuvo en 1992 por el alto tribunal que las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía normativa, y, por ello, se consideró que las Convenciones carecían de la entidad para determinar la constitucionalidad de una ley o viceversa. Unos años después, en 1999, se abandonó dicho razonamiento para establecer que los tratados internacionales sí podían servir de parámetro para determinar la constitucionalidad de una ley; este criterio fue replanteado en el año 2007 para incluir a las leyes generales como parte del orden jurídico superior, en el cual la Constitución se ubicó en la cúspide. Pues bien, por su importancia y trascendencia, este artículo busca llamar la atención sobre un caso de incompatibilidad de la reforma del 18 de junio de 2008, (especialmente del artículo 19 constitucional) con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la prisión preventiva oficiosa. Para ello, se recurre a la jurisprudencia interamericana relacionada con este tema y, principalmente, a la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (*caso número 12.5111, Rosendo Radilla Pacheco vs. Los Estados Unidos Mexicanos*); asimismo se valorarán los alcances que la Suprema Corte le ha dado a ese precedente, al aprobar en el mes de julio de 2011, que el Poder Judicial de la Federación intervenga en su ejecución; todo lo anterior, nos llevará a la conclusión de que prevalece la Convención sobre la Constitución Mexicana y nos llevará a la reflexión acerca de la posible existencia de un orden jurídico supranacional.

## I. Los Tratados Internacionales

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 señala, en el artículo 2, qué se entiende por tratado; dispone que es un acuerdo internacional celebrado, por escrito, entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único, en dos, o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular.<sup>1</sup>

Dicha Convención es parte de los trabajos de codificación de la Organización de las Naciones Unidas efectuados a través de la Comisión de Derecho Internacional y consta de 85 artículos y un anexo de 7 puntos.<sup>2</sup>

El tratado referido fue suscrito por México el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve y aprobado por el Senado el veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos;<sup>3</sup> publicado, originalmente, en el Diario Oficial de la Federación el catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco y, en su última versión, el veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho;<sup>4</sup> no se advierte de su contenido que el Estado mexicano haya formulado alguna reserva en relación con el mencionado artículo 2, por lo que, de acuerdo con el texto de dicho precepto, los tratados celebrados por el Estado mexicano, se rigen por el Derecho Internacional.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Véase Méndez Silva, R.: *Diccionario...cit.*, t. P-Z, p. 3149.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> Véase el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 28 de marzo de 1973, en \\sesijs\\pdf\\Tratadosinternacionales.pdf\\16060001.pdf.

<sup>4</sup> Véase en <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaEj.asp?nEjecutoria=21402&Tpo=2> de fecha 25 de abril de 2009, la ejecutoria de la tesis con número Registro en IUS No. 21402. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, Febrero de 2009, p. 447.

<sup>5</sup> En términos de artículo 2, numeral 1, inciso d), de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, por *Reserva* se entiende una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar, o aprobar un tratado o al adherirse

La mencionada Convención, en su artículo 5, especifica también que su régimen se aplicará, en lo conducente, a los tratados consecutivos de organizaciones internacionales y a los celebrados dentro de su ámbito.<sup>6</sup>

Para abundar sobre las características de los tratados internacionales, interesa mencionar la opinión de Ricardo Méndez Silva. Según él, el tratado es un acuerdo internacional independientemente de su denominación particular, ya que la práctica aporta una nomenclatura extraordinariamente variada para nombrar los acuerdos internacionales; refiere que, junto a la de tratado, se encuentran *denominaciones diversas para el mismo acto jurídico*: convención, convenio, acuerdo, pacto, carta, declaración, protocolo, intercambio de notas, etc.<sup>7</sup>

Por otra parte, en nuestro Derecho interno, específicamente en la Ley sobre la Celebración de Tratados, expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992, su artículo 2, fracción I, primer párrafo, define al tratado como:

*(...) el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su*

a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado y se pueden realizar a menos que: a) La reserva esté prohibida por el tratado; b) El tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) Que en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado. (Véase el Artículo 19 de la referida Convención.)

<sup>6</sup> Méndez Silva, R.: *Diccionario...cit.*, p. 3150.

<sup>7</sup> *Idem.*

*denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.*

En términos de este artículo, se confirma el contenido del dispositivo 2 de la Convención de Viena citada, conforme al cual los tratados se rigen por el Derecho Internacional Público.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que por tratado se entiende el acuerdo celebrado, por escrito, entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales, ya sea que conste en un instrumento único o en varios conexos, cualquiera que sea su denominación particular. Esta definición se encuentra contenida en la tesis 2<sup>a</sup>. XXVII/2003 de la Novena Época con número de registro 184, 562:

**TRATADOS INTERNACIONALES. ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO.**

*Aun cuando generalmente los compromisos internacionales se pactan a través de instrumentos en la modalidad de tratados, debe tomarse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, inciso a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que es parte el Estado Mexicano, por "tratado" se entiende el acuerdo celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en varios conexos, cualquiera que sea su denominación particular, de lo que resulta que la noción de tratado es puramente formal e independiente de su contenido, pues desde el punto de vista de su carácter obligatorio los compromisos internacionales pueden considerarse como tratados,*



*convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o cambio de notas, además de que no hay consenso para fijar las reglas generales a que deban sujetarse las diferentes formas que revisten tales compromisos internacionales, los que, en consecuencia, pueden consignarse en diversas modalidades.<sup>8</sup>*

Del contenido de esta tesis se advierte que no se incluye la mención de que los tratados se rigen por el Derecho Internacional, tal y como se establece en el precepto 2, fracción I, primer párrafo, de la Ley sobre la Celebración de los Tratados y en el artículo 2, apartado 1, inciso a), de la Convención de Viena, a pesar de que este último, se interpreta en dicha tesis.

Ricardo Méndez Silva hace notar, en cuanto a la Convención de Viena, la tendencia que apunta a favor de la primacía de los tratados sobre el Derecho interno y exemplifica lo anterior citando su artículo 27; este precepto menciona que una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. De igual forma cita el artículo 46 de la Convención, que contempla el caso de las ratificaciones irregulares, es decir, la manifestación de la voluntad de un Estado para obligarse por un convenio en violación a las disposiciones internas relativas a la celebración de los tratados; dicho numeral expone: *El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta*

<sup>8</sup> Véase IUS 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Dirección de Documentación y Análisis. Dirección de Investigación y Automatización Legislativa).

*y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.<sup>9</sup>*

Son tres los principios que rigen a los tratados:<sup>10</sup>

1. La norma *pacta sunt servanda*, contenida en el artículo 26 de la Convención de Viena, establece: *todo tratado en vigor obliga a la partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*
2. El artículo 34 de la Convención prescribe: *Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.*
3. El consentimiento es la base de las obligaciones convencionales. Este principio, señala Méndez Silva, rige tanto para la celebración original del tratado, como para las diversas figuras relacionadas con los tratados: la adhesión, la terminación, la modificación, etc.

## II. Ubicación de los tratados en el sistema jurídico mexicano

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, textualmente, establece lo siguiente:

*Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.<sup>11</sup>*

<sup>9</sup> Méndez Silva, R.: *Diccionario...cit.*, p. 3150.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 3151.

<sup>11</sup> Véase IUS 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Dirección de Documentación y Análisis. Dirección de Investigación y Automatización Legislativa).



La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que los tratados internacionales derivan de compromisos que son asumidos por el Estado mexicano y que obligan a todas las autoridades frente a la comunidad internacional, por lo que, por ello, resulta evidente que los tratados internacionales son parte integral de la legislación nacional vigente.<sup>12</sup>

El Centro de Documentación y Análisis del alto tribunal ha revisado, compilado y sistematizado los ordenamientos internacionales; estas actividades han tenido como resultado el disco *compila tratados*, que contiene 817 instrumentos internacionales.<sup>13</sup>

El artículo 133 constitucional no establece una jerarquía o supremacía de las normas que se citan en dicho dispositivo y, por tanto, no señala cuáles se ubican en un nivel superior respecto de las otras; han sido los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación los que determinaron, de forma temporal, esa jerarquía, ya que resulta importante definirla no sólo desde el punto de vista meramente académico, sino también desde la perspectiva legal y práctica en conflictos jurisdiccionales; ello como consecuencia de que la posición que se adopte conducirá a la posibilidad, o no, de controvertir la validez de leyes generales, federales o locales de nuestro sistema jurídico, teniendo como marco de referencia los tratados internacionales celebrados por México. Lo anterior se desprende de la lectura de las tesis emitidas por nuestro máximo tribunal, relacionadas con la jerarquía de la Constitución, los tratados internacionales y las leyes federales y locales.

<sup>12</sup> Véase *Compila tratados 2001*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Dirección de Documentación y análisis. Dirección de Investigación y Automatización Legislativa).

<sup>13</sup> *Ídem*.

En efecto, al resolver un amparo en revisión en el año de 1992, la Corte sostuvo que las leyes federales y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía normativa y, por ello, se decidió que las Convenciones no pueden ser un criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa; de ahí que la Ley de las Cámaras de Comercio y las de Industria no podía ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional, lo que dio origen a la tesis C/92 de la Octava Época<sup>14</sup> cuyo rubro es **LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.**<sup>15</sup>

La anterior tesis fue abandonada solamente 7 años después, con base en otro criterio aislado sustentado por el propio tribunal pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo; en ese criterio se estableció que los tratados internacionales están en una jerarquía superior sobre el Derecho federal y el local, salvo que la Constitución General de la República señale algún caso especial; así, lo dispuso la tesis de la Novena Época, cuyo rubro es: **TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE**

<sup>14</sup> Véase *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 60, diciembre de 1992, p. 27.

<sup>15</sup> Véase IUS 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Dirección de Documentación y Análisis. Dirección de Investigación y Automatización Legislativa). Dicha tesis se votó por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte.

## **POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.<sup>16</sup>**

La razón por la que la Corte sostuvo el criterio mencionado radicó, esencialmente, en que este tribunal ratificó la decisión de un juez de distrito, al resolver en revisión el amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, en el que se había determinado la inconstitucionalidad de una ley federal a la luz de un tratado internacional celebrado por el gobierno mexicano; ello aun cuando el criterio abandonado no permitía dicha posibilidad, pues se había sostenido anteriormente por el máximo tribunal que, al tener el mismo nivel jerárquico una ley y un tratado, este último no podía servir de parámetro para determinar la constitucionalidad de una ley, ni viceversa y, por esa razón, se había sostenido, en su oportunidad, que la Ley de las Cámaras de Comercio y las de Industria no era inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

En la tesis de la que se derivó el nuevo criterio de la Suprema Corte, se analizó la determinación del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje que negó la solicitud de registro que le formuló el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo; el argumento empleado fue que, al existir en la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la asociación de trabajadores denominada, *Sindicato Nacional de Trabajadores de Comunicaciones y Transportes*, el cual se encontraba registrado ante ese tribunal con el número de expediente RS. 56/59, no había lugar a otorgar el registro solicitado por el Sindicato Nacional promovente.

<sup>16</sup> Tesis: P. LXXVII/99 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que se infería, de manera implícita, de la resolución reclamada en el amparo que el tribunal responsable había aplicado el precepto tildado de inconstitucional -68 de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado-, en virtud de que la negativa a otorgar el registro obedecía a que en la Secretaría de Comunicaciones y Transportes ya existía un sindicato; y que esta circunstancia fue tomada en cuenta por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje en el acuerdo que se estimó inconstitucional, en atención a que el precepto limita a que en cada dependencia sólo haya un sindicato.

Por su parte, el sindicato tercero perjudicado, en el juicio de amparo, adujo a su favor, que contrariamente a lo considerado por el juez de distrito, el artículo 68 no era inconstitucional, al no oponerse a lo establecido por la fracción X del apartado B, del artículo 123 del pacto federal; además, estimó que la supuesta transgresión del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización, no se actualizaba, en razón de que, en términos del artículo 133 de la Constitución Federal, las leyes del Congreso gozaban de la misma jerarquía a la de los tratados internacionales, por lo cual no se podía determinar la inconstitucionalidad de una ley, como la Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, bajo al argumento de que la misma contradice un tratado internacional.

La Corte estimó que, del texto del Convenio Número 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, se desprendía que éste había sido adoptado el 9 de julio de 1948, por la XXI Conferencia Internacional del Trabajo, en San Francisco, California, y aprobado por el ejecutivo federal y el senado de la



república; como se adujo, el decreto correspondiente fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el jueves 26 de enero de 1950.

Nuestro máximo tribunal consideró que el artículo 133 de la Constitución ha adoptado lo que la doctrina internacionalista ha denominado una posición monista-internista o nacionalista, esto es, que condiciona la vigencia del Derecho Internacional a su adecuación con la Constitución del país y que la jerarquía normativa de los tratados corresponde al segundo rango o nivel, inmediatamente después de la propia Constitución.

Al hacer el examen de la constitucionalidad del precepto legal, la Corte señaló que debería verificarse si, en la especie, el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo satisfacía los siguientes requisitos:

Primero: Que el tratado hubiere sido celebrado por el presidente de la república;

Segundo: Que hubiere sido aprobado por el senado y;

Tercero: Que esté de acuerdo con la Constitución.

La Corte señaló que el artículo 133 establece dos requisitos formales, que son reiterados por los numerales 89, fracción X, y 76, fracción I, de la ley fundamental, y uno de fondo que reitera el principio de supremacía constitucional, al exigir que el acuerdo internacional no transgreda ningún precepto de la ley suprema de nuestro país. Consideró que los requisitos de forma se habían satisfecho mediante el texto del decreto que aprobó el Convenio Número 87, relativo a la libertad sindical y a la protección al derecho de sindicación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el jueves 26 de enero de 1950, por lo que tuvo por comprobada la satisfacción plena de los requisitos formales exigidos por nuestra ley fundamental.

La Corte analizó si las disposiciones del Convenio transgredían la Carta Magna, particularmente lo que

establece el artículo 123 de este texto, llegando a la conclusión que esas disposiciones no la contrariaban; en consecuencia, declaró que el artículo 68 de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado era inconstitucional porque violaba el Convenio Número 87 de la OIT, debido a que ese dispositivo prevé que en cada dependencia haya solamente un sindicato.

El Pleno de la Corte, en sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, estimó necesario replantear las consideraciones que lo habían llevado a suponer que los tratados internacionales se encontraban jerárquicamente por encima de las leyes federales, modificando para tal efecto la tesis aislada P. LXXVII/99 que aparece publicada, en la página 46, del Tomo X, noviembre de 1999, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: **TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**; lo anterior se efectuó al resolver el amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc. Caín México, S.A. de C.V. Es importante mencionar que, en esa sesión, además se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 184/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, cuyo tema medular consistió en la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que dio lugar a la publicación de las tesis aisladas P.VII/2007, P. VIII/2007 y P. IX/2007 de la Novena Época, con números de registro 172739, 172667 y 172650, que se transcriben a continuación.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Los asuntos de los que derivaron dichas tesis fueron ponencia del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano y se votaron por mayoría de seis votos de

## *LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.*

*La lectura del precepto citado permite advertir la intención del constituyente de establecer un conjunto de exposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas en lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la «Ley Suprema de la Unión». En este sentido debe entenderse que las leyes del congreso de la unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir validamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al estado mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el constituyente o el poder revisor de la constitución a renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez*

---

los señores ministros Sergio Aguirre Anguiano, Genaro D. Góngora Pimentel, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y el presidente, G. Ortiz Mayagoitia, habiendo disentido los ministros José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza, quienes votaron en contra y reservaron su derecho de formular votos particulares.

*promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del distrito federal y municipales.*

## *SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.*

*A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que construyen al legislador para dictarlas, el principio de supremacía constitucional implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la Ley Suprema de la Unión, esto es, conforman un orden jurídico y superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.*

## *TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 133 COSTITUCIONAL.*

*La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la constitución federal, los tratados*



*internacionales y las leyes generales. Así mismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y permisos fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos de conformidad con lo dispuesto en la convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre los estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario pacta sunt servanda, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.*

En la ejecutoria de la que derivaron las tesis transcritas, se consideró esencialmente lo dispuesto en los artículos constitucionales siguientes:

*Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal... Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.*

El alto tribunal sostuvo que, de conformidad con el sistema que deriva de lo previsto en los anteriores

preceptos, en el Estado mexicano convergen diversos órdenes jurídicos o niveles de gobierno, entre los cuales, no se advierte la existencia de una relación de jerarquía, sino que opera como diversos ámbitos de competencia fijados constitucionalmente; también señaló que, en nuestra Constitución Federal, existen esferas delimitadas entre la federación y los Estados y, por ende, diversos órdenes jurídicos parciales que, sumados, integran el orden jurídico nacional; por tanto, se entendió que igualmente el Distrito Federal y los municipios poseen órdenes jurídicos propios, distintos a los anteriores y sujetos a otras reglas, pero que indudablemente también conforman el orden jurídico nacional y que dicha consideración estaba apoyada en la tesis de jurisprudencia 3<sup>a</sup>/J. 10/91, publicada en la página 56 del tomo VII, marzo de 1991, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, cuyo rubro es el siguiente: **LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA CON LA CONSTITUCIÓN.**

Con base en lo anterior, se estimó que se podía afirmar que las leyes del congreso de la unión, a que se refiere el artículo 133 constitucional, no corresponden a las leyes federales, considerando que éstas se limitan a regular las atribuciones que en la Constitución se confiere a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal; se precisó que son leyes generales las que emite el congreso de la unión, esto es, que válidamente pueden incidir en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Véase <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nIus=172650>, de fecha 26 de abril de 2009. registro en IUS No. 21402, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 477. Tema. Leyes Generales, Interpretación del Artículo

En este orden de ideas, la Corte señaló que, si aceptamos que las leyes del congreso de la unión a las que se refiere el artículo 133 constitucional no son las leyes federales, es decir, las que regulan las atribuciones que en la Constitución se confieren a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino las leyes generales que inciden en los diferentes órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano, podemos concluir que, conforme a lo previsto en ese precepto constitucional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales y las leyes generales expedidas por el congreso de la unión constituyen la *Ley Suprema de la Unión*; lo anterior en la inteligencia, por supuesto, de que la validez de dichos tratados y leyes generales estará sujeta a que se apeguen a lo establecido en la propia Constitución; en tanto del mismo precepto constitucional, la Corte consideró que se desprende una clara regla de supremacía constitucional respecto de los ordenamientos que de ella derivan.<sup>19</sup>

También en dicha ejecutoria se estimó que, así interpretado el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedaba claro lo que significaba el principio de *supremacía constitucional*, conforme al cual la Constitución General de la República, las leyes del congreso de la unión- o *leyes generales*- y los tratados internacionales que estén de acuerdo con

133 Constitucional. Supremacía Constitucional y Ley Suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional. Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Generales, Federales y Locales. Interpretación del artículo 133 constitucional. (Amparo en revisión 120/2002. Ministro Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maora A. Sanabria Martínez).

<sup>19</sup> *Idem.*

ella, constituyen la *Ley Suprema de toda la Unión*; esto es, conforman un orden jurídico nacional en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella, las mencionadas leyes generales y los tratados internacionales; consecuentemente, si la Constitución General de la República junto con las leyes generales y tratados internacionales forman parte del orden jurídico nacional, era incuestionable que estos últimos se ubican en el plano jerárquicamente superior en relación con las leyes federales y las locales.<sup>20</sup>

En las condiciones relatadas, se señala, en la ejecutoria de la Corte, que era posible concluir que, en términos del artículo 133 constitucional, los tratados internacionales, al ser parte de la ley suprema de toda la unión, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, por otra parte, también por encima de las leyes generales; la Suprema Corte expuso que lo anterior era en el entendido de que dicho tribunal no se había pronunciado respecto a la jerarquía de aquellos tratados internacionales cuyo contenido estuviera referido a derechos humanos, caso en el cual, señaló, pudiera aceptarse que la jerarquía de estos corresponda a la de la Constitución misma, al concebirse dichos instrumentos internacionales como una extensión de lo previsto por ésta.<sup>21</sup>

Por ello, es a partir de la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, armonizada con los principios de Derecho Internacional dispersos en el mismo ordenamiento, así como con las reglas y premisas de esta rama jurídica, que la Suprema Corte advirtió, en términos de la ejecutoria en mención, la existencia de un orden

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> *Idem.*

jurídico nacional o *Ley Suprema de la Unión*; este orden jurídico que se integra con la Constitución, los tratados internacionales y las leyes generales, en el cual éstos se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales y federales, porque el Estado mexicano, al celebrarlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena, y atendiendo al principio fundamental *pacta sunt servanda*, contrae libremente obligaciones frente a otros Estados que no pueden ser desconocidas por las normas de Derecho interno; el incumplimiento de las normas con los compromisos supone una responsabilidad de carácter internacional.<sup>22</sup>

Sin embargo, en voto particular que formuló el ministro José Ramón Cossío Díaz, en relación con el amparo en revisión 129/2002, expresó que llegó a la conclusión de que no existía ningún elemento constitucional, teórico o histórico que le permitiera coincidir con la afirmación de que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes.<sup>23</sup> En general, sostuvo que le parecía que, desde el sistema constitucional, había que reconstruir un sistema de relaciones distinto entre los tratados y las normas de Derecho Interno; explicó que este sistema tendría que tomar como ejes fundamentales:

- 1) la relación de distribución competencial estricta

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> Sobre el particular ver el voto que formuló también el Ministro Juan N. Silva Meza en relación con el amparo en revisión 120/2002, en el que esencialmente consideró que el acercamiento a este tema no era a través del principio de jerarquía, que básicamente consiste en la validez de una norma inferior pende de su concordancia con otra superior que le da vida jurídica, sino a partir del principio de primacía que señala los lineamientos para dirimir los conflictos por la aplicación de leyes que regulando una misma materia resultan contradictorios. (Véase <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/unaEj.asp?nEjecutoria=40137&Tpo=3>, de fecha 26 de abril de 2009. Registro en IUS No. 40138. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 526.)

entre federación y Estados, respetando la autonomía estatal y considerando las diversas características de algunos tratados, consistentes en que algunos son de aplicación directa y otros de adecuación legislativa; 2) los elementos particulares de cada uno de los instrumentos internacionales a incorporarse en el Derecho interno, como sus ámbitos de aplicación para establecer los elementos destinados a identificar los casos en los cuales hay una genuina, o aparente contradicción con normas de Derecho interno y, finalmente, 3) las líneas interpretativas desarrolladas consistentemente por el tribunal constitucional.<sup>24</sup>

El ministro Cossío subrayó, en dicho voto particular, que se hacían, en la misma resolución, las consideraciones expresadas en ese voto, porque podrían no aplicarse en los casos de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; señaló que algunos asuntos tienen ciertas características materiales que podrían, en relación con elementos constitucionales diversos a los analizados, ser objeto de un tratamiento distinto y, por tanto, quedaría excluida la aplicación de los instrumentos internacionales, como ocurriría particularmente en asuntos relacionados con tratados en materia comercial.<sup>25</sup>

De todo lo anterior, y por la última postura adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación

<sup>24</sup> Véase <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaEj.asp?nEjecutoria=40137&Tpo=3>, de fecha 25 de abril de 2009. Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con el amparo en revisión 120/2002. Registro en IUS No. 40137. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 29, febrero de 2009, p. 517, Tema: Leyes Generales. Interpretación del artículo 133 constitucional. *Supremacía Constitucional y Ley Suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional y Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, interpretación del artículo 133 constitucional*).

<sup>25</sup> *Idem*.

con el rango o la jerarquía de los tratados internacionales y la interpretación del artículo 133 constitucional hecha en 2009,<sup>26</sup> podemos concluir que los tratados internacionales sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de leyes generales, federales o locales y, por ello, es sumamente importante conocer el contenido de los tratados internacionales suscritos por México; de esta forma podremos reflexionar en torno a sus alcances en nuestro sistema legal, toda vez que su texto puede servir de fundamentación y motivación para controvertir en juicios constitucionales la validez de preceptos legales, ya sea del ámbito general, federal o local, por ubicarse los tratados internacionales en un plano superior, como se sostiene en las tesis del alto tribunal del año 2007 transcritas con anterioridad.

En relación con el control de convencionalidad entre las normas de Derecho interno y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, existen algunos precedentes de tribunales colegiados de circuito en los que se estableció que éstos deben de ejercerlo porque implica acatarlos y aplicarlos en su ámbito competencial, con el propósito de que no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que

<sup>26</sup> En relación con el tema de rubros: *Leyes Generales, Interpretación del artículo 133 constitucional. Supremacía constitucional y Ley Suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional. y Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional*, véanse también los votos particulares al resolver el amparo en revisión 120/2002, formulados por los ministros Gutiérn Pelayo en Registro IUS No. 40144. (*Semanario Federal de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 54); asimismo, el registro IUS No. 40145. (*Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 563) y el voto particular de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos en Registro IUS No. 40146. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 584).

contrarién su objeto y fin tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado; éstos son los criterios aislados XI.10.A.T.47 K y I.40.A.91 K de la Novena Época, del Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo y del Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del primer circuito, con números de registro 164611 y 165074, que por su relevancia se citan a continuación:

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.**

*Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.*

*Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 293/2011, pendiente de resolverse por la Primera Sala.*

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE**

## **LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

*La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contrarién su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.*

### **III. El caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos**

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó una consulta a trámite sobre la sentencia que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en noviembre de 2009, sobre la desaparición forzada del activista Rosendo Radilla Pacheco atribuida al ejército en la llamada *Guerra Sucia*, de la década de los 70 en México. El caso fue discutido en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en septiembre de 2010, pero los ministros desecharon el proyecto elaborado por el ministro José Ramón

Cossío, quien proponía acatar las recomendaciones hechas al Poder Judicial en la sentencia.<sup>27</sup>

La referida sentencia se distingue por ser la primera resolución dictada en contra de México, en la cual se vincula directamente al Poder Judicial de la Federación al cumplimiento de algunas medidas de reparación.<sup>28</sup>

La Corte Interamericana estableció, en dicha sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafos 272 a 274, 339 y 340, que, en relación con las prácticas judiciales, ese tribunal había establecido jurisprudencia en la que había señalado que era consciente que los jueces y tribunales internos estaban sujetos al imperio de la ley y, por ello, se encontraban obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; no obstante, también expuso que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también estaban sometidos a ella, lo que les obligaba a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vieran mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos; además, señaló que el Poder Judicial (en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes) debía ejercer un control de convencionalidad de manera oficiosa entre las normas internas y la Convención Americana y que, en esta tarea, dicho poder debería tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que

<sup>27</sup> Véase las notas periodísticas de María de la Luz González en El Universal, p.8, Primera sección/La Jornada, Jesús Aranda, p. 11, sección política, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al lunes 4 de julio de 2011.

<sup>28</sup> Castilla K.: *El Control...*cit., en: <http://bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf> Fecha de consulta 2 de agosto de 2011.

del mismo había hecho la Corte Interamericana, intérprete de la Convención Americana. Asimismo, indicó que era necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas de los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuaren a los principios establecidos en la jurisprudencia de ese tribunal en la que se había reconocido que, en el fuero militar, sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que, por su propia naturaleza, atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar; se insistió en que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no era el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, por lo que el procesamiento de los responsables correspondería siempre a la justicia ordinaria; igualmente se expuso que, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia, ya que el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.<sup>29</sup>

También, en términos de los párrafos 346, 347 y 348 de la referida sentencia, se estableció que se consideraba importante fortalecer las capacidades institucionales del Estado mexicano mediante la capacitación de funcionarios públicos, a fin de evitar que hechos, como los analizados en la sentencia de la Corte, se repitieran; se enfatizó que,

<sup>29</sup> Véase la sentencia, de 23 de noviembre de 2009, de la Corte Interamericana, caso número 12. *Rosendo Radilla Pacheco vs Estado Unidos Mexicanos.* ([http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5131043&fecha=09/02/2010](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5131043&fecha=09/02/2010)), de fecha 23 de julio de 2011.

en relación con la capacitación en materia de protección de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana había considerado que la capacitación era una manera de brindar al funcionario público nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades, permitir su especialización en determinadas áreas novedosas, prepararlo para desempeñar posiciones distintas y adaptar sus capacidades para desempeñar mejor las tareas asignadas, por lo que la Corte ordenaba que, sin perjuicio de los programas de capacitación para funcionarios públicos en materia de derechos humanos que ya existían en México, el Estado debería implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes; se especificó que estos cursos debían centrarse en el análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar y en los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, para que se estableciera qué casos de violación a los derechos humanos pueden ser investigados y juzgados por dicha jurisdicción; de igual manera, se precisó que tales programas deberían estar dirigidos a los miembros de todas las fuerzas militares, incluyendo a los agentes del ministerio público y jueces, así como a los agentes del ministerio público de la Procuraduría General de la República y jueces del Poder Judicial de la Federación, y que debía implementarse un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas; finalmente, se advirtió que, en dichos programas, se debería hacer especial mención a esa sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México es parte.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> *Idem.*



El nuevo proyecto, presentado por la ministra ponente Margarita Luna Ramos, sostiene que, como la Constitución dispone que las normas relativas a derechos humanos deben interpretarse de conformidad con sus artículos y con los tratados internacionales, a fin de dar la protección más amplia a las personas, *el fuero militar no podrá operar en situaciones que vulneren derechos humanos de civiles.*<sup>31</sup>

En una decisión dividida de cinco votos contra seis, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estuvieron a favor de que las sentencias que emitía la Corte Interamericana deben ser cumplidas por el Estado mexicano. En sesión de 8 de julio de 2011, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan Silva Meza, cuestionó a sus pares señalando: *¿Frente a las sentencias condenatorias del organismo interamericano se pueden revisar las salvedades, reservas y declaraciones interpretativas por parte de esta Corte?*<sup>32</sup> Por mayoría de ocho votos se estableció que, en las sentencias condenatorias, no se pueden revisar las excepciones hechas por el Estado mexicano, entre ellas cuestiones que

<sup>31</sup> Véase la nota periodística de 8 de julio de 2011, de Daniel Blancas Madrigal, en *La Crónica de Hoy*, sección nacional, p. 8.

<sup>32</sup> La Corte Interamericana analizó la defensa que hizo valer el Estado mexicano, en la que éste invocó la reserva que había formulado al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, conforme a la cual manifestó que su ordenamiento jurídico interno reconocía *el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio;* los representantes de la Comisión solicitaron al tribunal declarar la *nulidad* de la reserva formulada por el Estado, por contravenir el objeto y fin del tratado y ser contraria a la jurisprudencia de los organismos internacionales encargados de velar por la protección de los derechos humanos en el hemisferio, a lo que el tribunal consideró que la reserva formulada por México no satisfacía el primer requisito establecido en el artículo XIX de dicha Convención y, en consecuencia, declaró debía ser considerada inválida, (véase la sentencia, de 23 de noviembre de 2009, de la Corte Interamericana, párrafos 301 a 312 de la sentencia).

tienen que ver con la modificación del fuero militar y que los integrantes de las fuerzas armadas sean procesados penalmente en tribunales civiles. En segundo lugar, preguntó si *Las sentencias condenatorias de la CIDH son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos?*, a lo que todos los miembros de la Corte votaron a favor, pero cuatro de ellos cuestionaron los límites de las resoluciones del organismo internacional e, inclusive, señalaron que éste había incurrido en violaciones a su estatuto que debían ser analizadas, porque tales límites estaban en lo dispuesto por la Constitución mexicana.<sup>33</sup>

La Corte resolvió, por unanimidad, que el Poder Judicial de la Federación sí está obligado a cumplir las sentencias de la CIDH, pero sólo en los puntos concretos donde se le condena a realizar alguna acción, ya que *tienen carácter de orientadores y no obligatorios*. La sentencia del caso Radilla condenó al poder legislativo a reformar el Código de Justicia Militar, pero al Poder Judicial de la Federación sólo le ordenó impartir cursos a los juzgadores sobre la jurisprudencia de la CIDH en materia de fero de guerra y juzgamiento del delito de desaparición forzada.<sup>34</sup>

En un hecho histórico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación también reconoció que los tribunales militares no son competentes para juzgar y sancionar violaciones

<sup>33</sup> Véase La Jornada, Gustavo Castillo García y Patricia Muñoz, p.18, Política y Economía/El Universal, María de la Luz González, p.4, Primera/El Sol de México, Manuel Carvallo, p.12, Primera/Excélsior, Aurora Vega, p.13, Primera Nacional, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 8 de julio de 2011.

<sup>34</sup> Reforma, Víctor Fuentes, p.14, Nacional/Milenio Diario, Rubén Mossó, p.11, Opinión/El Economista, Mauricio Rubí, p.38, Política y Sociedad/El Financiero, Fernando Ramírez de Aguirar, p.2-24, Internacional/La Crónica de Hoy, Daniel Blancas Madrigal, p.10, Nacional/Excélsior, Verónica Mondragón, p.13, Primera-Nacional/Ovaciones, Urbano Barrera, p.6, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 8 de julio de 2011.

a derechos humanos cometidas presuntamente por miembros de las fuerzas armadas, por lo que consideró que el fuero castrense debe ser restrictivo. Tras una discusión de cuatro días, el Pleno de la Corte resolvió, por unanimidad de 10 votos, que las resoluciones de todos los jueces del país, que se refieran a la competencia del fuero militar, se deben sujetar a los criterios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso de Rosendo Radilla Pacheco.<sup>35</sup>

Al interpretar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Rosendo Radilla, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió, el pasado 14 de julio, un histórico fallo que revolucionó a todo nuestro sistema jurídico. La resolución tiene seis transformaciones profundas: dos son las que más han impactado. La Corte sostuvo que la sentencia es obligatoria para el Estado mexicano y, en consecuencia, para el Poder Judicial y, por ello, los jueces de todo el país (federales y locales) deberán resolver en casos concretos sobre si alguna ley es o no constitucional, si viola algún derecho humano y ordenar que no se aplique, observando los derechos humanos contenidos en tratados internacionales. Así, la Corte puso fin al fuero militar, al establecer su improcedencia en casos de afectación a civiles, es decir, que, cuando los militares y marinos cometan delitos contra un civil, serán juzgados por los tribunales ordinarios y ya no por los militares.<sup>36</sup>

Los jueces del Estado mexicano deberán replicar, en casos futuros, el criterio de restricción del fuero militar

<sup>35</sup> Milenio Diario, Anayeli García Martínez, p.9, Todas en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al lunes 18 de julio de 2011.

<sup>36</sup> Milenio Diario, Elías Huerta Pshihas, Primera Plana, p.8, Política en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al lunes 18 de julio de 2011.

en cumplimiento de la sentencia del caso Rosendo Radilla; de igual forma, la Corte, aplicando el artículo primero constitucional, dispuso que las normas relativas a los derechos humanos habían de interpretarlas de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, concediendo, en todo tiempo, a las personas la protección más amplia. Con esta resolución, el Poder Judicial de la Federación cumple a cabalidad con la sentencia impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque faltan por cumplir el ejecutivo y el legislativo. Los ministros aclaron que, para convertir ese criterio en jurisprudencia que obligue a todos los jueces del país, incluidos a los militares, era necesario que la Corte dictare cinco sentencias en el mismo sentido en casos concretos. Para ello acordaron, por unanimidad, que se emitiera un acuerdo en el que se ordenara a los tribunales inferiores que remitieran a la Corte los conflictos sobre competencias entre jueces civiles y militares, para que se resolviera cuál era el órgano competente.<sup>37</sup>

El presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, Juan Silva Meza, aseguró que, en México, *la protección de los derechos humanos es una prioridad para el alto tribunal y para el conjunto de jueces y magistrados que integran al Poder Judicial de la Federación*. En un escrito, el órgano judicial explicó que se ha puesto en marcha una estrategia de capacitación para jueces y magistrados de todo el país por medio del Instituto de la Judicatura Federal, a fin de que estén actualizados respecto de todos los tratados y criterios internacionales en la materia.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> El Sol de México, Mireille Roccatti, p.14-A, Análisis, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 15 de julio de 2011.

<sup>38</sup> El Sol de México, Manuel Carvallo, p.12, Primera parte, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 8 de julio de 2011.

En el portal de Internet, correspondiente a la Red Jurídica Nacional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el apartado denominado *Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia en los últimos 30 días*, aparece el registro 4/446 relativo al expediente 00912/2010-00; en él se publicó, como tema de dicho asunto, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debía hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*; en el apartado relativo a la resolución, se estableció que la participación del Poder Judicial de la Federación, en la ejecución de dicha sentencia, se circunscribía a los términos precisados en la determinación, ordenándose informar de la misma al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal y al titular del Poder Ejecutivo por conducto de las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores y, además, que se publicara en el Diario Oficial de la Federación, en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta y en medios electrónicos de consulta pública; sin embargo, hasta al 29 de julio de 2011, fecha en que se ingresó por última ocasión a dicho portal, no se había publicado el engrose del asunto o realizado la publicación ordenada.<sup>39</sup>

#### **IV. La Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Conocida como *Pacto de San José*, fue adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

La citada Convención fue aprobada por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980, segúin decreto

<sup>39</sup> En <http://sij02.scjn.pjf.gob.mx/arsc/busq3.asp>, de fecha 19 de julio de 2011.

publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981 y publicada, en el mismo medio de difusión, el 7 de mayo del mismo año.<sup>40</sup>

Conforme al artículo 74.2 de la Convención, ésta entró en vigor el 18 de julio de 1978 y, para México, que realizó su adhesión el 2 de marzo de 1981,<sup>41</sup> el 24 del mismo mes y año, fecha en que llevó a cabo el depósito de su instrumento de adhesión.<sup>42</sup>

En dicha Convención se establecen como deberes de los Estados los siguientes:

##### *Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*

*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

*2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

##### *Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.*

<sup>40</sup> Diario Oficial de la Federación de 7 de mayo de 1981.

<sup>41</sup> Diario Oficial de la Federación de 09 de febrero de 2010. Véase especialmente considerando segundo del Acuerdo por el que se ordena la publicación de los párrafos uno a siete, cincuenta y dos a sesenta y seis, y ciento catorce a trescientos cincuenta y ocho de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso número 12.5111, Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Véase en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5131043&fecha=09/02/2010](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5131043&fecha=09/02/2010), de fecha 23 de julio de 2011.

<sup>42</sup> Véase Departamento de Derecho Internacional, Organización de Estados Americanos, Washington, D. C., en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>, de 3 de octubre de 2011.



*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

En párrafos 1 y 5 del numeral 7 de la Convención, se establece que toda persona tiene derecho a la libertad y que toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Dicho artículo es del tenor literal siguiente:

*Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

## **V. La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales internacionales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana y otros tratados que le confieren tal competencia; la Corte ejerce dos funciones: a) una función contenciosa, al dictar medidas provisionales y el mecanismo de supervisión de sus propias sentencias; y, b) una función consultiva.<sup>43</sup>

La Corte Interamericana pudo establecerse y organizarse cuando entró en vigor la Convención

<sup>43</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Corte IDH en Panamá, 43 Período Extraordinario de Sesiones, véase <http://www.corteidh.or.cr/panama/faq.pdf>.



Americana y el 22 de mayo de 1979 los Estados partes de dicha Convención eligieron, durante el séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los primeros jueces que la compondrían; la primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D. C.<sup>44</sup>

El 1 de julio de 1978, la Asamblea General de la OEA recomendó la aprobación del ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país, decisión que fue ratificada por los Estados partes de la Convención durante el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978; el 10 de septiembre de 1981, el gobierno de Costa Rica y la Corte firmaron un convenio de sede, aprobado mediante Ley No. 6889, del 9 de septiembre de 1983, que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, de los jueces, del personal y de las personas que comparezcan ante ella; este convenio de sede está destinado a facilitar el normal desenvolvimiento de las actividades de la Corte, especialmente por la protección que da a todas aquellas personas que intervengan en los procesos; la ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José, el 3 de septiembre de 1979.<sup>45</sup>

La Corte Interamericana está integrada por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA.

En el año 2011, la composición de la Corte era la siguiente, en orden de precedencia:<sup>46</sup>

Diego García- Sayán (Perú), Presidente;  
Leonardo A. Franco (Argentina), Vicepresidente;  
Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica);

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> *Idem.*

Margarette May Macaulay (Jamaica);  
Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana);  
Alberto Pérez Pérez (Uruguay);  
Eduardo Vio Grossi (Chile).

México reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998, fecha a partir de la cual los fallos de ese tribunal son jurídicamente vinculantes para el Estado mexicano.<sup>47</sup>

## VI. La Jurisprudencia Interamericana acerca de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relacionada con la detención preventiva

El autor Daniel O' Donnell refiere que, en los párrafos 98-99, del caso Suárez Rosero de 1997, la Corte Interamericana señaló que los requisitos de *razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad* aplican no sólo a las medidas que afectan la libertad, sino también a las normas de Derecho interno que autorizan la privación de libertad y que esta jurisprudencia fue aplicada y desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Levoyer Jiménez c. Ecuador, párrafo 37, en cuya parte pertinente la decisión respectiva dice:

*Por otro lado, la Comisión entiende que esta norma está también en contradicción con la Convención, ya que permite que una detención dependa de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta. La*

<sup>47</sup> Diario Oficial de la Federación de fecha 09 de febrero de 2010. Considerando segundo del Acuerdo por el que se ordena la publicación de los párrafos uno a siete, cincuenta y dos a sesenta y seis, y ciento catorce a trescientos cincuenta y ocho de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso número 12.5111, p.27, véase nota 41, Rosendo Radilla Pacheco vs Estado Unidos Mexicanos. En [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5131043&fecha=09/02/2010](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5131043&fecha=09/02/2010), de fecha 23 de julio de 2011.

*Comisión entiende que el requisito de tipicidad contenido en la obligación de fijar de antemano las condiciones de detención [ contenida en el párrafo 2 del artículo 7] requiere que la ley defina las causas y condiciones en que una detención puede llevarse a cabo, en forma pormenorizada y precisa. Ello no se satisface con una prescripción genérica e indefinida como graves presunciones de responsabilidad.*<sup>48</sup>

El autor refiere que la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Giménez c. Argentina, párrafo 84, de 1996, al igual que la del Comité de Derechos Humanos,<sup>49</sup> reconocen la prevención de la fuga, la prevención de la alteración de pruebas y de la reincidencia como fines legítimos de la detención y que algunas de sus decisiones proporcionan criterios más concretos sobre la aplicación de éstos supuestos, así como del principio de necesidad y, en particular, sobre la necesidad de la detención para evitar la fuga, citando el caso Garcés Valladares c. Ecuador, párrafo 54, de 1999; en esta resolución se señala que la Comisión declaró que, *en principio, la privación provisional de libertad sólo se justifica en relación proporcional al riesgo de que el acusado se dé a la fuga desoyendo otras medidas no privativas de libertad que pudieran ser adoptadas para asegurar su comparecencia en juicio o con relación a la peligrosidad del acusado;* agrega enseguida: *la seriedad de la infracción*

<sup>48</sup> O'Donnell, D.: *Derecho Internacional...*cit., pp. 292 y 293.

<sup>49</sup> Dentro del sistema de la ONU, existen seis comités que supervisan el cumplimiento de los distintos tratados por parte de los estados partes: El comité para la eliminación de la discriminación racial, el de derechos humanos, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contra la Tortura, para la eliminación de la Discriminación contra la mujer y el de los derechos del niño, según la dependencia de información al público de la ONU, en <http://www.un.org/spanish/geninfo/faq/hr2.htm>, de fecha 20 de julio de 2011.

*y la severidad de la pena son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de libertad sin sentencia, sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social. Caso contrario, la medida cautelar, en efecto, se convertiría en pena.*<sup>50</sup>

También, en el caso Giménez c. Argentina, párrafo 86, refiere O' Donnell que la Comisión Interamericana comentó que tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que, debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad entre el interés general de la sociedad de reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de éste último a quien se le impone un mayor sacrificio.<sup>51</sup>

Con respecto a la posibilidad de fuga, señala el autor, que la Comisión Interamericana ha hecho hincapié en la necesidad de tomar en cuenta todas las características personales del acusado, citando el caso Bronstein y otros c. Argentina, párrafos 26 y 31, de 1997, en el que se estableció:

*La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando*

<sup>50</sup> O'Donell, D.: *Op. cit.* nota 48, p. 294.

<sup>51</sup> *Idem.*



*varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares, y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.*

*Además, la comisión observa que si ésta [la fuga] es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia.<sup>52</sup>*

Existe un precedente de la Comisión de Derechos Humanos, que no de la jurisprudencia interamericana, en donde inclusive se sentó el criterio de que el mero hecho de que el acusado sea un extranjero no implica que se le pueda mantener en prisión preventiva en espera de juicio.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>53</sup> O'Donnell, D.: *Op. cit.* nota 48, p. 290. Comité de Derechos Humanos, caso Hill y Hill c. España, párrafo 12.3, 1995, en donde se reconoció la obligatoriedad de contar con una decisión individualizada sobre la necesidad de detener a un acusado, que tome en cuenta todas las circunstancias pertinentes. En este caso, el Estado alegó que la detención de los acusados por un delito grave presuntamente cometido durante sus vacaciones estaba justificada por el riesgo de que huyeran del territorio. No obstante, el Comité concluyó que la decisión de detenerlos durante la investigación y el juicio era violatoria de su derecho a la libertad, porque se basó únicamente en su condición de extranjero y no en sus circunstancias y antecedentes individuales. La decisión dispone al respecto: El mero hecho de que el acusado sea un extranjero no implica que se le pueda mantener en prisión preventiva en espera de juicio. El Estado Parte ha sostenido en realidad que había un temor bien fundado de que los autores saliesen de la jurisdicción española si se les concedía la libertad bajo fianza. Sin embargo, no ha comunicado

Las características personales del acusado también deben tomarse en cuenta en la evaluación del riesgo de reincidencia, según el párrafo 32 de la misma decisión del caso Bronstein:

*Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.*

La decisión de imponer o prolongar la detención preventiva tampoco debe descansar en meras presunciones aplicadas mecánicamente, según refiere O' Donnell, y expone que ello se determinó en la decisión del caso Bronstein (párrafos 27 y 34) y debe ser resultado de un examen objetivo de los hechos concretos; en este sentido, expone:

*No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo. La Comisión considera que no es legítimo invocar las*

---

los motivos de ese temor, ni por qué no pudo hacerle frente fijando la fianza en un monto apropiado o estableciendo otras condiciones para la puesta en libertad. La mera conjectura de un Estado parte de que un extranjero pueda salir de su jurisdicción si se le concede la libertad bajo fianza no justifica una excepción a la regla establecida en el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto.

*necesidades de la investigación de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.*

La jurisprudencia también contiene algunos elementos específicos sobre el derecho a ser procesado sin demora, ser excarcelado y acerca de la justificación de la medida cautelar de la prisión preventiva; de ellos caso Bronstein y otros c. Argentina, párrafo 83, 1997, y Garcés Valladares c. Ecuador (párrafo 49, 1999) O' Donnell destacó lo siguiente:

*En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la privación de libertad sin condena de un acusado utilizando criterios pertinentes y suficientes. En segundo lugar, si la Comisión llega a la conclusión de que los resultados de la investigación muestran que las razones utilizadas por las autoridades judiciales nacionales son debidamente pertinentes y suficientes como para justificar la continuación de la detención, debe proceder después a analizar si las autoridades procedieron con diligencia especial en la instrucción del proceso para que el periodo de detención no fuera excesivo.*

Para efectos del párrafo 5 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según los casos Giménez c. Argentina (párrafo 70) y Garcés Valladares c. Ecuador (párrafo 49), la razonabilidad de la detención depende del análisis de las circunstancias del caso, y considera O'Donnell que es curioso constatar que, si bien el artículo 9.2 prohíbe categóricamente toda privación de libertad que no satisfaga las condiciones fijadas en el Derecho interno, la jurisprudencia sobre el artículo 9.5 toma una posición más matizada, indicando

*que cualquier detención que se prolongue más allá del plazo estipulado (en la legislación interna) debe ser considerada ilegítima prima facie, y destaca que, en el caso Bronstein, la Comisión Interamericana abordó el tema de la detención durante procesos demorados, e hizo las siguientes observaciones:*

*(...) Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva.*

La jurisprudencia sobre el derecho a ser puesto en libertad (caso Giménez c. Argentina, párrafo 80) y la decisión en el caso Pinheiro y Dos Santos c. Paraguay, en la cual la Comisión consideró que la detención prolongada sin condena viola el artículo 8 (2) de la Convención Americana y el artículo XXVI de la Declaración Americana, párrafo 86, de 2002, hace énfasis en la presunción de inocencia. En este sentido, la Comisión Interamericana comentó que: *La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se da a los que han sido condenados.* Asimismo, estimó que, cuando el acusado ha sido sobreseído en primera instancia, la

presunción de inocencia adquiere aún más peso frente a las consideraciones que inicialmente justificaron la detención, (caso Garcés Valladares c. Ecuador, párrafo 45), así como que los antecedentes penales del acusado no justifican la denegación de excarcelación. Expuso que, una vez cumplidas las sentencias correspondientes, (...) fundar en condenas previas (...) la decisión de retener a un acusado en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo (caso Giménez c. Argentina, párrafo 97).<sup>54</sup>

En algunos casos, refiere O'Donnell, la Comisión Interamericana ha utilizado el concepto de *desviación de poder* para referirse a la privación de libertad legal pero arbitraria. La decisión más pertinente es la del caso Gallardo c. México, párrafos 45 y 71, de 1996, basada en lo siguiente:

*En este sentido, hay que señalar que de autos se desprende que desde 1989 hasta el presente se han abierto en contra del General Gallardo 15 averiguaciones previas y 9 causas penales, sobre hechos en su mayoría ocurridos con considerable anterioridad a las aperturas de las averiguaciones y como consecuencia de la instrucción de las causas. Asimismo se demuestra que el General Gallardo hasta el momento ha sido absuelto de todas las acusaciones imputadas por las autoridades castrenses que no se encuentran pendientes de decisión.*<sup>55</sup>

La Comisión Interamericana analizó los hechos así: *En relación a esto, la Comisión observa que no es razonable el que se abran de manera continuada y sucesiva en el periodo de 7 años el número de*

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 298.

<sup>55</sup> *Idem*.

*averiguaciones previas y causas penales mencionadas, más aún, cuando como ha quedado evidenciado, el General Gallardo ha quedado absuelto de todo cargo en las causas decididas hasta el momento. En este sentido, la Comisión considera que ha existido una actitud anómala por parte del Estado mexicano, que configura una desviación del poder, la cual se traduce en indudables actos y hostigamientos en contra del antes citado General (...).*

*(...) la Comisión estima que si bien en principio el General Gallardo fue aprehendido luego de ser dictada la respectiva orden de detención por un Tribunal competente, es evidente que dicha potestad pública fue utilizada para fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico mexicano, configurándose así una desviación de poder, mediante actos sucesivos y encadenados, tendientes a privar de su libertad personal al General José Francisco Gallardo, a través de actos con apariencia legal. Por lo cual, dicha conducta de las autoridades militares mexicanas determina una utilización de las formas jurídicas para conseguir un fin distinto al establecido en el ordenamiento jurídico, cual es la privación indebida de la libertad mediante actos que revisten una formalidad legal.*

La Comisión Interamericana concluyó que *el General Gallardo ha sido víctima de irrespeto a su libertad personal, por medio de actos que revisten una formalidad jurídica y, en consecuencia, se configuró una violación de la Convención Americana.*<sup>56</sup>

En el caso Giménez, párrafo 84, la Comisión Interamericana declaró que el principio de excepcionalidad

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 300.



era aplicable a la detención sin condena.<sup>57</sup> La decisión establece al respecto:

*El objeto de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y la garantía de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa.*<sup>58</sup>

Refiere O' Donnell que la Comisión Interamericana también adoptó, en esta decisión (caso Giménez c. Argentina, párrafo 83), un esquema de análisis basado en la jurisprudencia de la Corte Europea, que describe así:

*A estos efectos, la Comisión ha elaborado un análisis en dos partes para establecer si el encarcelamiento previo a la sentencia de un acusado contraviene el artículo 7.5 de la Convención. En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la privación de libertad sin condena de un acusado utilizando criterios pertinentes y suficientes. En segundo lugar, si la comisión llega a la conclusión de*

<sup>57</sup> En relación con este tema, recientemente el Procurador de Justicia del Distrito Federal, Miguel Ángel Mancera, consideró que el uso de brazaletes para el arresto domiciliario es funcional como medida alternativa al arraigo o medidas más fuertes como la prisión preventiva. Véase las notas periodísticas de Fernando Martínez, en El Universal, sección Metrópoli; de Diana Martínez y Yáscara López en Reforma, sección Ciudad, pp.1 y 7, Ciudad/La Crónica de Hoy, Israel Yáñez G., p.16, Ciudad, viernes 22 de julio de 2011.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 328.

*que los resultados de la investigación muestran que las razones utilizadas por las autoridades judiciales nacionales son debidamente pertinentes y suficientes como para justificar la continuación de la detención, debe proceder después a analizar si las autoridades procedieron con diligencia especial en la instrucción del proceso para que el periodo de detención no fuera excesivo. Los órganos de la Convención deben determinar si el tiempo transcurrido, por cualquier razón, antes de que se dicte sentencia al acusado, ha en algún momento sobrepasado un límite razonable de manera que el encarcelamiento se haya constituido en un sacrificio mayor, en las circunstancias del caso, que el que se podría esperar tratándose de una persona que se presume inocente. Por lo tanto, cuando la prolongación de la detención deja de ser razonable, bien sea porque las justificaciones para la detención no son pertinentes o suficientes, o cuando la duración del proceso judicial no es razonable, se debe otorgar la libertad provisoria.*<sup>59</sup>

De los precedentes citados concluimos que la prisión preventiva sin condena es una medida de carácter excepcional, respecto de la cual las autoridades judiciales deben justificar su aplicación con base en criterios relacionados con la pertinencia y suficiencia.

También, de la jurisprudencia interamericana, inferimos que la prisión preventiva sólo se justifica cuando el imputado incurra en alguno de los siguientes supuestos que denotan la existencia de un *riesgo proporcional que motiva la imposición de esa medida cautelar*: La fuga, la alteración de pruebas, interferir la investigación o la reincidencia.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 329 y 330.

Para evaluar dichos aspectos de necesidad o riesgo, se debe considerar la seriedad de la infracción, la severidad de la pena, las características personales del acusado, sus valores morales, su ocupación, los bienes que posea y los vínculos familiares, ya que prevalece el derecho a la libertad personal.

En tal virtud, la privación de la libertad sin sentencia en ningún caso debe estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido haya sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Al parecer, tal criterio fue recogido por el Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, que entró en vigor a las cero horas del 30 de octubre de 2008 (publicado en el Periódico Oficial de dicho Estado «Tierra y Libertad» número 4571, de 22 de noviembre de 2007), en cuya exposición de motivos se consideraba a la prisión preventiva como una medida de *última ratio* y en la que se señala expresamente que la Constitución Federal violentaba la presunción de inocencia, al establecer que la prisión preventiva debía aplicarse en automático a personas imputadas de ciertos delitos que el legislador califique de graves, convirtiéndola así en una pena anticipada. Por ello, se estableció que, para decretarse la prisión preventiva, debían acreditarse por el Ministerio Público ciertos requisitos. De lo contrario debía negarse la petición del representante social de que se decretara la prisión preventiva como mediada cautelar. Al efecto el artículo 177 de dicha legislación establece que el juez podrá aplicar las medidas cautelares cuando concurran las circunstancias siguientes: I. El imputado ha rendido su declaración preparatoria o ha manifestado su deseo de no declarar; II. Que exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado represente un riesgo para la sociedad, la víctima o el ofendido. A su vez el diverso precepto 179 del mismo ordenamiento establece que se entiende que existe riesgo para la sociedad cuando haya presunción razonable de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia u obstaculice la investigación o el proceso y que, para decidir acerca del peligro de sustracción a la acción de la justicia, el juez tomará en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: I. Arraigo en el Estado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el Estado o el país o permanecer oculto. La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de sustracción a la acción de la justicia; II. La importancia del daño que debe ser resarcido y la actitud que voluntariamente adopte el imputado ante éste; III. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique

## VII. La reforma constitucional en materia penal de junio de 2008

El miércoles 18 de junio de 2008, se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Entre otros preceptos, se reformó el artículo 19 para quedar como sigue:

*Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no*

---

su voluntad de someterse o no a la persecución penal; IV. La posible pena o medida de seguridad a imponer; V. La existencia de procesos pendientes, condenas anteriores cuyo cumplimiento se encuentre pendiente, el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, gozando de la condena condicional, libertad preparatoria, semilibertad, medidas substitutivas de prisión o que el imputado cuente con antecedentes penales; y, VI. El hecho de haber actuado con tres o más personas. Para decidir acerca del peligro de obstaculización de la investigación o proceso se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, que existen elementos suficientes para estimar como probable que el imputado: I. Destruya, modifique, oculte o falsifique elementos de prueba; o II. Inflyua para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera evasiva, o induzca a otros a realizar tales comportamientos manera evasiva, o induzca a otros a realizar tales comportamientos. No obstante la claridad de la exposición de motivos de dicha legislación, la exclusión de la prisión preventiva en delitos graves fue suprimida posteriormente al reformarse el Código y establecerse que el beneficio de la libertad personal no operaba tratándose de ciertos delitos.

*sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*

*La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.*

*El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decrete la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.*

*Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada,*

*sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.*

*Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el imputado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.*

*Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.*

De lo anterior resalta, en relación con la prisión preventiva, el segundo párrafo del artículo transrito, ya que establece que, cuando se trate de los delitos que ahí se precisan y en los delitos graves, esa medida cautelar debe aplicarse.

### **VIII. La incompatibilidad de la reforma constitucional en materia penal de junio de 2008 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

En términos de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución establece que el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Lo anterior significa que únicamente la naturaleza de la acusación en contra del imputado determina la imposibilidad de que él ejerza el derecho a la libertad

personal y sea puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, como se establece en el artículo 7, párrafos 1 y 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## **IX. Conclusión**

De la interpretación del precepto 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, realizada por la Comisión y la Corte Interamericana en los precedentes mencionados en el numeral 6 de este artículo, esencialmente se ha determinado que la privación de la libertad sin sentencia, en ningún caso, debe estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido haya sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social y que sólo se justifica la prisión preventiva cuando haya riesgo de que el imputado pueda darse a la fuga, altere pruebas, interfiera en la investigación o reincida, aspectos en cuyo análisis se debe considerar no únicamente la seriedad de la infracción y la severidad de la pena, sino también las características personales del acusado, sus valores morales, ocupación, bienes que posea y vínculos familiares.

El argumento anterior puede servir de apoyo para que se presente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una denuncia o queja por violación del Estado mexicano a la referida Convención, en términos del artículo 44 de la misma; el argumento de esa denuncia gira en torno a que el artículo 19 de la Constitución Mexicana, en la parte relativa a que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, hace nugatorio el derecho a la libertad previsto en los párrafos 1 y 5 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dicha violación se hace patente, además, porque el Estado mexicano no ha dado cumplimiento a la obligación

que le impusieron los diversos artículos 1 y 2 de dicha Convención, en los que se comprometió a respetar los derechos y libertades protegidos en la misma y a adoptar sus disposiciones de Derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales necesarios para hacer efectivos tales derechos y libertades; hay que recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita por el Presidente de la República y aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y que su publicación, en el Diario Oficial de la Federación, fue el 7 de mayo de 1981 y el depósito de la ratificación el 24 de marzo de 1981; así pues, con mucha anticipación a la reforma constitucional en materia penal de junio de 2008, el Estado mexicano se obligó, a partir de la entrada en vigor del tratado, a cumplir con la Convención por lo cual debió atender el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, que establece el principio de irretroactividad de los tratados;<sup>61</sup> esto último aparentemente no aconteció desde que se suscribió la misma, tampoco con posterioridad a ello, ni aun cuando se realizó la reforma constitucional referida en lo relativo a la prisión preventiva, ya que no se adoptó, en las disposiciones de Derecho interno, el criterio establecido en el artículo 7, párrafos 1 y 5, del instrumento internacional citado y, por ello, debe prevalecer la Convención sobre el artículo 19 de la Constitución. Debe apuntarse que la Corte Interamericana ha establecido, como obligación a los Estados, adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales, de tal suerte

<sup>61</sup> Artículo 28 de la Convención de Viena. Irretroactividad de los tratados. *Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.* En //scsijfs/docs/TratadosInternacionales/16060002.doc, de fecha 22 de julio de 2011.

que el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario habían de ajustarse a ese mandato: solo así la Convención puede tener una efectiva aplicación práctica y, de esta forma, alcanzar los estándares de protección de los derechos humanos.<sup>62</sup>

El análisis realizado en este trabajo nos lleva a reflexionar sobre la posibilidad de la existencia de un orden jurídico supranacional, ya que, en términos del artículo 27 de la Convención de Viena, suscrita y ratificada por México,<sup>63</sup> un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, lo que se corrobora con el diverso precepto 46 de esa Convención; conforme a este numeral, el que un Estado celebre un tratado le impide manifestar que lo ha hecho violando una disposición de su derecho interno porque carece de competencia para celebrarlo; este argumento no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno.

Al suscribirse la Convención de Viena de 1969, materialmente se hizo inoperante el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la carta magna que señala que los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución, ya que, en términos de dicha Convención, como también se contempla en la Ley sobre

<sup>62</sup> Cfr. párrafo 247 de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso número 12.5111, Rosendo Radilla Pacheco vs Estado Unidos Mexicanos.

<sup>63</sup> En términos del artículo 2, numeral 1, inciso b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por *ratificación, aceptación, aprobación y adhesión* se entiende, según el caso, el acto internacional así denominado, por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

la Celebración de Tratados, los acuerdos internacionales que celebre el Estado mexicano se rigen por el Derecho Internacional Público; entre los principios que rigen en las normas internas comunes, destaca que el consentimiento es la base de las obligaciones convencionales y, en términos de la norma, *pacta sunt servanda*, contenida en el numeral 26 de la Convención: *todo tratado en vigor obliga a la partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*; esto último, además, es acorde con el principio general del derecho, o principio elemental de moralidad de los contratos, *venire contra Factum propinum* que establece que: *Nadie puede ir en contra de sus propios actos*.<sup>64</sup>

En ese contexto, resulta relevante el precedente emitido por nuestro máximo tribunal al resolver los alcances de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la desaparición forzada de Rosendo Radilla; en dicho precedente se determinó, esencialmente, que las sentencias de la Corte Interamericana, relacionadas con el Estado mexicano, son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos, y que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para dicho poder, por lo que hay que constatar que se han realizado actos materiales tendentes al cumplimiento de la sentencia internacional; así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el criterio del control difuso de la convencionalidad, sentando el criterio de que, en el fuero militar, sólo deben juzgarse a militares activos por la

<sup>64</sup> Dicho concepto fue utilizado por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la interpretación de los contratos. Véase la tesis aislada con el rubro: CONTRATOS, PRINCIPIO MORALIZADOR DE LOS., *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, Sexta Época, registro: 271942, t. XXIV, 25 de julio de 2011, p.133 y en [http://pscjn.jfc.gob.mx/ius\\_web/IUSWeb.xbapen](http://pscjn.jfc.gob.mx/ius_web/IUSWeb.xbapen).



comisión de delitos o faltas que por su naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, pero no cuando se afecten derechos de civiles, y ha anunciado la capacitación de jueces y magistrados federales, por medio del Instituto de la Judicatura Federal, a fin de que estén actualizados respecto de todos los tratados y criterios internacionales en la materia.

Por su parte, el Poder Ejecutivo ha ordenado y realizado la publicación del extracto de la sentencia del caso Rosendo Radilla en el Diario Oficial de la Federación y en un diario de amplia circulación nacional, como se dispuso en el punto resolutivo 13 de la referida sentencia; se destacó que, en la parte considerativa del acuerdo por el que se ordenó dicha publicación, párrafos segundo y quinto, el Secretario de Gobernación reconoció que los fallos de ese tribunal internacional son jurídicamente vinculantes para el Estado mexicano y se refirió a que el Presidente de la República había instruido al Estado para que se diera oportuno cumplimiento a cada uno de los resolutivos de la sentencia.

## X. Fuentes Consultadas

### Bibliografía

- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo P-Z. Ed. Porrúa, 8<sup>a</sup> edición, México, 1995.
- O'Donell, Daniel: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Ed. Tierra Firme, reimpresión: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, México, 2007.

### Legislación

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, MCGRAW-HILL, Edición: 10<sup>a</sup> 2007, México, 2007.
- *Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos*, Berbera Editores, 1<sup>a</sup> edición, 2007, México.

### Páginas de Internet

- Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de marzo de 1973, en [http://www.dof.gob.mx/\\_sesijfs/pdf\Tratadosinternacionales.pdf\16060001.pdf](http://www.dof.gob.mx/_sesijfs/pdf\Tratadosinternacionales.pdf\16060001.pdf).
- Diario Oficial de la Federación de fecha 09 de febrero de 2010, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5131043&fecha=09/02/2010](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5131043&fecha=09/02/2010).
- Ejecutoria de la tesis con número Registro en IUS No. 21402, en <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaEj.asp?nEjecutoria=21402&Tpo=2>, de fecha 25 de abril de 2009.
- El Sol de México, Mireille Roccatti, Análisis, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 15 de julio de 2011.
- El Sol de México, Manuel Carvallo, Primera parte, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 8 de julio de 2011.
- El Universal, Fernando Martínez, Metrópoli/Reforma, Diana Martínez y Yáscara López, Ciudad/La Crónica de Hoy, Israel Yáñez G., Ciudad, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 22 de julio de 2011.
- El Universal, María de la Luz González, p.8, Primera/La Jornada, Jesús Aranda, Política, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al lunes 4 de julio de 2011.



- <http://sij02.scjn.pjf.gob.mx/arsc/busq3.asp>, de fecha 19 de julio de 2011.
- <http://www.un.org/spanish/geninfo/faq/hr2.htm>, de fecha 20 de julio de 2011.
- <http://tts.pjf.gob.mx/sccsijfs/docts/TratadosInternacionales/16060002.doc>, de fecha 22 de julio de 2011.
- La Crónica de Hoy, Daniel Blancas Madrigal, Nacional, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 8 de julio de 2011.
- La Jornada, Gustavo Castillo García y Patricia Muñoz, Política y Economía/El Universal, María de la Luz González, Primera/El Sol de México, Manuel Carvallo, Primera/Excélsior, Aurora Vega, Primera Nacional, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 8 de julio de 2011.
- Milenio Diario, Anayeli García Martínez, Todas en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al lunes 18 de julio de 2011.
- Milenio Diario, Elías Huerta Pshihas, Primera Plana, Política en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al lunes 18 de julio de 2011.
- Reforma, Víctor Fuentes, Nacional/Milenio Diario, Rubén Mosso, Opinión/El Economista, Mauricio Rubí, Política y Sociedad/El Financiero, Fernando Ramírez de Aguilar, Internacional/La Crónica de Hoy, Daniel Blancas Madrigal, Nacional/Excélsior, Verónica Mondragón, Primera-Nacional/Ovaciones, Urbano Barrera, en <http://portalconsejo> Síntesis informativa correspondiente al viernes 8 de julio de 2011.



- Registro: 271942, Instancia: Tercera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XXIV, Materia(s): Civil Tesis: de rubro: CONTRATOS, PRINCIPIO MORALIZADOR DE LOS. En [http://psscjnius.scjn.pjf.gob.mx/ius\\_web/IUSWeb.xbapen](http://psscjnius.scjn.pjf.gob.mx/ius_web/IUSWeb.xbapen), de fecha 25 de julio de 2011.
- Registro en IUS No. 40138, en <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/unaEj.asp?nEjecutoria=40138&Tpo=3>, de fecha 26 de abril de 2009.
- Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con el amparo en revisión 120/2002. Registro en IUS No. 40137, en <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaEj.asp?nEjecutoria igual 40137&tfo=3>, de fecha 25 de abril de 2009.
- Castilla Karlos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *El Control de Convencionalidad: Un nuevo Debate de México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco.* (<http://bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>, fecha de consulta 2 de agosto de 2011).

#### **CD y DVD**

- CD Compila tratados 2001. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección de Documentación y análisis. Dirección de Investigación y Automatización Legislativa.
- DVD IUS 2005, Suprema Corte de justicia de la Nación. Dirección de Documentación y Análisis. Dirección de Investigación y Automatización Legislativa.



---

**El fuero de guerra mexicano  
Reflexiones sobre sus límites y perspectivas\***

Genaro González Licea\*\*

Contenido: A manera de presentación. I. Reforma al marco constitucional de las Fuerzas Armadas Mexicanas. II. Ejército de Estado más que de gobierno. III. Fuero de guerra y jurisdicción militar. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

**A manera de presentación**

Hace unos días se me invitó a platicar con ustedes sobre el tema de fuero de guerra en México. Irresponsablemente acepté porque, lo digo de una vez, lejos estoy de ser especialista en la materia. De hecho, cuestión personal, desconfío de los especialistas, en particular de aquellos que se autonombren como tales. Si una persona estudió Derecho, que ya es una especialidad, está en posibilidad de analizar cualquier problema sobre la materia.

Obviamente, por afinidades a uno o más temas, tendrá mayor o menor dificultad para hacerlo. Hay asuntos bien o mal estudiados, más que simples y complejos. Tal vez pienso así, lo aclaró, por mi gusto a la docencia.

*Desde el punto de vista sustancial, nos dice Echandía, el Derecho como instrumento coactivo de gobierno es uno sólo.* Es cierto, agrega el citado autor,

---

\* El presente artículo corresponde a la plática que pronuncié en el Instituto Federal de Defensoría Pública, el 1 y 2 de julio en 2010.

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



*el Derecho puede admitir divisiones, aunque éstas tienen alcances lógico-formales y pedagógicos.<sup>1</sup>*

Así, en términos generales, el derecho se divide en público y privado, aquel, a su vez, corresponde al derecho público externo y al interno; al primero de ellos pertenece el derecho internacional; al segundo, el derecho constitucional y el derecho penal; disciplina ésta que podría considerarse como parte del derecho público interno. En efecto, los bienes jurídicos que protege, aun los que pertenecen directamente a los particulares (la vida, el honor, la propiedad), son tutelados en vista de un interés público.<sup>2</sup>

Respecto a la irresponsabilidad de haber aceptado, deseo hacerme entender lo mejor posible. Ésta la cometí por las siguientes razones. En primer lugar, deseaba pisar este Instituto con el cual, por años, he tenido estrecha relación, pero, sobre todas las cosas, por lo honroso que es para mí poder platicar con todos ustedes a quienes reconozco su argumentación de asesoría y defensa jurídica, profesionalismo e independencia al defender los intereses de las personas que legalmente representan, en particular, cuestión de querencias, con la relacionada con el tema de derechos fundamentales.

En segundo lugar, porque me permite exponer un tema del cual nadie, y menos en las circunstancias que imperan en nuestra sociedad, puede renunciar a expresar lo que piensa; me refiero a la participación del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México en un proceso de reestructuración, entendiendo por éste, y para fines de la presente exposición, el generado a partir del año dos mil. Dentro de este todo, específicamente hablaré del fuero de guerra.

<sup>1</sup> Reyes Echandía, A.: *Obras completas...*cit., t. I, p. 4.

<sup>2</sup> *Idem.*

Naturalmente, expondré lo que pienso, mi verdad. Si no se dice la verdad —retomo las palabras de Carlos Castilla del Pino— entonces el intelectual (cuya tarea es decir, de palabra o por escrito) se torna de inmediato cómplice de los que mienten, demagogo y, por tanto, antiintelectual. Es perfectamente lícito, continúa el autor, que una persona se equivoque, pero no es lícito que minta.

Verdaderamente la sociedad puede pasar por momentos en los que hablar de aquello que uno estima, la verdad puede entrañar alguna suerte de riesgo. Aun así, al intelectual, como a cada persona, se le ofrecerá la alternativa entre decir la verdad o callarse, pero nunca entre decir la verdad y decir la mentira.<sup>3</sup>

Ahora bien, las ideas centrales que guiarán la presente exposición son, por un lado, que es urgente replantear el marco constitucional y legal del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México; y, por otro, que debe acotarse el fuero de guerra a la observancia estricta de la disciplina castrense: conductas constitutivas de delitos militares.

Agrego, finalmente, que si alguno de ustedes se llega a desesperar por encontrar aquí interrogantes sin respuestas, se me disculpe por ello. Considero que lo correcto -al abordar un tema tan complejo como lo es el replanteamiento del fuero de guerra en una sociedad incrustada en dinámicas globales en cuestiones armamentistas, delincuencia organizada, comportamientos económicos y jurídicos, por decir algunos- es generando inquietudes que, en su momento, cuenten con una respuesta conjunta del que la originó y del que la retomó.

<sup>3</sup> Castilla del Pino, C.: *Cuatro ensayos sobre la mujer...*cit., p. 12.



## I. Reforma al marco constitucional de las Fuerzas Armadas mexicanas

Es indispensable redefinir el estatus constitucional de las fuerzas armadas mexicanas. La realidad que impera en México, desde la década de los ochentas, en lo social, económico y político, es consecuencia de transformaciones estructurales de gran trascendencia.

El proceso que vive el país, desde la década referida, de ninguna manera es aislado; por el contrario, es parte del patrón de reproducción de capital a nivel mundial. Su dinámica responde al proceso de globalización que se vive en el ámbito internacional.

Agréguese a lo anterior, la dinámica de apertura política y participación ciudadana (la estrategia de ciudadanización del poder), vía las organizaciones no gubernamentales, cuestión que trastocó las estructuras sindicales, de partidos políticos e instituciones gubernamentales en general y culminó en la elección presidencial del dos mil que todos conocemos. Con ella, fueron fuertemente cuestionadas las estructuras rígidas del Estado, ante la libre participación ciudadana que exige el modelo neoliberal del libre mercado.

De la misma manera que se cimbraron sindicatos, partidos políticos e instituciones rígidas en general, así también las fuerzas armadas mexicanas se vieron afectadas, con la peculiaridad de que éstas, si bien participaron como sostén de las estructuras del Estado, no iniciaron un real proceso de reestructuración en lo interno, en lo jurídico, operativo e, incluso, en lo doctrinal.

Dos razones considero fundamentales del por qué las fuerzas armadas no han llevado a fondo su proceso de reestructuración. Uno es la participación tan pronunciada que el poder ejecutivo les ha proporcionado en este

proceso de transición que vivimos y, otra, es la oposición misma de los altos mandos militares al cambio.

Ambos factores, sin sorpresa alguna, se conjugan y responden a los dos elementos esenciales en la organización y funcionamiento de fuerzas armadas: *la obediencia y la no deliberación. La eficiencia de las Fuerzas Armadas depende de una obediencia estricta y rigurosa, que excluye todo análisis o examen sobre las órdenes que se imparten. Tanto dentro de la estructura militar, como las provenientes de la autoridad gubernamental a la cual están subordinadas. La obediencia excluye todo tipo de deliberación interna en las fuerzas militares acerca de las ventajas o inconvenientes que puede acarrear el cumplimiento de las decisiones impartidas. Esa deliberación es incompatible con la disciplina generando una obediencia debida conforme a la cual, el inferior no puede cuestionar válidamente las órdenes provenientes del superior. Las debe acatar o, en su defecto, apartarse de la estructura militar sin perjuicio de las sanciones que pueda merecer su comportamiento.*<sup>4</sup>

Sin embargo, el poder ejecutivo, el legislativo y el mando mismo de las fuerzas militares deben tener la sensibilidad suficiente para entender que, en este proceso social globalizante que vivimos, es obsoleto el concepto de organización militar amurallada, por ser propio de la Segunda Guerra Mundial. Lo mismo, por supuesto, puede decirse del concepto de soberanía y Estado nacional. Se sabe que, efectivamente, es distinto, empero, el marco legal no lo refleja así.

Es el momento para replantear una reforma constitucional de las fuerzas armadas, lo cual implica formular, entre otros puntos, el fuero de guerra, su

<sup>4</sup> Badeni, G.: *Tratado de Derecho Constitucional...*cit., t. II, p. 1736.

misión, expresamente dicha en la Constitución, que es el garantizar la independencia y soberanía de México, así como defender su integridad territorial y el orden constitucional.

Así, considero que, en un Estado democrático, la participación de las fuerzas militares es clave para fortalecerlo y, paralelamente, para fortalecerse internamente. Hay que tener en cuenta que: *las Fuerzas Armadas constituyen una institución indispensable en toda organización política global cuya función, en el marco específico de competencia que se les otorgue, consiste en preservar el orden interno mediante la plena vigencia de la Constitución, y en asegurar la personalidad internacional del Estado y su poder soberano frente a los ataques provenientes de otros Estados u organizaciones internacionales. Si un Estado estuviera desprovisto de fuerzas militares, serían escasas sus posibilidades de subsistencia o, en mayor o menor grado, dependerían de la voluntad de los Estados extranjeros.*<sup>5</sup>

Para lograr la fortaleza referida, me parece que es necesario verificar si explícitamente están contenidos en el marco constitucional tres elementos centrales: su misión, organización y funcionamiento. Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y las responsabilidades propias de las fuerzas militares.

Con ello, quiero decir, por otra parte, que el fuero de guerra, tema de la presente intervención, está contenido en los puntos anteriores y, sin duda, debe acotarse a los delitos y faltas contra la disciplina militar, cometidas por militares y ventilados en una jurisdicción especializada.

<sup>5</sup> Badeni, G.: *Idem*.

## II. Ejército de Estado más que de gobierno

Una reforma constitucional en materia militar como la que se propone, además de fortalecer el Estado democrático, cambiaría la actitud de las fuerzas militares. Como lo he señalado en otras ocasiones, México cuenta, en realidad, con unas fuerzas armadas de gobierno más que de Estado.

Por supuesto, no pretendo que minimice su lealtad a las instituciones, sería un absurdo; más bien que exprese su lealtad a la sociedad de la cual surge. Ello implica contar con fuerzas militares de Estado, incorporadas a un proceso de democratización del país y no sólo al cuidado de las instituciones.

La soberanía y seguridad nacional ahora están contenidas y dimensionadas en ley, quedó atrás su definición sexenal. Su referencia se relaciona con el comportamiento social en lo interno y externo del país, y no solamente con la fortaleza militar para responder a las instituciones del Estado.

Es innecesario insistir en la importancia que, para mí, tiene la reforma al artículo 129 constitucional, una y otra vez he hecho mención a ello. Su actual texto dice en realidad muy poco: *en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar*. La realidad lo ha rebasado con mucho. El crimen organizado, la inseguridad social, las condiciones de violencia producto de la pobreza en que se vive.

Este artículo constitucional debe referir, con toda claridad, cuál es la misión de las fuerzas armadas mexicanas (ejército de tierra, la armada y el ejército del aire), que no otra más que la de garantizar la independencia y soberanía de México, así como defender su integridad territorial y el orden constitucional. Asimismo, también



deberá señalar que lo referente a la organización militar se plasmará en la ley orgánica respectiva, teniendo en cuenta los principios de la Constitución federal.

Es sencillo desprender que la reforma constitucional de las fuerzas militares la ubico en un contexto de reestructuración de Estado. En un contexto donde se redefine, permítaseme citar la idea que al respecto expuse en mi libro *Sociedad, política y derecho en un marco globalizador*,<sup>6</sup> *un proyecto nacional sin exclusiones, un reordenamiento de los integrantes de una sociedad de acuerdo con un nuevo pacto nacional y marco jurídico que lo contenga, así como la conformación de un nuevo Estado de derecho y el redimensionamiento de las funciones e instituciones que conforman cada uno de los poderes de la unión, de los niveles de gobierno*.

### **III. Fuero de guerra y jurisdicción militar**

El fuero de guerra tiene, para mí, el mismo significado que jurisdicción y, de ninguna manera, el de privilegio. Son los juzgados, consejos de guerra, supremo tribunal, procuraduría general de justicia militar y defensores de oficio. El fuero de guerra es la jurisdicción o potestad autónoma y exclusiva de juzgar, por medio de los tribunales castrenses y conforme a las leyes del ejército, fuerza aérea y de la armada nacional, únicamente a los miembros de dichas instituciones, por faltas o delitos que comentan en actos o hechos del servicio, así como la facultad de ejecutar sus sentencias.<sup>7</sup>

Le corresponde al Congreso de la Unión, en materia de organización militar, la facultad sancionadora, lo cual comprende no sólo la expedición, entre otros

<sup>6</sup> González Licea, G.: *Sociedad...*cit., p. 104.

<sup>7</sup> Madrazo, J.: *Nuevo diccionario...*cit., p. 1758.

ordenamientos, del código de justicia militar, sino también la creación de los tribunales militares.

La existencia de tribunales especializados, como los mencionados, son, por lo mismo, plenamente constitucionales. Mediante ellos se cumple la finalidad de impartición de justicia del Estado, con plenitud de jurisdicción y atribuciones constitucionales. Es de mencionar que en México, además del tribunal que nos ocupa, existe el Tribunal Superior Agrario y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

La jurisdicción de los tribunales militares, como especie particular de tribunales administrativos, *no importa la conformación de un fuero personal, sino de un fuero real por razón de las materias sobre las cuales recaen y no de las personas involucradas*. A esa jurisdicción quedan sometidos todos los integrantes de las fuerzas armadas por los delitos cometidos en áreas sujetas a ella y por los previstos por el Código militar. Pero no acontece lo propio con los delitos comunes perpetrados fuera del ámbito físico militar y los carentes de relación con actos de servicios, los cuales quedan sujetos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, al igual que las causas de naturaleza civil.<sup>8</sup>

Este señalamiento tan claro, en la práctica, sin embargo, está cubierto de muchas aristas, al extremo que, efectivamente, se requiere acotar el fuero de guerra exclusivamente al personal militar y por faltas cometidas contra la disciplina militar.

Entre los elementos más señalados que llevan a tal acotación está la participación cada vez más pronunciada de fuerzas militares en operativos propios de la policía, operativos, por tanto, que encierran muchas dudas sobre

<sup>8</sup> Badeni, *op. cit.*, p. 1739.



su legalidad, como consecuencia del contenido del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar que a la letra señala: *son delitos contra la disciplina militar: II. Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya ocurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo.*

Estas cuestiones van más allá del marco constitucional de las fuerzas militares y, por lo mismo, cuestionan la jurisdicción de sus tribunales, la que, es pertinente recordar, proviene de la Constitución y está basada sobre las características particulares que caracterizan a las relaciones sociales de tipo militar, traducidas en relaciones de mando y obediencia que tipifican al poder militar.<sup>9</sup>

Si el fuero militar se circunscribe única y exclusivamente al personal militar, cabe recordar que éste abarca a todas las personas que tienen grado.<sup>10</sup> Distinto es preguntar quién pertenece a las fuerzas militares, ya que el personal de las fuerzas armadas, de acuerdo con su situación, se consideran en activo, reserva y retiro.<sup>11</sup>

Con esta observación eliminamos la común imprecisión de decir: los militares son aquellos que

<sup>9</sup> *Ídem.*

<sup>10</sup> El artículo 132 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos refiere: *Militares son los individuos que legalmente pertenecen a las Fuerzas Armadas Mexicanas, con un grado de la escala jerárquica. Estarán sujetos a las obligaciones y derechos que para ellos establecen la Constitución, la presente Ley y demás ordenamientos castrenses.*

<sup>11</sup> De esta manera y dicho brevemente, el personal civil pertenece a la reserva, ya que a ella pertenecen: primera reserva: Generales, entre otros, que obtengan digna y legalmente su separación del activo. Incluyendo a los que pasen al retiro voluntario. Así como todos los mexicanos de los 19 hasta los 30 años. A la segunda reserva: los que cumplan su tiempo en la primera reserva (militares de retiro voluntario hasta los 45 años), y los del Servicio Militar Nacional hasta los 45 años.

pertenecen a las fuerzas armadas. Existe, por supuesto, otra forma de pertenecer a las fuerzas militares, y esa es bajo el concepto de reserva y permanencia.<sup>12</sup>

Constitucionalmente la competencia de los tribunales militares, fuero de guerra o jurisdicción militar, está contenida en su artículo 13. En la Constitución de 1857 refería: *subiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexidad con la disciplina militar.*

El constituyente de 1917 discutió mucho este fuero. A fin de cuentas se consideró necesaria su permanencia. Un fragmento de su dictamen indica: *Lo que obliga a conservar la práctica de que los militares sean juzgados por militares y conforme a leyes especiales, es la naturaleza misma de la institución militar.*<sup>13</sup> El General Mújica, sin embargo, argumentaba lo contrario; para él *el fuero de guerra que se trata de conservar en la nueva Constitución no es más que un resquicio histórico del militarismo que ha prevalecido en toda la historia del país, no producirá más efecto que hacer creer al futuro Ejército nacional y a los civiles de toda la República, que la clase militar es una clase privilegiada y distinta ante nuestras leyes del resto de los habitantes.*<sup>14</sup>

El artículo 13 constitucional aprobado, en la parte que interesa, refiere: *Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo*

<sup>12</sup> El artículo 6º de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos refiere: *Los mexicanos que decidan prestar sus servicios en las Instituciones Armadas de tierra y aire, en forma voluntaria, firmarán un contrato manifestando su conformidad para permanecer en dichas Fuerzas Armadas por un tiempo determinado.*

<sup>13</sup> Véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Diario de debates...cit.*, p. 102.

<sup>14</sup> *Ídem.*

*podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.*

Son muchas las instancias nacionales e internacionales que solicitan, y con razón, acotar el fuero de guerra. Sus demandas las sustentan, fundamentalmente, en la afectación de los derechos humanos en los operativos militares. Incluso, en opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos y, por lo mismo, recomienda al gobierno mexicano su adecuación.

Como ya lo he expresado, el fuero de guerra se debe acotar a la observancia estricta de la disciplina castrense, conductas constitutivas de delitos militares, pero, además, dentro de una reforma constitucional y legal de las fuerzas armadas, ello, por supuesto, de cara al siglo XXI.

Dentro de este proceso hay que tener un especial cuidado en lo que se refiere a las atribuciones constitucionales militares entre el Congreso de la Unión, el poder ejecutivo y las mismas fuerzas armadas. Con suma nitidez se debe plasmar la idea de fondo consistente en que *la titularidad de tales atribuciones no reside en las fuerzas armadas sino en el gobierno. Por ende si las fuerzas militares llegaran a ejercer ese poder militar, estarán actuando al margen del sistema constitucional.*<sup>15</sup> Diálogo y consenso entre los sectores involucrados es el camino a recorrer, en un ambiente de discusión en el que prevalezca el interés social. Además, a mi modo de ver, es importante que, en tales diálogos y consensos, se tengan presentes

las atribuciones militares. Para un acercamiento al tema, Linares Quintana, en su *Tratado de ciencia del Derecho Constitucional*, comenta que las atribuciones militares se clasifican en permanentes y excepcionales.

*Las primeras, que tienen el carácter ordinario, se subdividen en atribuciones de mando y de organización.*

*Las atribuciones de mando corresponde al Poder Ejecutivo en su condición de comandante en jefe de las fuerzas militares. Son tales las de disponer de dichas fuerzas y distribuirlas en el territorio de la Nación conforme a las necesidades que se presenten. Las atribuciones de organización corresponden tanto al Congreso como al Presidente. Al Congreso las que requieren de una regulación legislativa, tales como organizar el servicio militar, autorizar represalias, fijar las fuerzas militares y establecer las normas genéricas para su organización y gobierno, así como también para autorizar el ingreso de tropas extranjeras en el territorio nacional y la salida de las fuerzas nacionales cuando ello obedece a razones bélicas. Al Presidente las que requieren de un acto de ejercicio para tomar efectivas las medidas dispuestas por el Congreso, o para implementar las que otorga la Constitución.*

*Las atribuciones excepcionales, tales como la declaración de guerra, corresponde al Congreso sin perjuicio de su ejecución concreta por el Presidente.*

*Las atribuciones militares han sido delegadas al Estado federal y no pueden ser ejercidas por las provincias.*<sup>16</sup>

En relación con las atribuciones delegadas al Estado federal es de señalar que existe la excepción contenida

<sup>15</sup>Badeni, G.: *op. cit.*, p. 1737.

<sup>16</sup> Citado por Badeni, G.: *op. cit.*, p. 1738.

en las fracciones II y III del artículo 118 constitucional,<sup>17</sup> que autoriza a los Estados a formar ejércitos y defenderse en caso de invasión y de peligro eminentes que no admite demora. En estos casos darán cuenta inmediata al Presidente de la República.

En mérito de lo anterior, naturalmente el Congreso de la Unión tiene la atribución tanto de legislar en materia militar, como de establecer los tribunales militares cuya función es aplicar la normatividad de la materia. Esta jurisdicción o fuero de guerra, lo señalo una vez más, se debe acotar a la observancia estricta de la disciplina castrense, conductas constitutivas de delitos militares.

La jurisdicción u órganos del fuero de guerra se estructuran de la siguiente manera: a) el Supremo Tribunal Militar, b) los jueces militares, c) los Consejos de Guerra, d) la Procuraduría General de Justicia Militar y, f) el Cuerpo de Defensores de Oficio. De donde resulta que el equilibrio procesal se da entre las tres instancias primeramente referidas y las dos últimas, pues en ellas está la instancia que ejerce la acción penal en contra de los militares que se considera han cometido un delito contra la disciplina militar, así como la defensora a favor del militar a quien se tilda de haber cometido un delito.

La función de los órganos del fuero de guerra es, insisto, juzgar y sentenciar miembros de las fuerzas armadas, acorde con la ley sustantiva y adjetiva de la materia. Deben juzgar, por tanto, por delitos cometidos

<sup>17</sup> El Artículo.- 118 dispone: *Tampoco pueden sin consentimiento del Congreso de la Unión: I. Establecer derechos de tonelaje, ni otro alguno de puertos, ni imponer contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones. II. Tener, en ningún tiempo, tropa permanente ni buques de guerra. III. Hacer la guerra por sí a alguna potencia extranjera, exceptuándose los casos de invasión y de peligro tan inminente, que no admite demora. En estos casos darán cuenta inmediata al Presidente de la República.*

en actos del servicio, lo que se traduce en los que llevan a cabo los militares dentro de la esfera castrense, a fin de cumplir una determinada misión, orden o desempeño de funciones operativas o administrativas.

Ahora bien, los delitos contra la disciplina militar son: 1. Contra la seguridad de la nación (traición a la patria y contra el derecho de gentes). 2. Contra la seguridad interior de la nación (rebelión y sedición). 3. Contra la existencia y seguridad del ejército (extravío, enajenación, robo, y destrucción de lo perteneciente al ejército; deserción e insumisión; falsa alarma). 4. Contra la jerarquía y la autoridad (insubordinación, abuso de autoridad, desobediencia y asonada –grupo de hasta cinco personas que rehusen obedecer órdenes de un superior, las resistan o recurran a vías de hecho para impedirlas–). 5. Los cometidos en ejercicio de las funciones militares o con motivo de ellas: Abandono de servicio; maltrato a prisioneros, detenidos o presos y heridos; pillaje; devastación; merodeo; apropiación de botín; contrabando; saqueo y violencia contra las personas. 6. Contra el deber y decoro militar; infracciones de deberes de centinela, vigilante, timonel, y 7. Los cometidos en la administración de justicia o con motivo de ella.<sup>18</sup>

A mi juicio, la jurisdicción militar o fuero militar se debe acotar a la estricta observancia de los delitos antes referidos, al constituir una justicia excepcional cuyo objetivo central es mantener la disciplina militar.

A lo expuesto hay que agregar, finalmente, que las resoluciones de los órganos de procuración y administración de justicia militar son susceptibles de ser revisadas y modificadas, en su caso, por el Poder Judicial de la Federación.

<sup>18</sup> Véase el libro Segundo del Código de Justicia Militar (artículos 57 a 66).

Así, se puede decir que, tomando como un todo el sistema de justicia militar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano revisor en materia de constitucionalidad, se instala en la cúspide del mismo. Los Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito se ocupan de la legalidad.

Con respecto a este vínculo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el sistema de justicia militar, en su momento llegue a proponer que se instalara, en nuestro máximo tribunal, una Tercera Sala Militar.<sup>19</sup> Preferiría en estos momentos limitarme al comentario anterior. Consideré necesario referirme al tema, por una obligación personal, dada la relación que aguarda con el que aquí se expone, en particular, con la postura de acotar el fuero de guerra.

### **3.1. Interpretación del artículo 13 constitucional**

En realidad, por lo que hace al fuero de guerra, es inexistente una interpretación del artículo 13 constitucional. En particular, en relación con la parte que señala: *Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.*

Los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el artículo mencionado, en esencia, giran en torno a la competencia para conocer de los asuntos en los cuales existe un delito o falta de orden militar y está implicado un paisano.

Algunos criterios determinan, de acuerdo, por supuesto, al caso concreto, que la competencia corresponde al fuero militar, en otros, a los tribunales civiles y, en otros más, que es válido dividirla. Esta idea la podemos ejemplificar mediante las siguientes tesis.

<sup>19</sup> González Licea, G.: *Reflexiones sobre fuero...*cit., pp. 43 a 55.

**FUERO DE GUERRA.** Para interpretar rectamente el artículo 13 de la Constitución, no basta el sentido gramatical, ni son suficientes tampoco, los elementos que proporcionan las discusiones del Congreso Constituyente, porque uno y otras revelan, solamente, que el debate tuvo por objeto esencial, determinar si subsistía o no, el fuero de guerra, prevaleciendo, al final, la consideración de que era necesario que subsistiera. Para interpretarlo conviene considerar el espíritu de esas discusiones, que tendieron a demostrar la necesidad de restringir el fuero de guerra a sus estrictos límites, y aun a suprimirlo, llegándose, por fin, a la conclusión de que un civil no puede ser juzgado, por ningún motivo en ningún caso, por un tribunal militar; mas como el fuero de guerra es indispensable para la defensa del ejército, se deduce que dicho fuero comprende a todas las personas que pertenezcan a esa institución; el último párrafo del artículo 13, que manda que cuando en un delito o falta del orden militar, estuviese complicado un paisano, conozca del caso la autoridad civil que corresponda, se ha querido entender en el sentido de que dicha autoridad civil habrá de conocer del asunto, en su integridad, esto es, que juzgará a los militares y a los civiles; mas de estimarse tal interpretación, se consentiría en nulificar el fuero de guerra, supuesto que los militares quedarían sustraídos a la jurisdicción de los tribunales de su fuero, con notorio desacato del principio constitucional relativo; cierto es que éste manda que los civiles nunca sean juzgados por los tribunales del fuero de guerra, pero de ahí no es lógico deducir que si un civil está inmiscuido con elementos militares, en la comisión de un delito, los militares deban ser enjuiciados y castigados por los tribunales



*del orden común. Más conforme con el espíritu de las discusiones que precedieron a la redacción del artículo que se comenta, es que lo dispuesto en favor de los civiles, rija en todo caso para ello, pero que no se vulnere el fuero de guerra, haciéndolo nugatorio. Esta interpretación favorece y concilia las dos tendencias que se observan en el artículo 13 constitucional, o sea, que las personas que pertenezcan al ejército, cuando cometan un delito o falta del orden militar, sean juzgadas conforme al fuero de guerra, y que los civiles, en cualquier caso sean enjuiciados y castigados por los tribunales del orden común; el examen atento del repetido artículo, da mayor fuerza a las anteriores conclusiones; en efecto, la excepción a la regla general, establecida por el tan repetido artículo 13, o sea el fuero de guerra, lo fue por razón de la materia o naturaleza de los delitos y porque así se creyó necesario por exigirlo la disciplina militar; en cambio, la prohibición expresa que el mismo contiene, de que los civiles sean enjuiciados por los tribunales militares, se consigna atendiendo a las personas mismas y no a la materia. No es concebible, por otra parte, que la Constitución se contradiga, estableciendo primero el fuero de guerra y después nulificándolo; el sentido natural y lógico indica que la frase conocer el caso, no puede ser entendida más que en el sentido de que la autoridad civil conozca del caso imputado a los civiles, pero no del proceso que se instruya contra los militares. Algunas ejecutorias de la Corte sostuvieron la competencia de los tribunales civiles, cuando en un delito militar estaban inmiscuidos militares y paisanos, para no dividir la continencia de la causa, pero a esto debe contestarse que no hay propiamente disposición legal alguna que prohíba que el procedimiento se divida; en este caso, cierto es*

*que siguiendo dicho proceso un solo Juez, se facilita la secuela, pero también lo es que cuando se siguen dos procesos ante tribunales de diversos fueros, no se imposibilita la acción de la justicia, porque dichos tribunales pueden aprovechar los mismos elementos, con la ventaja de que cada uno obrará con mejor conocimiento y mayor experiencia, supuesto que aplicará las leyes de su fuero; y, además, la doctrina demuestra que no pueden seguirse procesos de distinto fuero, ante autoridad de diferente jurisdicción, y por medio de un sólo procedimiento, doctrina que funda la parte final del artículo 329 del Código Federal de Procedimientos Penales, el que, después de fijar los casos de acumulación de procesos, para que no se divida la continencia de la causa, declara que no procederá esa acumulación, si se trata de diversos fueros. Por todo lo anterior, se concluye: I. el artículo 13 constitucional prohíbe que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, en todo caso; II. manda que las personas que pertenezcan al ejército, deben ser enjuiciadas ante los tribunales del fuero de guerra, cuando se trata de delitos del orden militar, y III. que cuando en la comisión de un delito del orden militar concurran militares y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso, por lo que toca a los civiles, y los tribunales del fuero de guerra, el que se instruya a los militares.<sup>20</sup>*

*FUERO DE GUERRA. Para interpretar debidamente el artículo 13 de la Constitución General, debe atenderse tanto a su redacción como a sus antecedentes*

<sup>20</sup> Tesis aislada, publicada en el Semanario Judicial de la Federación...cit., T. XXXIX, p. 240.

*históricos y a las condiciones sociales reinantes cuando dicho precepto se expidió. Atendiendo a los antecedentes históricos, se ve que el fuero militar, hasta antes de la independencia de nuestro país, no se limitaba a la jurisdicción concedida a tribunales especiales para juzgar a miembros del ejército, sino que comprendía un conjunto de preceptos que establecían privilegios y exenciones, tanto en materia criminal como en materia civil, en favor de los militares y aun de los miembros de sus familias. Consumada la independencia, como cada uno de los miembros políticos que le sucedieron y que tendieron a la organización del país, estuvo apoyado por medio de las armas, de ahí se originó el que la situación del ejército continuara siendo preponderante, lo cual tuvo por resultado que la Constitución de 1824 dejara subsistentes los fueros de la militancia, hasta que los Constituyentes de 1857, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que uno de los principales responsables de las perturbaciones del país, había sido el ejército pusieron fin a sus privilegios, estableciendo en el artículo 13 de la Constitución, que subsistía el fuero de guerra sólo para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar, dejando a las leyes secundarias el trabajo de fijar con claridad, los casos de esta excepción. De esta manera se consideraron que el fuero de guerra no constituía ya un privilegio; pero como no obstante, la actuación del ejército continuó siendo opresora de la libertad, puesto que su organización misma estaba basada en el reclutamiento forzoso, el sentimiento de hostilidad general contra esta institución no desapareció, y, al contrario, se exacerbó por la conducta observada por el mismo ejército, durante el gobierno del general*

*Victoriano Huerta; lo que trajo por consecuencia que la revolución triunfante, procurara la absoluta desaparición del fuero militar, temiendo que cualesquiera que fueran las atenuaciones que se hicieran al sistema entonces establecido, resurgiera el antiguo militarismo. Existía por tanto, una impresión general desfavorable para las instituciones militares, en cuanto representan abuso de fuerza o situación privilegiada de alguna clase, por lo cual, los Constituyentes de 1917 no creyeron bastante la redacción del artículo 13 de la Constitución de 1857, y lo reformaron en el sentido de que: subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrá extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar, estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. La comparación entre los preceptos concordantes de las Constituciones de 1857 y 1917, ponen de relieve la marcada tendencia a restringir, hasta casi hacerlo desaparecer, el fuero de guerra, y si se le tolera en la actualidad, es porque se juzga necesario para mantener la disciplina en el ejército, opinión que no es unánime. De acuerdo con el texto de la Constitución vigente, para que el fuero de guerra subsista, se necesitan dos condiciones: que se haya cometido un delito militar, según características que la ley señala, y que el que lo haya cometido un miembro del ejército, pero puede suceder que en un delito militar estén complicados paisanos, y entonces se ofrecían al legislador Constituyente tres caminos para establecer la competencia: I, concederla a los tribunales militares; II, concederla a los tribunales*



civiles y, III, concederla a unos y otros, simultáneamente, para que los primeros juzgaran a los militares y los segundos a los paisanos; pero estudiando el artículo 13 constitucional, se deduce que no se optó por el primer camino, puesto que terminantemente se expresa que los tribunales militares en ningún caso podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército; ni tampoco por la tercera vía, porque estando en pugna con la doctrina universalmente reconocida, de que en ningún procedimiento judicial es conveniente que se divida la continencia de la causa, la circunstancia de que el artículo 13 no lo mande expresamente, bastaría por sí sola para hacer inaplicable tal práctica, puesto que las leyes que establecen excepciones generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes; más aún, el simple análisis de las expresiones gramaticales del artículo que se comentan, lleva a esta deducción, pues dice: cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso de la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la palabra complicado, sólo puede connotar, en la materia de que se trata, la idea de concurrencia de responsables diversos en la comisión de un delito; pluralidad de responsables que es precisamente la que determina ese tercer caso en que puede encontrarse un delito militar, y que viene a indicar que el legislador si lo tuvo en cuenta para establecer la competencia y que optó por el segundo de los caminos antes enunciados, estableciendo que debe ser la autoridad civil quien ha de conocer del proceso. Existe en el mismo artículo 13, otra palabra cuyo empleo viene en apoyo de las ideas expuestas y es la palabra caso; éste significa, en el

lenguaje ordinario, suceso, acontecimiento, asunto que se propone a alguno para consultarle y oír su opinión, y el lenguaje forense, en la legislación española, se llama «caso de Corte», la causa civil o criminal que, por sus condiciones jurídicas, podía radicarse, desde luego, ante determinado tribunal, aun sacándola de su fuero o del domicilio de los litigantes. Dados estos antecedentes, tal palabra en el artículo 13 constitucional, no puede tener otra significación que la de acontecimiento originador del hecho delictuoso, del que debe conocer la autoridad civil, según ordena el citado precepto y no la de la responsabilidad del delincuente. La interpretación aceptada por la Corte, en alguna ejecutoria, sobre que los tribunales militares debían de conocer del proceso que se instruyera a los miembros del ejército y los civiles del que se abriera contra los paisanos, por razón del mismo delito militar, está en pugna con el principio de derecho, de la no división de la continencia de la causa, que tiende a evitar que, por razón de un mismo caso jurídico, se dicten dos fallos contradictorios. Ciento es que el Código Federal de Procedimientos Civiles, no permite la acumulación de procesos, si se trata de diversos fueros, la que sólo puede llevarse a cabo cuando todo se encuentran en estado de instrucción; pero cuando el Constituyente, precisamente para no dar lugar a la división de la continencia, designó a las autoridades civiles para conocer de los procesos militares en que están inodados paisanos, no hay motivo alguno para que se sigan distintos procedimientos. De no aceptarse esta teoría, se imputarían al Constituyente las siguientes faltas: I, desconocimiento del lenguaje, por no haber usado con propiedad las palabras complicado y caso; II, faltas de previsión, por no establecer una

*regla para cuando los delitos del orden militar fueren cometidos conjuntamente por paisanos y militares; III, redundancia, al establecer, en la parte final del artículo 13, el mandato sobre que los tribunales militares no son competentes para juzgar a los paisanos y IV, repudiación de la teoría legal de la no división de la continencia de la causa. En virtud debe concluirse: que ni los antecedentes históricos del artículo 13 constitucional, ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido, ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las palabras de su texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito militar estuviese complicado un paisano, las autoridades del fuero de guerra juzgarán a los miembros del Ejército y las autoridades civiles al paisano; y por tanto, son las autoridades civiles quienes deben de conocer de un proceso militar en el que se encuentren inmiscuidos militares y paisanos; pero debe advertirse que el conocimiento corresponde a los Jueces Civiles, con el simple carácter de auxiliares de la Justicia Federal, porque tratándose de la aplicación de leyes militares, que tiene el carácter de leyes federales, a los Jueces de Distrito corresponde el conocimiento del proceso, según lo dispone la fracción III del artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.<sup>21</sup>*

**ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. SU INTERPRETACIÓN EN ORDEN A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS MILITARES, CUANDO CONCURRAN**

<sup>21</sup> Tesis aislada, publicada en el Semanario Judicial de la Federación...cit., t. XL, p. 1393.

**AGENTES CIVILES Y MILITARES EN LA COMISIÓN DE AQUELLOS.** Diversas ejecutorias de la Suprema Corte sostuvieron, que el espíritu del último párrafo del referido artículo, es el de que un sólo Juez conozca del proceso que se instruye contra militares y civiles, a fin de evitar que se divida la continencia de la causa; y que, en tal caso, debe darse la preferencia para conocer del asunto a la autoridad civil correspondiente. Dichas ejecutorias fueron contrariadas a partir de la fecha en que se pronunció la resolución referente a la competencia con motivo del proceso instruido contra el general [...]. Este, y sucesivos fallos, declararon: I. El artículo 13 constitucional prohíbe que un civil sea juzgado por tribunales militares en todo caso. II. Manda que las personas que pertenezcan al ejército sean enjuiciadas ante los tribunales del fuero de guerra. III en el caso de concurrencia de agentes civiles y militares en la comisión de un delito del orden militar, la autoridad civil correspondiente debe conocer del delito o caso de los civiles, y las autoridades del fuero de guerra de los que se imputan a los militares. Tal jurisprudencia, aunque fue contradicha en un caso posterior el de la competencia suscitada con motivo del proceso instruido en contra del sargento [...] se funda en razonamientos que deben ser aceptados para fijar definitivamente la interpretación del artículo 13 constitucional en orden a la competencia para conocer de los delitos militares. Aplicando las tesis sustentadas por la referida jurisprudencia, la controversia actual debe ser resuelta en el sentido de que corresponde al fuero militar conocer del proceso instruido contra el comandante de la defensa rural de Santo Tomás Chiautla, debiendo remitirse al



*Juzgado del fuero común copia de lo conducente por lo que toca al acusado civil, a fin de que continúe los procedimientos.*<sup>22</sup>

Es hasta el dos mil nueve cuando el Pleno de la Suprema Corte, al resolver el amparo en revisión 989/2009, tuvo la posibilidad de pronunciarse sobre el tema, ante el reclamo de la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar.

El fallo imposibilitó ampliar la riqueza sobre el tema que nos ocupa, al resolver, por mayoría de seis votos, sobreseer el juicio del amparo referido. Lo anterior en virtud de que se consideró que la quejosa en el amparo -en su calidad de ofendida en el delito de homicidio cometido, en agravio de su esposo, presuntamente por miembros del Ejército Mexicano- no contaba con la legitimación activa para acudir al juicio a reclamar la inconstitucionalidad del artículo referido.

Sin embargo, lo que se argumentó sobre el fuero de guerra<sup>23</sup> es de suyo sugerente. En particular, citaré aquí la argumentación que remarcó el ministro José Ramón Cossío Díaz, en relación con la parte normativa del artículo 13 constitucional, citada en líneas anteriores: *todo el problema se circscribe al hecho de que la expresión «estuviese complicado un paisano» ha sido entendida como si únicamente se refiriera al hecho en el cual el civil o paisano participa en la comisión del delito o falta del orden militar como sujeto activo del delito; sin embargo,*

*se ha dejado de lado que también podría estar complicado o involucrado como sujeto pasivo o víctima del delito, posibilidad que sin duda cabe en el texto constitucional.*<sup>24</sup>

Además, enfatizó los límites que tiene la jurisdicción militar retomando a la letra lo siguiente:

*No es accidental la carga del lenguaje empleado por el Constituyente al señalar que: los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. El énfasis puesto en la prohibición de extender la jurisdicción militar a civiles y su colocación en el capítulo de garantías individuales claramente indica que, como afirma la quejosa, el artículo 13 constitucional estaba destinado a cumplir la función de proteger a los ciudadanos de cualquier posible abuso por parte del Ejército antes que proteger cualquier otro bien.*

*De esta forma, el Constituyente tuvo la expresa intención de fijar límites claros a la competencia del fuero militar, mismo cuyas facultades –consideró– debían acotarse con el fin de evitar determinados males cuyas consecuencias advirtió y consideró indeseables. Atendiendo a esa intención y al sentido literal del artículo 13 constitucional se siguen las siguientes conclusiones:*

- a) *El fuero de guerra es sólo para delitos y faltas contra la disciplina militar.*
- b) *El fuero de guerra sólo puede juzgar a militares.*

<sup>22</sup> Tesis aislada, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación...*cit., t. XL p. 72.

<sup>23</sup> Voto de minoría que formulan los ministros José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Genaro David Góngora Pimentel en relación con el amparo en revisión 989/2009. ([http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos/VotosdeMinistros/Documents/3\\_3\\_1.pdf](http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos/VotosdeMinistros/Documents/3_3_1.pdf))

<sup>24</sup> Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con el amparo en revisión 989/2009. En sesión de diez de agosto de dos mil nueve el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de seis votos sobreseer el juicio de amparo en revisión 989/209. ([http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos/VotosdeMinistros/Documents/3\\_4\\_1.pdf](http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos/VotosdeMinistros/Documents/3_4_1.pdf))

*c) El fuero de guerra carece de competencia para conocer de un delito o falta del orden militar si hay un paisano o civil complicado.<sup>25</sup>*

Finalmente, arribó a dos conclusiones, mismas que comparto. En primer lugar, que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, que faculta a los tribunales militares para conocer de aquellos delitos del orden común o federal que son cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, es contrario a la garantía contenida en el artículo 13 constitucional; ello debido, entre otras razones, a que *el efectivo ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce a la víctima o al ofendido solamente se logra en la medida en que se reconoce que los delitos previstos en los códigos penales del orden común o federal no regulan conductas que atentan contra la disciplina militar (en las que el sujeto pasivo se puede identificar con la propia institución castrense), sino que las mismas atentan o lesionan bienes jurídicos de personas civiles.*<sup>26</sup>

En segundo lugar, que *la Constitución establece dos excepciones claras a la competencia de los tribunales militares cuando se cometan delitos o faltas al orden militar: 1). Que una persona no militar (civil) en ningún caso puede ser sometido a la jurisdicción militar o fuero de guerra (sujeto activo), y 2). Que si hay un civil complicado en un delito o falta, quien debe conocer es la autoridad civil (sea como sujeto activo y/o sujeto pasivo).* Si aún frente a todo lo antes expuesto —que recoge desde los fines que tenía el Constituyente hasta lo ilógico que sería tener dos porciones normativas con el mismo significado en un mismo artículo— se sigue dudando sobre si un tribunal militar tiene competencia para conocer del supuesto en el que un civil es

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Idem.*

*sujeto pasivo del delito o falta al orden militar, entonces la cuestión debe ser resuelta teniendo en cuenta el principio pro persona en su vertiente de preferencia normativa.*<sup>27</sup>

Efectivamente, de acuerdo al marco constitucional que nos rige, los tribunales militares son competentes para conocer única y exclusivamente de los delitos o faltas contra la disciplina militar, cometidas por militares y, por lo mismo, ningún civil puede ser sometido a dicha jurisdicción. En el caso de que esté implicado un civil en los referidos delitos o faltas la instancia competente será la autoridad civil.

El que tribunales militares por ningún motivo puedan juzgar civiles es un avance significativo en el acondicionamiento de las fuerzas militares al comportamiento de un sistema democrático, a renglón seguido, estaría el tema de la objeción de conciencia.

Entiendo la resistencia del sector militar a mantener el fuero de guerra, pues les garantiza inmunidad en sus acciones, en particular en contra de los abusos que puedan cometer en contra de los derechos humanos. Insisto, es de aplaudir el acotamiento. Sin embargo, la tendencia será su desaparición, por supuesto, de mantenerse siempre un Estado de Derecho. Recuérdese el comportamiento del proceso de globalización al que hice referencia en un principio. El marco de reproducción es compatible con los pactos de convivencia e intercambio internacional. La tendencia, en suma, no es generar conflictos entre Estados nacionales. En lo interno, es compatible con la transformación que vive el país desde los años ochentas, pasando por los acontecimientos del año dos mil.

En este sentido, es inevitable la reforma constitucional en materia militar. Integrar constitucionalmente a las

<sup>27</sup> *Idem.*

fuerzas militares significa hacerles partícipes de los principios democráticos de un Estado de Derecho y, más aún, que no operen como una esfera autónoma del poder real junto al Estado, sino ‘en’ y ‘del’ Estado (...). Un Ejército tiene la fuerza, pero no el poder. El poder debe ostentarlo aquél al que el pueblo se lo otorgue legítimamente, y la fuerza que materializa el Ejército se constituye para que el poder otorgado pueda ejercerse sin que, desde el exterior o el interior, se atente a su normal desenvolvimiento.<sup>28</sup>

El fuero de guerra constituye, en estricto sentido, un instrumento disciplinario de la autoridad militar para sancionar delitos y faltas en el ámbito militar. Por esta razón, debe tener un límite subjetivo, y sólo aplicarse a los hombres de armas (...). Cuando el militar perpetra un delito común, cuando mata, viola, roba o estafa debe ser castigado conforme a las leyes comunes y juzgado por los jueces ordinarios.<sup>29</sup>

Es lenta la adecuación Estado de Derecho y jurisdicción militar en lo particular y, en lo general, de la justicia militar y de las fuerzas armadas en el marco constitucional. Por lo pronto, doy por hecho el acotamiento que aquí he comentado, así como la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, aunque, efectivamente, falta la expresión legal de las instancias competentes al respecto, como falta también, la propuesta de reforma constitucional en materia militar.

<sup>28</sup> Trillo-Figueroa, F.: *Las fuerzas armadas...*cit., p. 115.

<sup>29</sup> Jiménez de Asua, L., Antón Oneca, J.: *Tratado de Derecho Penal...*cit., t. II., p. 1365.

#### IV. Conclusiones

Lo expuesto tuvo como objetivo señalar algunos puntos que considero relevantes para abordar el fuero de guerra mexicano. La jurisdicción militar en tiempos de paz es un tema que siempre ha generado y generará diálogos encontrados.

Existen posturas a favor y en contra de mantenerlo, dadas las condiciones como las señaladas en un Estado democrático. En lo personal, teniendo en cuenta la historia mexicana sobre el tema, me pronuncio por su acotamiento. Sin embargo, considero que, al paso del tiempo, prevalecerá la postura del General Mújica. Dicho en otros términos, desaparecerá el fuero de guerra.

Ello en virtud, entre otras razones, porque a nivel internacional es cada vez menor la postura de fomentar el conflicto entre Estados nacionales. Asimismo, porque las fuerzas militares, en México, viven un proceso de adaptación a un nuevo comportamiento y forma de hacer política, desde la década de los ochentas y, en forma evidente, desde el año dos mil; y, finalmente, considero que una reforma constitucional en materia militar acotaría las responsabilidades del poder ejecutivo y legislativo en relación con las fuerzas armadas, pero, además, fijaría la responsabilidad de estas mismas en el marco constitucional; me refiero, por supuesto, al necesario mandato de las fuerzas armadas mexicanas en cuanto a su misión constitucional establecida explícitamente en ella. Misión que no puede ser otra sino la de garantizar la soberanía e independencia del Estado mexicano, así como la defensa de la integración territorial del mismo, de la Constitución y de las leyes que de ella emanen. Esta última cuestión es obligatoria dado que su carácter de servidores públicos ya les obliga, de acuerdo con el artículo 128 constitucional.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> El Art. 128.- de la Constitución establece: Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.



Esas nuevas tareas se exigen a las fuerzas militares, en los tiempos que vivimos, tareas que van, desde la ayuda por desastres naturales, producción de armamentos, redefinición de inteligencia militar, de seguridad interior hasta lucha contra la delincuencia organizada, entre otras.

Considero que, con el tiempo, los militares mantendrán un comportamiento de lealtad tanto a las instituciones como a la sociedad y, con ello, se comportarán en la sociedad democrática que vivimos, más que como fuerzas armadas de gobierno, de Estado. En suma, unas fuerzas militares participativas en el Estado más que del Estado.

Estimo que con el tiempo, efectivamente, *los militares generarán una actitud de lealtad al sistema democrático cuando vean que, al final del túnel de la pérdida de sus privilegios y de los cambios de su definición profesional, está la luz de unas nuevas misiones aceptadas por el sistema de una definición profesional que garantice su futuro corporativo.*<sup>31</sup>

En sentido riguroso, el fuero, la jurisdicción militar, constituye un eslabón disciplinario de la autoridad militar relacionada con delitos y faltas propias del ámbito militar, que tienen que ver con la disciplina de las mismas. Sancionado este aspecto, lo siguiente puede llevarse a cabo por la autoridad civil. La acotación del fuero de guerra es, por tanto, un primer paso.

En espera está la unidad jurisdiccional y, posiblemente, saldar el reclamo en contra de los tribunales militares que argumenta, por ejemplo, encubrir privilegios injustificados, falta de rigor técnico-jurídico en detrimento de las garantías que corresponden al justiciable,

<sup>31</sup> Serra. G.: *La transición militar...*cit., p. 59.

dificultades para lograr una efectiva independencia de los jueces y el riesgo de convertirse en instrumentos para reprimir cualquier intento de oposición directamente o, bien, mediante el abuso de leyes de excepción.<sup>32</sup>

## V. Bibliografía

- Badeni, Gregorio: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, 2<sup>a</sup>. Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- Casado Burbano, Pablo: *Iniciación al derecho constitucional militar*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1986.
- Castilla del Pino, Carlos: *Cuatro ensayos sobre la mujer*, Madrid, España, El Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, 1971.
- Cossío Díaz, José Ramón: *Voto particular, formulado en relación con el amparo en revisión 989/2009*. En sesión de diez de agosto de dos mil nueve el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de seis votos sobreseer el juicio de amparo en revisión 989/2009. González Licea, Genaro: “Reflexiones sobre fuero de guerra y seguridad nacional de cara al siglo XXI”, Artículo publicado en la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 3.
- González Licea, Genaro: *Sociedad, política y derecho en un marco globalizador*, publicación del autor, México, 2002.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, Tomo D-H, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2000.

<sup>32</sup> Casado Burbano, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar...*cit., pp. 82 y 83.



- Jiménez de Asua, L., Antón Onega, J.: *Tratado de derecho penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal*, 3º edición, Buenos Aires, Argentina, 1964.
- Reyes Echandía, Alfonso: *Obras completas*, Tomo I, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, , 1998.
- Serra, Garcís: *La transición militar. Reflexiones en torno a la reforma democrática de las Fuerzas Armadas*, Editado por Random House Mondadori, Barcelona, España, 2008.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Diario de debates del Congreso Constituyente de 1916-1917. Derechos del Pueblo mexicano*, México, 1998.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Informe 1938*, SCJN, Poder Judicial de la Federación.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomos XXXIX y XL.
- Trillo-Figeroa, Federico: “Las fuerzas armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)”, Revista de Estudios Políticos y Constitucionales, Número 12, Fundación Dialnet, Universidad de la Rioja, España, 1979.

#### Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

#### Grantismo judicial electoral a través del control de convencionalidad: el caso Cherán

José Alejandro Luna Ramos<sup>1</sup>

... los Derechos Humanos no es una moda transitoria, no es algo pasajero que hay que soportar por algún tiempo mientras se crean o reviven otros temas. Los Derechos Humanos son el tema de hoy y de siempre, porque son lo más valioso que el hombre tiene y es: su dignidad.

Jorge Carpizo<sup>2</sup>

**RESUMEN:** La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en junio de 2011, obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. De ella se deriva la aplicación del principio pro persona y del control de convencionalidad al momento de interpretar las normas de los derechos fundamentales. Desde antes de dicha reforma, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha aplicado el control de convencionalidad como método para ejercer un garantismo judicial. Por ello, el cambio constitucional viene a robustecer

<sup>1</sup> Presidente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

<sup>2</sup> *Tendencias actuales...*cit., p. 72.

sus criterios, expandiendo el modelo de la justicia electoral al resto de las autoridades. De esta manera, en México, la protección para los derechos político-electORALES, como derechos humanos que son, se ha diseñado a través del carácter activo y progresista de su máximo órgano jurisdiccional electoral. Este garantismo electoral quedó debidamente acreditado, ya con la reforma constitucional en cita y vigente, en el caso de la comunidad indígena de Cherán, Michoacán.

**SUMARIO:** Introducción. I. Naturaleza de los derechos político-electORALES. II. El control de constitucionalidad. III. El control de convencionalidad. IV. Garantismo en la Justicia electoral mexicana a través del control de convencionalidad: el *caso Cherán*. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## Introducción

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en junio de 2011, obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. De ella se deriva la aplicación del principio pro persona y del control de convencionalidad al momento de interpretar las normas de los derechos fundamentales.

Desde antes de dicha reforma, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha aplicado el control de convencionalidad como método para ejercer un garantismo judicial. Por ello, el cambio constitucional viene a robustecer sus criterios, expandiendo el modelo de la justicia electoral al resto de las autoridades.

De esta forma, en México, la protección para los derechos político-electORALES, como derechos humanos

que son, se ha diseñado a través del carácter activo y progresista de su máximo órgano jurisdiccional electoral. Este garantismo electoral quedó debidamente acreditado, ya con la reforma constitucional en cita y vigente, en el caso de la comunidad indígena de Cherán, Michoacán.

En las líneas que siguen se señalará cómo, al aplicar un control de la convencionalidad al momento de tomar sus decisiones, el Tribunal Electoral garantiza de una manera más amplia el disfrute de los derechos ciudadanos. En particular, se propone demostrar que, con la reforma constitucional en comento, se fortalece la protección de dichos derechos, pues el marco que dispone el control de convencionalidad, maximiza el contenido y alcance de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, de los derechos de la ciudadanía en el contexto de la democracia electoral mexicana. Convicción que el Tribunal Electoral ejerce con toda decisión en el caso de los grupos sociales menos favorecidos como lo son, señaladamente, los que integran los pueblos indígenas de nuestra nación pluricultural.

## I. Naturaleza de los derechos político-electORALES

### A. Los derechos humanos en el Estado constitucional

Cuando se escribe sobre derechos humanos, se refiere a aquellos derechos que son inherentes al individuo, por lo que afectarle su disfrute impacta de manera directa en su dignidad como persona.

Los derechos humanos tienen un innegable componente moral y filosófico y han encontrado un progresivo desarrollo a nivel internacional, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

La divulgación de los derechos humanos y su defensa ha permitido despertar conciencia e interés en

la población general. Quizás como un reflejo de lo que la cultura democrática del actual Estado constitucional ha conseguido a lo largo de su desarrollo. Por ello, en la formación de una teoría del garantismo, como diría Bobbio se promueve *la construcción de paredes maestras del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder.*<sup>3</sup>

En este sentido, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos expone, de manera contundente, el compromiso y la preocupación de los Estados:

*los pueblos (...) han reafirmado (...) su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.*<sup>4</sup>

#### **B. Los derechos político-electORALES EN EL CONTEXTO MEXICANO**

Es importante diferenciar los conceptos de derechos humanos de los de derechos fundamentales y de garantías individuales, para poder comprender la naturaleza de los derechos político-electORALES del ciudadano en el contexto mexicano.

En términos generales,<sup>5</sup> se consideran derechos humanos a los inalienables e imprescriptibles que poseen las personas por el sólo hecho de serlo. Aunque

<sup>3</sup> Bobbio, N.: *Prólogo...*cit., p.13.

<sup>4</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

<sup>5</sup> Para una mayor exposición al respecto de la diferenciación entre estos conceptos, revisese Fix-Fierro, H.: *Artículo 1º...*cit., pp. 1-7; Carbonell, M.: *Los derechos fundamentales...*cit., pp. 6-10.

generalmente los derechos humanos que se suelen recoger dentro de los textos constitucionales, no siempre coinciden. Para determinar qué derechos son *fundamentales* basta con recurrir al catálogo de derechos reconocidos por las constituciones políticas de los Estados; mientras que el concepto de *derechos humanos* pertenece más bien al ámbito del Derecho Internacional o de la doctrina.

Fue el constitucionalismo mexicano, de manera particular, el que desarrolló el concepto de garantías individuales,<sup>6</sup> de las que el Poder Judicial de la Federación ha referido que *no son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional establecido por la propia Norma Fundamental del país, para salvaguardar tales derechos.*<sup>7</sup> Es decir, se entiende por derechos humanos los inherentes al hombre reconocidos en el Derecho Internacional y, por derechos fundamentales, los que han sido contemplados en los textos constitucionales; por su parte las garantías individuales se conciben como la manera en que el texto constitucional protege los derechos fundamentales.

Bajo este entendido de términos, en su evolución los derechos humanos se han clasificado por *generaciones de derechos* de los que se distinguen, entre otros, los de seguridad jurídica, civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y ambientales.

Los derechos políticos se reconocen como derechos humanos a raíz de la Ilustración y los primeros textos constitucionales de Francia, Norteamérica y Cádiz,

<sup>6</sup> Desde el Acta Constitutiva de 1847 se empieza hablar de *garantías de libertad, seguridad propiedad e igualdad* (artículo 5), pero es en la Constitución de 1857 donde se acuñó el término *garantías individuales* (artículo 101, fracción I).

<sup>7</sup> Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IV, Octubre de 1996, p.547.

entendiendo que las personas, como integrantes del pueblo o nación, es decir, como ciudadanos, no son súbditos sometidos, sino que tienen el derecho de ser parte de los asuntos públicos, que es un derecho de carácter inalienable.<sup>8</sup>

Desde la postura del Estado constitucional, los derechos que garantizan la democracia deben considerarse fundamentales, comprendiendo, entre ellos, a los derechos políticos, pues es, a través de su ejercicio, que los ciudadanos pueden votar, ser votados, asociarse para fines políticos y participar en la organización y vigilancia de los procesos electorales.

En México, a raíz de históricos conflictos político-judiciales,<sup>9</sup> el juicio de amparo o de garantías dejó de contemplar, entre los derechos fundamentales protegidos, a los de carácter político,<sup>10</sup> vinculados directamente al modo de acceder al poder.

Lo anterior equivalió a dejar en estado vulnerable a los individuos respecto a sus derechos político-electORALES, pese a la mención expresa en la Constitución mexicana y los compromisos internacionales adquiridos, tras la ratificación del Pacto Internacional de los Derechos

<sup>8</sup> Fix-Fierro, H.: *Los derechos políticos...* cit., pp. 1-5.

<sup>9</sup> Nos referimos al *Amparo Morelos*, en 1870, generado por el cuestionamiento hecho a la reelección de Sebastián Lerdo de Tejada por José María Iglesias (en ese entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), y quien, de proceder dicho cuestionamiento, asumiría la Presidencia de la República en 1876; resaltó, en ese asunto, la interpretación de Ignacio L. Vallarta, realizada en 1881 respecto a que el Poder Judicial de la Federación debía abstenerse de conocer de asuntos políticos. Para revisar con mayor profundidad lo ocurrido en las resoluciones del *amparo Morelos* y la *Tesis Vallarta*, véase, González Oropeza, M.: *El amparo Morelos...* cit., pp. 811-836; , Fix-Zamudio, H.: "Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen..." cit., pp. 19-39;

<sup>10</sup> DERECHOS POLÍTICOS. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo. Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. VI, 9 de marzo de 1920 p.463.

Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Fue con las reformas constitucionales en materia electoral de 1994, 1996 y 2007, y las respectivas modificaciones a la normatividad secundaria, que se consolidó un sistema de justicia electoral en el que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es la máxima autoridad,<sup>11</sup> encargada del control de la constitucionalidad y legalidad de actos y resoluciones; para tal fin se ha establecido un sistema de medios de impugnación que garantiza la definitividad de las distintas etapas de los procesos electorales y la protección de los derechos político-electORALES de los ciudadanos, en los términos establecidos por los artículos 41 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La interpretación judicial en los últimos años y la reforma constitucional en materia de derechos humanos permitieron superar la postura reduccionista de ubicar en el contenido de los primeros veintinueve artículos constitucionales a los derechos fundamentales protegidos en el país.<sup>12</sup>

## II. El control de constitucionalidad

### A. Conflictos normativos

Una vez reconocida la esencia de *derechos humanos* de carácter político-electoral, y por lo tanto la relevancia de garantizarlos y protegerlos en su ejercicio, se procede a analizar las posibles soluciones de los conflictos

<sup>11</sup> Exceptuando la acción de inconstitucionalidad de leyes electorales, que son competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>12</sup> La Suprema Corte ha reconocido así, por ejemplo, el derecho al mínimo vital que se desprende del artículo 31, fracción IV de la Constitución (la obligación de contribuir al gasto público de manera proporcional y equitativa), interpretándolo en relación con los artículos 1, 3, 4, 6, 13, 25 y 27 de la Ley Suprema.

normativos que puedan presentarse con respecto a ellos.

Los conflictos de compatibilidad entre normas, señala Huerta Ochoa,<sup>13</sup> más allá de un problema lógico y/o racional de carácter jurídico, cuestionan la eficacia del sistema afectando su estabilidad. El conflicto por el contenido entre dos normas produce, ante la aplicación de una de ellas, el incumplimiento de la otra. Por ello, en la solución deberá revisarse si una de ellas no es válida o, en caso de serlo ambas, si una debe prevalecer por encima de la otra.

En el caso de normas de derechos humanos, la resolución de conflictos normativos se ha basado en México, de manera tradicional, en el control de constitucionalidad.

El Estado democrático de Derecho encuentra una de sus características esenciales en el principio de constitucionalidad, estableciendo así una jerarquía y coherencia en el sistema normativo.<sup>14</sup>

Por ello, sin entrar en mayor controversia,<sup>15</sup> en el Estado mexicano se desprende, de la interpretación del artículo 133, que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes generales expedidas por el Congreso<sup>16</sup> -y en ese orden- son Ley Suprema de la

<sup>13</sup> Huerta Ochoa, C.: *Conflictos normativos...*cit., pp. 205-249.

<sup>14</sup> Aja, E.: *Introducción al concepto...*cit., pp. 36-40.

<sup>15</sup> En el momento en que este artículo fue escrito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encontraba pendiente de resolver las contradicciones de tesis 21/2011 y 293/2011, respecto a la jerarquía de las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales de los que México es parte.

<sup>16</sup> Al respecto pueden revisarse las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se indican: **TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.** Tesis Aislada, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p.6; **LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN**

Unión, mientras que entre órdenes de gobierno -federal, estatal, municipal y el Distrito Federal- no existe jerarquía normativa, sino distribución competencial.

Con ello, podemos afirmar que el objetivo del control de constitucionalidad es evitar o superar los conflictos que se produzcan, garantizando así el correcto funcionamiento del Estado y, en consecuencia, el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, a través de la interpretación y con base en *opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.*<sup>17</sup>

En palabras de García de Enterría, de esta manera se asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un 'orden de valores' materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas.<sup>18</sup>

### B. Control concentrado y control difuso

A partir de la Segunda Guerra Mundial se habla de dos modelos de control de constitucionalidad por vía jurisdiccional:<sup>19</sup> el modelo concentrado o europeo y el modelo difuso o norteamericano.

En el modelo concentrado, se faculta a un solo órgano la competencia, en la mayoría de los casos a un tribunal constitucional, para actuar en los procesos específicos de control.

**DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.** Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p.5; **LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACION JERARQUICA, SINO COMPETENCIA ETERMINADA POR LA CONSTITUCION.** Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII, marzo de 1991, p.56.

<sup>17</sup> Pérez Luño, A.E: *Derechos humanos...*cit., p.278.

<sup>18</sup> García de Enterría, E: *La Constitución como...*cit., p. 97.

<sup>19</sup> Contra la idea generalizada de reducir a dos los modelos de control de constitucionalidad véase Cossío Díaz, J.R.: *Sistemas y modelos...*cit., p. 125.

Por su parte, el modelo difuso permite que la totalidad de órganos jurisdiccionales, en cualquier tipo de proceso, pueda realizar esa clase de control.

Además, cuando existe un modelo concentrado sus resoluciones tienen carácter *erga omnes*, por lo que se puede declarar la invalidez o nulidad de la norma con efectos generales. Mientras que, en los sistemas con modelo difuso, la resolución tiene como efecto la no aplicación de la norma al caso concreto, prevaleciendo para otros subsecuentes.

El modelo mexicano otorgaba al Poder Judicial de la Federación instrumentos específicos para ejercer el control de la constitucionalidad. Así lo indicaba la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia que se enuncia enseguida:

**CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.**

*La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales,*

*examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa exprofeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.<sup>20</sup>*

No obstante, con la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, el artículo 1º constitucional establece, en su tercer párrafo, que *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (...).* Por esta razón, a raíz de su entrada en vigor, y durante la discusión del expediente del Caso Radilla,<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Jurisprudencia, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. X, agosto de 1999, p.18.

<sup>21</sup> Para una revisión del Caso Radilla por el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos revisó hechos donde se discutió acerca de la desaparición forzada de personas y el fuero militar mexicano, véase, García Ramírez S., Del Toro Huerta, M.I.: *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa-UNAM, México, 2011, 95-100. La revisión que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca del cumplimiento de las obligaciones e implicaciones de dicho caso se dio a través del expediente Varios 912/2010. Resolución del 14 de julio de 2011, aprobada por mayoría de siete votos. El Tribunal Pleno, el 28 de noviembre de 2011, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: «Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.'y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS ENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN., conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cambió su interpretación, al inicio de la Décima Época de la jurisprudencia federal mexicana:<sup>22</sup>

*SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.*

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

<sup>22</sup> Acuerdo General 09/2011, adoptado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 29 de agosto de 2011.

*más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.<sup>23</sup>*

De esta manera, podemos afirmar que México cuenta con un modelo mixto de control de constitucionalidad, que se hizo obligatorio gracias a la entrada en vigor de la multicitada reforma constitucional de junio de 2011; a través de ella se garantiza un mayor disfrute de los derechos fundamentales a las personas porque existe un control difuso de constitucionalidad respecto a la protección de los derechos humanos, en el que todos los jueces deberán inaplicar la norma secundaria que los vulnere, y un control concentrado de constitucionalidad; este último a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que revisa actos y normas a través de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

### **III. El control de convencionalidad**

#### **A. Implicaciones de los tratados internacionales**

Las relaciones entre los Estados se rigen por el Derecho Internacional Público, cuya normatividad se nutre de los tratados internacionales, la costumbre jurídica, los principios generales del derecho, y se apoya en la jurisprudencia y la doctrina.<sup>24</sup>

En este sentido, México suscribió, en 1969, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, misma que aprobó el Senado en 1972, y entró en vigor en 1980.

El artículo 26 de dicha Convención, ubicado en la Parte III sobre la observancia, aplicación e interpretación

<sup>23</sup> Tesis Aislada, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. III, diciembre de 2011, p. 557.

<sup>24</sup> Véase Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>



de los tratados, establece el principio *Pacta sunt servanda: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*. De este modo, con las salvedades de las cláusulas de reserva e interpretativas que las naciones puedan establecer, los contenidos de las normas internacionales obligan a las partes que las han suscrito. Y se ha señalado, para tal fin, en el artículo 27 de esa Convención, que *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*.

Estas obligaciones se ven reforzadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando el fundamento de los mismos ya no son las relaciones entre los Estados, sino la protección de la persona.

Así, por ejemplo, existe una obligación de los Estados para adecuar su Derecho interno a las disposiciones internacionales y garantizar así los derechos previstos en ellas, y que las medidas que éstos tomen sean efectivas (*principio de effet utile*).<sup>25</sup>

Considerando lo anterior, México es un actor importante en el Derecho Público Internacional, donde específicamente en materia de derechos humanos es parte de 47 tratados multilaterales.<sup>26</sup> De tal suerte, que el país se ha comprometido al cumplimiento de normas que promueven y garantizan el disfrute de un amplio catálogo de derechos humanos.

Y para supervisar la observancia por todos los Estados parte de dicha normatividad se han creado modelos e instrumentos destinados al control de la convencionalidad, entendiendo que el control de la convencionalidad confronta el hecho realizado con las normas de la convención o tratado.

<sup>25</sup> Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>26</sup> Datos de la página de Internet de la Secretaría de Relaciones Exteriores, de 3 de abril de 2012. [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx).

## B. Control concentrado y control difuso de la convencionalidad

Como sucede con el control de constitucionalidad, también existe, para la supervisión de las normas de carácter internacional, los modelos de control concentrado y difuso.

En principio, son los propios tratados los que establecen las instancias de supervisión, control e interpretación de sus normas. Así, por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas determina que la Corte Internacional de Justicia dirimirá las controversias entre Estados, de acuerdo con la normatividad internacional de la ONU; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuenta con el Comité de Derechos Humanos para la solución de controversias y la Convención Americana de Derechos Humanos estableció que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolviera los conflictos generados por el incumplimiento de la convencionalidad de la región.

No obstante, existen diversas corrientes e instancias que consideran que el control de convencionalidad debe ejercerse de manera difusa; estiman que, en un primer momento, por las autoridades nacionales, con el propósito de minimizar la posible afectación en los derechos de los individuos.

Desde el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece que *la protección internacional es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*; por ello, la propia Corte Interamericana ha reconocido que:

*la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la*

*jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta ‘coadyuvante o complementaria’ de la interna.*<sup>27</sup>

En 2006, la Corte Interamericana estableció su doctrina del control difuso de convencionalidad, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,<sup>28</sup> señalando que la obligación de adoptar medidas internas para la aplicación de la Convención Americana no sólo implica una actividad legislativa; sobre este aspecto, consideró que, cuando ésta no se presentase, el Poder Judicial, como órgano del Estado parte, se encuentra también vinculado y, por tanto, debe abstenerse de aplicar cualquier norma contraria a ella. En su defecto, cuando las instancias judiciales aplican una ley violatoria de la Convención se genera responsabilidad internacional del Estado.

Dicha Corte va más allá en la elaboración de su doctrina sobre el control difuso de la convencionalidad, pues estima que, de hecho, los jueces nacionales no sólo deben tener en cuenta el tratado, sino también los criterios que ella misma ha generado, como intérprete último de la Convención Americana.<sup>29</sup>

Esta interpretación fue precisada meses después respecto a que el control de convencionalidad procede *ex officio*, sin necesidad de que las partes lo soliciten y que debe ejercerse dentro del marco de las competencias de las autoridades respectivas y de las regulaciones procesales

<sup>27</sup> Véase caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 párrafo 61.

<sup>28</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor refiere a la existencial con anterioridad de votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez, (*Reflexiones sobre el control...*cit., p.265).

<sup>29</sup> Véase Caso *Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafos 123 y 124. Para una mayor aproximación a los casos en los que la Corte Interamericana a reiterado este criterio véase Ferrer Mac-Gregor, *op.cit.*, pp. 266-267.

correspondientes, teniendo en cuenta otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.<sup>30</sup>

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló, recientemente, que, conforme a lo previsto en el artículo 1º de la Constitución, todas las autoridades del país, en su ámbito competencial, tienen la obligación de velar por los derechos humanos contenidos en ese texto, y, además, en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano; asimismo, precisó que, en esta tarea, deberán adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, aplicando el principio *pro persona*. De esta manera, es posible determinar, interpretando dicho mandato con lo establecido por el artículo 133, el marco en el que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. Aun cuando los jueces no puedan hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico la norma contraria a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, sí están facultados para dejar de aplicar las normas inferiores.<sup>31</sup>

Para ello, se consideró que el parámetro, en el análisis de este tipo de control, los jueces deberán ejercerlo sobre la base de todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, de la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, además de todos los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, así como de los

<sup>30</sup> Véase Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

<sup>31</sup> Véase la tesis cuyo rubro es *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD*. Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, Décimaa Época, diciembre de 2011, p. 535.

criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que deriven de sentencias alusivas a México, y de los que sean orientadores de las resoluciones de dicha Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.<sup>32</sup>

#### **IV. Garantismo en la Justicia electoral mexicana, a través del control de convencionalidad: el caso Cherán**

Como se señaló al inicio de este texto, la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación y la creación de un amplio sistema de medios de impugnación en la materia, consolidaron la defensa de los derechos político-electORALES del ciudadano.

En este proceso, destaca la reforma constitucional en materia electoral de 2007, que facultó a la instancia jurisdiccional electoral de la Federación para inaplicar normas que estuvieran en contra del contenido constitucional.<sup>33</sup>

Al respecto, la interpretación que, desde 1996, los integrantes de la Sala Superior y las Salas Regionales han dado a los derechos humanos ha sido progresista y garantista, reconociendo, por una parte, que los tratados internacionales son parte del orden jurídico nacional y que, en términos de lo previsto por el artículo 133 constitucional,<sup>34</sup> se ubican en un rango superior a

<sup>32</sup> Véase la tesis cuyo rubro es *PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*. Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, Décima Época, diciembre de 2011, p. 551.

<sup>33</sup> Debe recordarse que, por ejemplo, en el caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que existieron violaciones al derecho del ciudadano por no existir en el ordenamiento jurídico mexicano un recurso judicial eficiente para defender sus pretensiones. (Véase la Resolución de 6 de agosto de 2008).

<sup>34</sup> Véase la jurisprudencia 14/2007, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, Año 1, Número 1, 2008, pp. 24-25.

la legislación federal y local,<sup>35</sup> basados en los criterios contenidos en resoluciones en las que el Estado mexicano fue parte.<sup>36</sup>

El máximo órgano jurisdiccional en materia electoral considera que, para proteger mejor los derechos humanos, no basta con aplicar un control de constitucionalidad sino que, buscando favorecer en todo tiempo la protección más amplia de las personas, es necesario aplicar las normas de derechos humanos de los tratados internacionales ratificados por México, así como los criterios que los órganos internacionales competentes les han dado a las mismas.

En este punto, el criterio respecto al mandato constitucional es contundente: todas las autoridades deben realizar las medidas necesarias para garantizar los derechos humanos. De no hacerlo así, pese a cualquier pretexto o justificación de legalidad, se vulnera la dignidad de las personas que debe resarcirse inmediatamente.

La interpretación respecto al control de convencionalidad se remonta a la integración anterior del tribunal electoral. Por ejemplo, desde 2001, el tribunal, al establecer la tesis cuyo rubro es *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRINCIPIO VIGENTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL*,<sup>37</sup> hizo una interpretación conforme a los artículos 14, apartado 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el numeral 23, párrafo 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en

<sup>35</sup> Véase la jurisprudencia 8/2011. Cuarta Época. Disponible en [www.te.gob.mx](http://www.te.gob.mx)

<sup>36</sup> Véase la resolución de 1º de junio de 2010, dictada en el expediente SUP-JDC-132/2010.

<sup>37</sup> Véase la tesis LIX/2001. Tercera Época. Justicia Electoral en la Revista del Tribunal Electoral...cit., suplemento 5, p. 121.

Materia Electoral, para concluir que dicha presunción jurídica *se traduce en un derecho subjetivo de los gobernados a ser considerados inocentes de cualquier delito o infracción jurídica, mientras no se presente prueba bastante que acredite lo contrario*, siendo un principio del Estado constitucional y democrático de derecho mexicano, independientemente de que la resolución sea administrativa o jurisdiccional.

En 2003,<sup>38</sup> al resolver la procedencia respecto al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra actos de los partidos políticos, se formuló una interpretación conforme al artículo 17 de la Constitución, junto con el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en esa interpretación si bien no se contemplaba expresamente en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación, se potenció el derecho de toda persona *a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... o para la determinación de sus derechos (...)*.

Debe señalarse que los juicios ciudadanos no han sido la única vía para realizar interpretaciones conforme a la convencionalidad, pues, al resolver el juicio de revisión constitucional electoral 221/2003,<sup>39</sup> la Sala Superior concluyó que establecer una limitación a la libertad de expresión de determinados funcionarios son medidas proporcionales y necesarias para proteger otros derechos fundamentales como la libertad de sufragio y la no presión en las elecciones, de acuerdo con lo establecido en los artículos 19, párrafo 3, y 22, párrafo 2, del Pacto

<sup>38</sup> Véase la resolución del expediente SUP-JDC-084/2003, de 28 de marzo de 2003.

<sup>39</sup> Véase la resolución de 29 de octubre de 2003.

Internacional de Derechos Humanos y 13, párrafo 2, y 16, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La aplicación del Derecho Internacional en el ámbito electoral ha permitido garantizar, de una manera más amplia, los derechos de los justiciables, como se demuestra de la lectura y el análisis de las sentencias que se ha venido refiriendo.

#### A. **Garantismo electoral indígena: el caso Cherán**

Un caso paradigmático que refleja lo anterior, es el de la sentencia dictada en el juicio ciudadano 9167/2011,<sup>40</sup> donde específicamente se potenciaron los derechos de acceso a la justicia, de libre autodeterminación y de consulta de los ciudadanos indígenas del municipio de San Francisco de Cherán, Michoacán.

En ese juicio, los integrantes de la comunidad solicitaron al Instituto Electoral de Michoacán que realizara los actos necesarios para que sus elecciones municipales se efectuaran bajo el sistema de usos y costumbres, y no bajo el sistema de elección occidental que establecía la Constitución local.

El Instituto Electoral local determinó que carecía de competencia para conocer el caso y, por lo tanto, no dio entrada a la petición de los integrantes de la comunidad indígena, argumentando que no había regulación legal.

Ante esto, los solicitantes interpusieron un juicio ciudadano federal arguyendo que había existido conciliación a diversas disposiciones de la Constitución Federal, así como de la Constitución local y de instrumentos internacionales.

La Sala Superior resolvió en el sentido de revocar el acuerdo impugnado, otorgando la razón a los actores

<sup>40</sup> Véase la resolución de 2 de noviembre de 2011.



y ordenó al Instituto Electoral local que instrumentara todas las medidas administrativas necesarias, suficientes y que resultaran razonables para que se resolviera en definitiva la petición de los ciudadanos indígenas y, con ello, quedaran garantizados sus derechos fundamentales.

Cabe indicar que, con base en ello y mediante decreto número 442 de 2011, el Congreso del Estado de Michoacán determinó que se llevara a cabo (22 de enero del 2012) la elección de autoridades municipales de Cherán, con el sistema de usos y costumbres, como ocurrió en efecto.

En específico, respecto al derecho de acceso a la justicia, se reconoció que, en los casos donde las colectividades indígenas y los individuos quienes las integran sean parte, individual o colectivamente, el órgano judicial competente tiene el deber, al conocer y resolver de la controversia, de interpretar las disposiciones constitucionales y legales que rigen el proceso y la materia del litigio, con especial consideración de las normas consuetudinarias indígenas y de las particulares condiciones o cualidades culturales del pueblo o comunidad de que se trate; estas normas comprenden los modos de vida y las costumbres, los conocimientos y el grado de desarrollo artístico, científico o industrial de un grupo humano socialmente cohesionado, que les identifique entre sí y les permita autoadscribirse como miembros de ese grupo social.

La Sala Superior determinó que el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción estatal tiene, en las cuestiones indígenas, un contenido normativo más amplio. Ello en virtud de que la finalidad es atender en última instancia a las condiciones fácticas en que se hallan los integrantes de los pueblos y comunidades, que tradicionalmente han obstaculizado el ejercicio de sus derechos, colocándolos en una situación de discriminación jurídica; a este respecto,

se subrayó que esto último es el factor que, a su vez, ha evitado que dicha población solucione sus problemas acudiendo a los tribunales o que lo hagan en condiciones realmente equitativas.

Se consideró, asimismo, que la suplencia de la queja debe realizarse no sólo respecto a la deficiencia de los motivos de agravio, sino a la ausencia total, sin más limitaciones que las derivadas por los principios de congruencia y contradicción;<sup>41</sup> para ello, se tomó en cuenta lo que establecen los artículos 2, apartado A, fracción VIII, 17 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 23, apartado 1, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; 2, 4, 9, 14 y 15 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación; 2, 4, apartado 1 y 12, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y 1, apartado 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta manera se cumple con el deber u obligación de adoptar medidas positivas y compensatorias a favor de las colectividades que se hallan en esa situación de desigualdad real o material, ya que dichas medidas no se limitan a las expresamente previstas en la ley, sino que es admisible el empleo de otras.

El Tribunal Electoral encontró soporte a su decisión en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,<sup>42</sup> que establece entre sus disposiciones:

<sup>41</sup> Véase la Jurisprudencia 13/2008. Cuarta época. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, *Tribunal Electoral...cit.*, Año 2, Número 3, pp. 17-18.

<sup>42</sup> Adoptado por la Conferencia General de dicho organismo internacional el 27 de junio de 1989, ratificado por México el 5 de septiembre de 1990 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1991.

- 1) La responsabilidad de los gobiernos de desarrollar una acción coordinada y sistemática para la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas debe incluir medidas que:
  - a) aseguren a sus integrantes gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorgue a los demás miembros de la población,
  - b) promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, con pleno respeto a su identidad social y cultural, sus tradiciones y costumbres y sus instituciones y,
  - c) ayuden a sus miembros a eliminar las diferencias socioeconómicas existentes respecto del resto de la población;
- 2) La obligación de adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas, y
- 3) Las colectividades indígenas deben tener protección respecto a la violación de sus derechos y, por tanto, contar con acceso a procedimientos legales que les permitan asegurar de manera efectiva semejantes derechos.

También se apoyó el razonamiento en el criterio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido respecto de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, el cual señala:

*de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar*

*su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.<sup>43</sup>*

Con la medida especial, una suplencia amplia de la queja, la Sala Superior considera que se logran atemperar las consecuencias derivadas de la situación de desigualdad. Por otro lado, respecto al derecho a la libre determinación y la autonomía, reconocido en el artículo 2º, quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el máximo órgano jurisdiccional electoral entiende que es la base del ejercicio de una serie de derechos específicos relacionados con los ámbitos de decisión política, económica, social y jurídica al interior de las comunidades que forman parte de los pueblos indígenas; por tanto, se estima que ese derecho debe ser respetado por el Estado mexicano para garantizar las expresiones de identidad de dichos pueblos y sus integrantes.

Además en la Sala Superior, en sus consideraciones, refirió lo que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha tenido en cuenta para aplicar el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a los pueblos indígenas.<sup>44</sup>

El derecho de autodeterminarse de los pueblos indígenas encuentra su razón de ser en cuanto es indispensable para la preservación de sus culturas, las

<sup>43</sup> Véase el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sobretodo, la sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 51.

<sup>44</sup> Tal y como se advierte en los párrafos 7 y 8 de la determinación CCPR/C/79/Add.105 de 7 abril de 1999 *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá*; en ella dicho Comité afirmó que el derecho a la autodeterminación, establecido en el artículo 1, protege a los pueblos indígenas, *inter alia*, en el disfrute de sus derechos sobre las tierras tradicionales.



cuales constituyen un componente esencial de un Estado que, como el mexicano, se declara e identifica a sí mismo y frente a la comunidad internacional con una composición pluricultural sustentada originalmente en tales culturas.

En efecto, la personalidad distintiva de los pueblos indígenas no sólo es cuestión de lengua y otras expresiones culturales, sino el resultado de la reproducción social permanente del grupo a través del funcionamiento de sus propias instituciones sociales y políticas. De ahí que generalmente el mantenimiento de la identidad étnica se encuentre estrechamente vinculada con el funcionamiento de esas instituciones.

Esta situación social representa el doble desafío para dichos pueblos. En primer lugar, conseguir un reconocimiento que combine medidas que les permitan un lugar de participación activa dentro del Estado; y en segundo término, al mismo tiempo, establecer una serie de medidas compensatorias para impulsar su viabilidad y, así, dotar a los pueblos indígenas de las condiciones materiales y jurídicas necesarias a efecto de mantenerse como comunidades y desarrollarse desde un proyecto propio en el marco del Estado nacional.

La Sala Superior consideró que el derecho a la libre determinación comprende cuatro elementos: autoafirmación, autodefinición o autoadscripción, autodelimitación y autodisposición. El derecho de autoafirmación otorga a los pueblos indígenas la capacidad exclusiva de proclamarse existente, mientras el de autodefinición le permite determinar, por sí mismo, quiénes son las personas que lo constituyen; en tanto que la autoadscripción permite a los sujetos en lo particular identificarse como miembros de dichos pueblos; el derecho de autolimitación le posibilita determinar, por sí mismo, las demarcaciones de su territorio; y el de autodisposición

consiste en la posibilidad de organizarse de la manera que más le convenga en el ámbito político, social, económico y cultural.<sup>45</sup>

Bajo esa perspectiva, el Tribunal Electoral determinó que el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación constituye el principio que articula y engloba una serie de derechos específicos que constituyen manifestaciones concretas de autonomía, como son:

- Autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural (artículos 2º, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7 y 8, apartado 2, del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Convenio, así como 5 y 20 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).
- Autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, especialmente, la dignidad e integridad de las mujeres (artículos 2º, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8, apartado 2, del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Convenio, así como 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

<sup>45</sup> De Obieta Chalbaud, J.A.: *El derecho humano...*cit., pp. 63-101.

- Autonomía para elegir a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, siguiendo sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, en el entendido de que debe garantizarse la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones (artículos 2º, apartado A, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 5, apartado b), y 8 del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Convenio, así como 4, 5, 20 y 33 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).
- Autonomía para acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, por lo que debe garantizarse en todos los juicios y procedimientos en los que sean parte, individual o colectivamente, que se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetándose los preceptos constitucionales (artículos 2º, apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2, 5 y 8, apartados 1 y 3, del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Convenio, así como 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

En su fundamentación, el Tribunal Electoral reconoció que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas si bien, por provenir de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, no es vinculante, representa

el desarrollo dinámico de las normas internacionales y refleja el compromiso de los Estados parte de dirigir en ciertas direcciones sus actividades, a la luz de ciertos principios.

En este sentido, el derecho para elegir a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno tiene el propósito explícito de fortalecer la participación y representación política de estos grupos étnicos; ese derecho se perfila como manifestación específica de esa libertad de manera y forma de vida y es uno de los elementos centrales en los derechos de estos individuos, comunidades y pueblos; así lo disponen las fracciones III y VIII del apartado A del artículo 2º constitucional, los artículos 2, apartado 2, inciso b), 4, apartado 1, 5, inciso b), y 8 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y 4, 5 y 20 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Dado que la Constitución obliga a realizar una interpretación pro persona de los derechos humanos se debe, entre otras acciones, interpretar con criterio extensivo tales derechos para potenciar su ejercicio, buscando la protección más amplia; los magistrados entendieron que el derecho al autogobierno engloba todas las manifestaciones concretas y medidas específicas a las que se ha hecho referencia, las cuales implican, entre otras cuestiones, el derecho a elegir a sus autoridades, su forma de organización, así como el derecho a la consulta de todas las medidas de las autoridades estatales que les afecten.

La interpretación hecha implica también el derecho de las comunidades indígenas a determinar -en cualquier momento- si las elecciones de sus autoridades deben realizarse por el sistema legal ordinario o, bien,

mediante sus usos y costumbres; sobre este punto debe considerarse que la manifestación esencial de ese derecho lo constituye, precisamente, la posibilidad de decidir la forma de organización para atender sus asuntos internos y locales. Esto es así porque el principio de universalidad implica que los derechos indígenas son exigibles en cualquier contexto político, jurídico, social y cultural, así como en cualquier momento y lugar, de tal forma que su reconocimiento o cumplimiento por las autoridades no queda a su arbitrio.

También se observaron los principios de interdependencia e indivisibilidad, porque, como se ha visto, el derecho al autogobierno constituye una vertiente del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, el cual articula y engloba todas las manifestaciones concretas de autonomía de dichos pueblos; este derecho al autogobierno forma parte de dicho entramado y viene a constituir una parcela esencial para el ejercicio de la autodeterminación de tal comunidad y un elemento fundamental para el respeto y defensa de los restantes derechos de sus integrantes. Se hace notar que con ello, sobre todo, se atiende a un principio de progresividad, en virtud de que, a lo largo de los dos últimas décadas, se han realizado avances importantes en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, tanto nivel nacional como internacional y que, en nuestro país, se articularon los derechos a la libre determinación de los pueblos indígenas y, como una de las concretas manifestaciones de autonomía, al autogobierno.

Lo anterior resulta relevante porque es insuficiente que la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte establezcan un conjunto de derechos por medio de los cuales se afirme el reconocimiento y protección del

derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Por ello, es preciso que las autoridades, en el ejercicio del poder público, los respeten y, ante cualquier concurrencia, se garanticen también las vías para hacer factible este derecho en la práctica. De lo contrario, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas correría el riesgo de verse convertido en *letra muerta*.

Esos derechos, al formar parte de la Constitución y del orden jurídico nacional, deben ser aplicados por las autoridades de todos los niveles sin necesidad de que para ello exista una ley secundaria. Si la Constitución o las leyes establecen un derecho, pero la ley no establece un proceso para su protección, esta circunstancia no implica impedir su ejercicio ni facultar a la autoridad, mucho menos, a vulnerarlos; esta omisión obligaría a que se instaurara un proceso encaminado a proteger el Derecho, en el cual se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.

Por último, en los efectos de la sentencia, el Tribunal Electoral ordenó al Instituto Electoral local que realizará una consulta en la población para revisar si existían condiciones de organizar comicios por usos y costumbres en el Municipio de Cherán. También el tribunal dispuso que, en la realización de las consultas y la adopción de las medidas correspondientes, se deberían atender a los principios establecidos tanto en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes como en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; conforme a estos ordenamientos, las consultas a los pueblos indígenas en las cuestiones que les afectan deben realizarse en observancia de los principios siguientes:

1. *Endógeno: el resultado de dichas consultas debe surgir de los propios pueblos y comunidad indígenas para hacer frente a necesidades de la colectividad;*
2. *Libre: el desarrollo de la consulta debe realizarse con el consentimiento libre e informado de los pueblos y comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo;*
3. *Pacífico: deberá privilegiar las medidas conducentes y adecuadas, para que se establezcan todas las condiciones de diálogo y consenso que sean necesarias para evitar la generación de violencia o la comisión de cualquier tipo de desordenes sociales al seno de la comunidad;*
4. *Informado: se debe proporcionar a los pueblos y comunidades indígenas todos los datos y la información necesaria respecto de la realización, contenidos y resultados de la consulta a efecto de que puedan adoptar la mejor decisión. A su vez dichos pueblos y comunidades deben proporcionar a la autoridad la información relativa a los usos, costumbres y prácticas tradicionales, para que en un ejercicio constante de retroalimentación se lleve a cabo la consulta correspondiente;*
5. *Democrático: en la consulta se deben establecer los mecanismos correspondientes a efecto de que puedan participar el mayor número de integrantes de la comunidad; que en la adopción de las resoluciones se aplique el criterio de mayoría y se respeten en todo momento los derechos humanos;*
6. *Equitativo: debe beneficiar por igual a todos los miembros, sin discriminación, y contribuir a reducir desigualdades, garantizando la*

- participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones;*
7. *Socialmente responsable: debe responder a las necesidades identificadas por los propios pueblos y comunidades indígenas, y reforzar sus propias iniciativas de desarrollo; debe promover el empoderamiento de los pueblos indígenas y especialmente de las mujeres indígenas;*
  8. *Autogestionado: las medidas que se adopten a partir de la consulta deben ser manejados por los propios interesados a través de formas propias de organización y participación.<sup>46</sup>*

Lo anterior obedece a que en la legislación nacional no existe regulación sobre consultas indígenas, por lo que existiendo normatividad internacional vigente y obligatoria para el Estado mexicano, se recurrió a los instrumentos internacionales para asegurar este derecho.

Con esta resolución, el tribunal garantizó el pleno acceso a la justicia de los actores, así como la protección de su derecho político-electoral a la comunidad indígena de elegir a sus representantes por medio de elecciones con base en sus usos y costumbres.

El no haber realizado una interpretación de esa manera, alegando falta de regulación legislativa, hubiese significado dejar en indefensión a los ciudadanos indígenas, y convertido, en *letra muerta*, los derechos consagrados en nuestro ordenamiento nacional.

La normatividad internacional en materia de derechos humanos y los criterios que los órganos competentes han generado respecto a las mismas, como parte de nuestro sistema jurídico, fortalecen el goce y disfrute de los derechos fundamentales, como se ha demostrado.

---

<sup>46</sup> Véase Considerando Noveno de la resolución de 2 de noviembre de 2011, dictada en el expediente SUP-JDC 9167/2011.

Así, como en el caso de San Francisco Cherán, esta interpretación garantista del tribunal electoral,<sup>47</sup> a través de un control de convencionalidad de los actos y resoluciones, ha protegido el derecho a la información,<sup>48</sup> el ejercicio de la libertad de expresión,<sup>49</sup> también ha reconocido, con apoyo en los principios rectores establecidos por el constituyente mexicano y en los pactos internacionales signados por el Estado mexicano, la obligación de respetar y proteger la honra y reputación de los demás,<sup>50</sup> entre otros.

Además, para robustecer el goce de los derechos, los magistrados integrantes de las salas del tribunal sostienen que los principios constitucionales de legalidad y certeza son fundamentales para no poner en riesgo los derechos de los ciudadanos,<sup>51</sup> y, finalmente, en los magistrados parece quedar claro que la limitación de cualquier derecho humano debe soportarse en un análisis de congruencia, necesidad y proporcionalidad, ante deber de estar encaminada a protegerlo e incluso potenciarlo.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Desde el año 2006.

<sup>48</sup> Ello con base en los artículos 6, 7 y 41, base III, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 350, párrafo 1, inciso b), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; véase la jurisprudencia 29/2010. Cuarta época. (Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 7, 2010, pp. 38-39).

<sup>49</sup> De acuerdo a los artículos 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; véase la jurisprudencia 11/2008. Cuarta época. (Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 2, Número 3, 2009, pp. 20-21).

<sup>50</sup> Véase la jurisprudencia 14/2007. Cuarta época. (Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 1, Número 1, 2008, pp. 24-25).

<sup>51</sup> Véase la resolución, de 26 de agosto de 2011, dictada en el expediente SUP-JDC-641/2011.

<sup>52</sup> Véase la resolución, de 1º de marzo de 2012, dictada en el expediente SUP-JDC- 194/2012.

De esta manera, durante el período del 1 de noviembre de 2010 al 31 de octubre de 2011, en ciento quince sentencias las salas de ese órgano jurisdiccional aplicaron diecisiete instrumentos internacionales relacionados con derechos humanos, civiles y políticos. De estas sentencias cuarenta y tres fueron dictadas por la Sala Superior, treinta y cuatro por la Sala Distrito Federal, veintisiete por la Sala Toluca, ocho por la Sala Xalapa y dos por la Sala Guadalajara.<sup>53</sup>

Con ello, los magistrados electorales del orden federal han entendido que una interpretación conforme, bajo el principio *pro persona*, no consiste únicamente en dejar de aplicar las normas nacionales cuando sean contrarias a los derechos humanos protegidos por la Constitución y los tratados internacionales; ello como consecuencia de que en dichas normas se encuentran también los principios, valores y reglas que el propio ordenamiento consagra y, por tanto, entienden que, en un primer momento, se debe buscar su armonización desechando aquellas interpretaciones incompatibles, garantizando así el máximo disfrute de los derechos, pero también la permanencia y constante aplicación del orden jurídico nacional.

Más aún, la Sala Superior acordó abrir una nueva época de la jurisprudencia electoral,<sup>54</sup> correspondiente a la quinta, redimensionando el marco de protección de los derechos humanos y consolidando la interpretación jurídica *pro persona*. Lo anterior no se trata de una simple formalidad, sino de puntualizar el compromiso institucional por la plena garantía y maximización de los derechos humanos.

<sup>53</sup> A mayor abundamiento véase el *Informe de Labores 2010-2011* del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

<sup>54</sup> Véase el Acuerdo General de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación número 4/2011, de veintidós de Noviembre de dos mil once.

## V. Conclusiones

Los derechos político-electorales, como derechos humanos que son, tienen una protección constitucional y convencional, por lo que su violación tiene una afectación directa en la dignidad de las personas.

Hoy, México atraviesa una transformación constitucional derivada de la reforma en materia de derechos humanos aprobada por el constituyente permanente en junio de 2011; esta reforma representa uno de los actos legislativos más relevantes de las últimas décadas por el cambio radical que implica en el funcionamiento de las instituciones estatales.

A partir de dicha reforma, todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Para ello, deberán aplicar e interpretar las normas de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, haciendo uso del principio *pro persona*.

México se suma, así, a Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela, como naciones de América Latina que conceden este estatus constitucional y, por tanto, muestran su pleno interés en proteger los derechos humanos.

De esta manera, es mandato ejercer el control difuso de convencionalidad, ya que deriva de lo dispuesto en el nuevo texto constitucional, el principio *pacta sunt servanda* del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, las obligaciones de respetar derechos, de adoptar disposiciones de Derecho Interno y de interpretar la norma de la manera más favorable contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; a ello se suma la aceptación expresa de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación de ese tipo de control resultante del análisis que realizó del *Caso Radilla*, a la luz de la reforma en materia de derechos humanos.

La aplicación de este control, como se demostró en el análisis del caso Cherán, representa una protección garantista de los derechos humanos de los ciudadanos, por lo que la práctica respecto a este mandato constitucional debe extenderse pronto a todas las autoridades mexicanas. No cabe justificación basada en la mera legalidad para negarse a ello.

Como recuerda Luis Vigo, es necesario actuar respecto a los mandatos constitucionales, particularmente a quien toca vigilar su observancia para lograr que el orden normativo y los valores que él mismo consagra se encuentren presentes en la sociedad, de manera que la interpretación jurisdiccional incentive el sentimiento constitucional.<sup>55</sup>

Por ello el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación viene ejerciendo, en la última década, el control de convencionalidad, como método de protección de los derechos político-electorales del ciudadano, lo cual constituye una interpretación vanguardista en la justicia mexicana, que hoy se extiende a los demás juzgadores del país.

## VI. Bibliografía

- Aja, Eliseo: “Introducción al concepto actual de Constitución”, en *¿Qué es una Constitución?*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.
- Bobbio, Norberto: “Prólogo”, en *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2001.

<sup>55</sup> Luis Vigo, R.: *Interpretación constitucional...*cit., pp. 107-109.

- Carpizo, Jorge: “Tendencias actuales de los Derechos Humanos”, *Derecho Humanos y Ombudsman*, Porrúa, México, 2003.
- Carbonell, Miguel: *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2011.
- Cossío Díaz, José Ramón: *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, IIJ-UNAM, México, 2011.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad (A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México)”, en *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México*, Miguel A. Porrúa-Senado de la República, México, 2011.
- Fix-Fierro, Héctor: *Los derechos políticos de los mexicanos*, UNAM, México, 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor: “Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen y los derechos políticos”, en *A cien años de la muerte de Vallarta*, UNAM, México, 1994.
- García de Enterría, Eduardo: “La Constitución como norma jurídica”, en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- García Ramírez, Sergio, y Del Toro Huerta, Mauricio Iván: *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa-UNAM, México, 2011.
- González Oropeza, Manuel: “El amparo Morelos”, en *Estudios en homenaje del doctor Jorge Barrera Graff*, Tomo I, IIJ-UNAM, México, 1989.
- Huerta Ochoa, Carla: *Conflictos normativos*, IIJ-UNAM, México, 2007.
- Obieta Chalbaud, José A.: *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, España, 1993.

- Orozco Henríquez, José de Jesús: *Justicia electoral y garantismo jurídico*, Porrúa, México, 2006.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.
- Vigo, Rodolfo Luis: *Interpretación constitucional*, Lexis Nexis, Segunda edición, Bueno Aires, 2004.



---

## **Consideraciones y principios de la Cadena de Custodia—Cadena de Evidencia:**

*Iwan Alberto Mendoza Calderón<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Objetos y prueba tangible. III. Eslabones en la Cadena de Custodia. IV. Conceptos y alcances de la Cadena de Custodia. V. Ejemplificación de la Cadena de Custodia. VI. Destrucción, alteración significativa o la no-conservación de la evidencia que es pertinente a la litigación pendiente o futura. VII. Diferentes formas de Autenticación. VIII. Algunos elementos de tratamiento y regulación de la Cadena de Custodia en México. IX. Conclusiones. X. Referencias.

### **I. Introducción**

Oímos hablar mucho sobre la cadena de custodia en los procesos de corte oral no sólo en nuestro país, sino en jurisdicciones donde los procesos orales son el basamento importante en un sistema acusatorio no inquisitorial, pero ¿Qué es la cadena de custodia? ¿Cuál es el alcance que debe de dársele en corte abierta? ¿Cuál es la relación que guarda con los procesos de autenticación de evidencia a ser presentada en los tribunales?

Para responder a estas interrogantes y otras más, es necesario, en primer lugar, partir de la base de que, en

---

<sup>1</sup>Oficial Administrativo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región con residencia en Cuernavaca, Morelos.



nuestro país, a pesar de que la cadena de custodia figura, en la mayoría de los Códigos de Procedimientos Penales, ha recibido poco análisis en la doctrina y la jurisprudencia. Así las cosas, en el presente trabajo, para llevar a cabo lo anterior, se analizará el tratamiento que se ha venido dando a esta figura tan necesaria e indispensable en sistemas acusatorios o de corte oral, a través de los años, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en países como Estados Unidos de Norteamérica, y Puerto Rico.

## **II. Objetos y prueba tangible**

Partimos de la base de que, generalmente, los objetos que son presentados en un tribunal como evidencia son tangibles, es decir, de fácil identificación, ya sea por sus características distintivas o porque tienen alguna marca individual, como las armas, los billetes etcétera, o artículos que son únicos, en su apariencia, por sus características propias, distinguibles de los demás. De esto resulta que es prácticamente imposible cambiarlos, sustituirlos o contaminarlos. Sin embargo, existen otros objetos que son fungibles (es decir los que pueden ser sustituidos por otros de su misma cantidad, calidad o especie) o que son susceptibles de ser alterados, contaminados o sustituidos como son las drogas o sustancias controladas, los polvos, líquidos y otros. En estos últimos, se requiere establecer la cadena de custodia, para probar que se trata de la misma cosa y que se encuentra en las mismas condiciones en que fue ocupada; de lo contrario, hay que dar una explicación razonable que justifique el por qué no está en las mismas condiciones.<sup>2</sup>

Aunque la cadena puede resultar necesaria para autenticar cualquier objeto físico, lo cierto es que,

<sup>2</sup> Véase Ortiz Batista, E.: *El abogado defensor...*cit., p. 697.

generalmente, o en la mayoría de las ocasiones, esto ocurre con evidencia científica debido a su naturaleza fungible o a la necesidad de presentar el resultado de un análisis de un objeto ocupado en la escena. La autenticación requiere que se demuestre que la evidencia, su condición, no ha sufrido cambios. Es decir, la cadena tiene que establecer dos cosas: identidad y conclusión.<sup>3</sup>

Así las cosas, los objetos que no tienen características únicas se le pueden poner esas características. El agente del orden público, por ejemplo, puede poner sus iniciales y fecha en el arma o, alternativamente, ponerla en sobre sellado e iniciarla.<sup>4</sup>

Si goza de características únicas es sencillo sentar bases: establecer que tiene esas características, que el testigo las observó y que las recuerda. Cuando dichos caracteres están ausentes, o cuando su pertinencia descansa en otra cosa más allá de una mera identificación, es que se requiere la cadena.

## **III. Eslabones en la Cadena de Custodia**

Cuando en la *Cadena de Custodia* se habla de *eslabones perdidos o débiles* se hace referencia a cualquier individuo que tuvo la custodia. Cada eslabón, en casos en que se requiera la cadena, debe ser identificado y, además, en cuanto a cada eslabón debe demostrarse: ¿Quién lo recibió? ¿Qué pasó con él? (se destruyó o no), ¿Cómo se resguardó o se manejó desde que se recibió hasta que se dispuso de él?<sup>5</sup>

En los casos en que el fiscal o ministerio público utilizan prueba circunstancial para demostrar cada

<sup>3</sup> Véase *Lucas v. State*, 413 N.E. 2d. 578 (Ind. 1980); *Whaley v. Commonwealth*, 200 S.E. 2d. 556 (va. 1973).

<sup>4</sup> Véase *U.S. v. Santiago*, 534 F 2d 768, 770(7mo Cir. 1976).

<sup>5</sup> Ortiz Batista, E., *op. cit.* p. 698.



eslabón, se dice que se trata de un eslabón débil.<sup>6</sup> Sin embargo, la evidencia circunstancial o indirecta es tan buena como la directa. Por tanto, el problema será de credibilidad, pero no de admisibilidad. Un asunto que frecuentemente se ve en los tribunales de Puerto Rico, por ejemplo, es el relativo a que cuando la evidencia permanece en algún área, donde otras personas han tenido acceso, el potencial para la contaminación existe, pero la carga de la prueba descansa en el oponente, que debe probar que hubo contaminación, alteración, o como se le llama en el foro, *tampering*, situación que incide en el peso probatorio de la evidencia no en su admisibilidad.<sup>7</sup>

Sobre el asunto del peso de la prueba, los tribunales, antes de que se aprobaran las Reglas de Evidencia Federal en Estados Unidos, decían que el *standart* era razonable probabilidad o certeza razonable, lo que era igual que preponderancia de la prueba. Sin embargo, una vez aprobadas dichas reglas, se dice que es el de evidencia suficiente de la Regla 901 (*Federal Rules of Evidence*) FRE, o también se le conoce como *prima facie*.<sup>8</sup>

#### **IV. Conceptos y alcances de la Cadena de Custodia**

La cadena de custodia es un método de autenticación que se exige en caso de evidencia que no sea susceptible de ser marcada o que se puede reconocer por sus signos

<sup>6</sup> Rodríguez, Vélez, E.: *Derecho ...cit.*, p. 63.

<sup>7</sup> La evidencia circunstancial es aquella que prueba un hecho del cual surge una inferencia de la existencia de otro. Esto es, con la evidencia circunstancial se prueba un hecho del cual se infieren otros. Una inferencia es una deducción de hecho que surge lógica y razonablemente de otro hecho o grupo de hechos establecidos por la evidencia. Expresado en otras palabras, es: *cualquier hecho en controversia es susceptible de ser demostrado mediante evidencia directa o mediante evidencia indirecta o circunstancial.* (Véase lo resuelto en *Pueblo v. Ruiz Bosh*, 127 D.P.R. 762 (1992); *U.S. v. McMahon*, 938 F. 2d 1501 (1st. Cir. 1991), traducción suplidá).

<sup>8</sup> Véase Ortiz Batista, Elpidio, *Op. cit.*, p. 698.

exteriores. Se debe usar la cadena de custodia para autenticar (validar) toda evidencia fungible o no marcada, como lo serían los líquidos, polvos, píldoras, etc. Pero debe de recordarse que las reglas en Estados Unidos o en Puerto Rico ni la jurisprudencia interpretativa sobre el particular exigen que el proponente de la prueba utilice un determinado método de autenticación.<sup>9</sup>

A esos efectos, las Reglas de Evidencia tanto las federales como las de Puerto Rico establecen *el requisito de autenticación o de identificación como una condición previa a la admisibilidad; se satisface con la presentación de prueba suficiente para sostener una determinación de que la materia en cuestión es lo que el proponente sostiene.*<sup>10</sup>

Por tanto, en ánimo de establecer la cadena se debe de preguntar, entre otras interrogantes ¿Quién, cuándo, cómo y dónde se obtuvo la evidencia? ¿Qué mecanismo se utilizó para conservarla? ¿Quién tuvo acceso a la misma? ¿Dónde se guardó? ¿Cómo se reconoce que es la misma?

Por otro lado, en el asunto de autenticidad, las Reglas de Evidencia Federales de Estados Unidos, como las de Puerto Rico, tratan la autenticación o identificación de la prueba como un asunto de pertinencia condicionada, esto es, la autenticación o identificación es una condición de hecho que es necesario establecer para demostrar la pertinencia de la evidencia o prueba demostrativa real que se ofrece en evidencia.<sup>11</sup> De ello surge la siguiente interrogante ¿Es necesario que en todo tipo de prueba demostrativa real se requiera que se establezca su autenticidad por medio de una cadena de custodia como condición previa a su admisibilidad? La contestación

<sup>9</sup> Rodríguez Vélez, E.: *Derecho...cit.*, p. 66.

<sup>10</sup> Rodríguez Vélez, E. *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>11</sup> Ortiz Batista, E.: *El abogado defensor...cit.*, p. 700.



es no. Cuando se ofrecen en evidencia objetos que son fácilmente identificables, ya sea porque posean unas características distintivas o porque tengan un número o marca particular, no es imprescindible establecer la cadena de custodia para su admisión en evidencia.<sup>12</sup>

Sin embargo, en otras situaciones, como regla general, el proponente de la evidencia viene obligado a probar la cadena de custodia para lograr la admisibilidad de la misma. En estas situaciones se requiere del proponente algo más que una simple identificación en corte abierta para establecer la autenticidad y pertinencia de la misma y lograr su admisión en evidencia; dicho objetivo se alcanza al probar la cadena de custodia. De manera que la ausencia de etiquetas en los objetos que se presentan como evidencia demostrativa no impide su autenticación mediante otra forma, por ejemplo, establecer una cadena de custodia.<sup>13</sup>

En virtud de lo anterior, cuando un tribunal queda convencido de que no ha habido anormalidad que afecte la adecuada custodia de la evidencia debe admitir la misma. Esto es así, porque la cuestión de si el proponente de la evidencia ha probado una adecuada cadena de custodia se dirige más al peso que a la admisibilidad de la prueba.

Una definición adecuada de la cadena de custodia es la siguiente:

*La cadena de custodia es un modo de establecer fehacientemente la integridad de la evidencia propuesta mediante un enlace consecutivo de eventos en la custodia de un objeto desde su ocupación hasta la presentación del mismo en el pleito.*<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Ortiz Batista, E. *Op. Cit.*

<sup>13</sup> Ortiz Batista, E. *Op. Cit.*

<sup>14</sup> Ortiz Batista, E. *Op. Cit.*

Dicho de otro modo, la cadena no es más que una forma de satisfacer el requisito de autenticación, como una condición previa a la admisibilidad de evidencia en un tribunal, mediante el testimonio de aquellos testigos con conocimiento personal sobre la custodia o trayectoria del objeto desde que el mismo fue ocupado hasta su presentación en el juicio.

Ahora bien, una vez que tenemos una definición acerca de la cadena de custodia, consideramos importante señalar ¿Cuándo comienza y cuándo termina la cadena de custodia? La impresión generalizada es que comienza con la ocupación,<sup>15</sup> o con el incidente que une el objeto al asunto, como sería el caso del informante que le compra al acusado, en ausencia del agente, y le entrega después la droga al agente, circunstancia que aconteció en *U.S. v White*, 569 F. 2d 263 (5to. Cir. 1978).<sup>16</sup>

Por otra parte, termina dicha cadena cuando acontecen una de dos situaciones: 1) Al ser analizada en el laboratorio, ya que, aunque después se rompa la cadena, cualquier *tampering*, pérdida o alteración que se dé no afecta el análisis. 2) También se ha dicho que termina cuando se presenta en el tribunal. En ese sentido en la decisión de Puerto Rico en *Pueblo v. Santiago Feliciano*, 95 J.T.S. 154, terminó la cadena de custodia en una etapa previa al inicio del proceso, debido a que la prueba estaba custodiada (una grabación) por el propio tribunal.<sup>17</sup>

¿Qué pasa si se interrumpe la cadena?, ya hemos mencionado que la mera posibilidad de una interrupción en la cadena de custodia no hace inadmisible la prueba o evidencia material, sino que plantea solamente una

<sup>15</sup> Véase lo resuelto en *Wash v. State*, 408 N.E. 2d 634 (Ind. App. 1980).

<sup>16</sup> 569 F. 2d 263 (5to. Cir. 1978).

<sup>17</sup> Ortiz Batista, E. *Op. Cit.*, p. 699.



cuestión de peso de la prueba a ser dirimida o adjudicada por el juez.

No podemos perder de vista que el propósito de la cadena de custodia es evitar que se cometan errores en la identificación de un objeto y demostrar que la prueba o evidencia presentada no ha sufrido cambios sustanciales desde que la misma fue ocupada el día de los hechos. Así, es necesario que el proponente en relación con la admisión en evidencia del resultado de una prueba científica, por ejemplo, establezca que la sustancia contenida en la evidencia ocupada sea la misma que fue objeto de análisis; esto es, que dicha sustancia o contenido no fue cambiado, alterado ni contaminado antes de que fuera sometida al correspondiente análisis. Por ello, se requiere que se presente prueba de la adecuada custodia y cuidado de la evidencia y su contenido, desde su ocupación al momento de los hechos hasta que ese contenido es analizado en los laboratorios de la policía.<sup>18</sup>

En resumen, *la cadena de la evidencia*, puede ser condición suficiente, pero no necesaria, para satisfacer el principio general establecido por la regla de autenticidad. Así pues, el proponente de la prueba o de la evidencia logra satisfacer las exigencias de autenticidad, ya sea por la *cadena de custodia* o por el *testimonio de identificación* y, con ello, habrá superado la barrera que le dejaba en suspenso la admisión.

Una vez admitida corresponde al jurado o al juez, si estamos hablando de un juicio por tribunal de Derecho, y no juicio por jurado, sopesar el valor probatorio y tal determinación no deberá ser alterada en apelación a no ser por un claro abuso de discreción. A fin de cuentas, la cuestión de si el proponente de la prueba ha evidenciado

<sup>18</sup> Ortiz Batista, E. *Op. Cit.*, p. 701.

una adecuada cadena de custodia se dirige al peso, más que a la admisión de esa prueba y queda reservada al juez dicha decisión.

## V. Ejemplificación de la Cadena de Custodia

Para una mayor claridad y entendimiento sobre esta figura, reproducimos en este escrito un extracto de la decisión del Tribunal del Circuito de Apelaciones de Puerto Rico, de 31 de mayo de 2002, acontecida en *Pueblo v. Irizarry Rivera*, que establece un ejemplo sobre la cadena de evidencia y cadena de custodia:

*[Testigo]:... (Químico del Instituto de Ciencias Forenses).*

*Antes del comienzo de su testimonio, por estipulación se marcó como exhibit IV del Ministerio Fiscal el Certificado de Análisis, Sección Armas de Fuego..., y como exhibit V del Ministerio Fiscal el Certificado de Análisis Químico Forense- usted declaró que recibió la evidencia en este caso de manos del agente... Su área de conocimiento (expertise) en el área forense es en residuo de disparo, distancia de disparo, drogas, explosivos, tierra y todo lo que conlleve análisis químico. En este caso efectuó una prueba de distancia de disparo a unas camisas y una guayabera del apelante.*

*Testificó que en el cuerpo de la occisa se recuperaron dos proyectiles pero solo le fue entregado un solo casquillo. Además realizó una prueba de guantaleta de parafina de palma y dorso de la mano tanto del apelante, como de la occisa, prueba que en ambos casos dio positiva. No obstante, indicó que esta prueba está obsoleta en estos momentos y no se usa para nada. Sostuvo además que es posible que alguien que no haya disparado un arma de fuego de positivo,*



porque el reactivo que se utiliza es difinelamina, la cual no determina si los resultados nitrados provienen de un disparo, abono, cosméticos, orina, gasolina, perfume, nicotina, etc. En fin, son muchas cosas que pueden dar positivo. Los dos proyectiles que fueron encontrados en el cuerpo de la occisa y el casquillo encontrado en la escena fueron disparados con el revólver que previamente había identificado. Para disparar ese revólver mencionó hay que hacerle bastante presión, bastante presión para levantar el gatillo.

Octavo Testigo:... (Agente de la Policía).

Declaró ser patrullero en la Policía de Puerto Rico, que el día de los hechos trabajaba como tal en un vehículo oficial rotulado. Ese día a eso de siete a siete y media de la mañana el conductor de un Susuki (Padua), acompañado de otra persona lo mandó a detener para informarle que llevaban a una persona herida de bala. Los escoltó hasta llevarlos al Hospital de Jayuya, donde llevaron al apelante. Allí se encontró con el sargento... que... le informó que había una persona muerta en el área de Asomante. Posteriormente, fue hasta el lugar de los hechos donde observó una guagua (camioneta) Ford Torino. Observó a una mujer boca abajo, acostada, como arrodillada. La mujer se encontraba sobre un cartón, más o menos de su tamaño. Tenía un pantalón de mezclilla color azul, un sweater tejido, y una blusa que estaba manchada de sangre. Inmediatamente observó a eso de 7 pies más o menos de distancia de los pies de la occisa un revólver color negro, el cual levantó el sargento... quien procedió a inspeccionar su masa y acto seguido, la cerró y colocó el revólver cerca de la cabeza de la occisa, protegió la escena y esperó que llegara el

fiscal. Declaró sobre el arma de fuego encontrada en la escena, su masa, como dispararla para hacer un disparo, dos, tres, lo que es un casquillo y donde permanece después de disparado el revólver. Había visto a la occisa y al apelante.

Noveno Testigo... (Agente de la Policía)...

Para la fecha de los hechos trabajaba en la sección de homicidios, delitos contra la persona del Centro de Investigación Criminal (CIC) de Ponce, Puerto Rico. Una vez se le notifica de los hechos fue a la escena y vio a una persona del sexo femenino muerta. Estaba en posición de cíbito ventral, o sea boca abajo. Inspeccionó a la occisa, su vestimenta, etc. Observó un arma de fuego aproximadamente a dos pies de distancia de la cabeza de la occisa, así como una guagua (camioneta) Ford Torino a orilla de la carretera 144. Le hizo una inspección al vehículo, no encontró nada sobresaliente, solo una cartera tipo wallet conteniendo una libreta de bancos y otros efectos. Ocupó la evidencia en la escena y la identificó marcándola con su firma, cosa que hizo hasta entregarla como evidencia a la Fiscalía de Utuado. Indicó que en la escena se hizo una búsqueda espiral para tratar de localizar alguna otra evidencia, y aparte de lo señalado no se encontró ninguna otra. Indicó que de la investigación que realizó se desprendió que entre la víctima y el ahora apelante existía una relación sentimental. Como parte del procedimiento, al otro día a eso de las dos a dos y media de la tarde, visitó al apelante en el Hospital, le leyó las advertencias de rigor de un documento que siempre lleva consigo, le preguntó si las entendió y dijo que sí. Procedió a preguntarle si estaba dispuesto a hacerse una prueba de parafina para ver si tenía residuos de nitratos en la palma de la mano y accedió

*a ello. A la occisa también le fue realizada esa prueba. No sabía si el arma encontrada en la escena había sido movida de ésta antes de llegar.*  
[...].

## **VI. Destrucción, alteración significativa o la no-conservación de la evidencia que es pertinente a la litigación pendiente o futura**

Por otra parte, consideramos importante abordar lo que, en la jurisdicción norteamericana y la de Puerto Rico, se considera como *spoliation* de la evidencia, que no es otra cosa que la destrucción, alteración significativa o la no conservación de la evidencia que es pertinente a la litigación pendiente o futura, lo que a la poste puede resultar en la desestimación de los cargos. No se requiere, para la aplicación de dicha doctrina, la existencia de mala fe. Las partes tienen la obligación de guardar y conservar la evidencia física desde que fue ocupada hasta finalizar el proceso judicial. El *standart o test* es si el acusado puede establecer su defensa sin la evidencia destruida.<sup>19</sup>

El acusado sólo tiene que establecer el valor exculpatorio de la evidencia (su apariencia) antes de su destrucción y que pudo haber jugado un papel significativo en su defensa. Además, tiene que establecer que no puede obtener evidencia comparable por otros medios razonables.<sup>20</sup> Cuando así se logra, el acusado evita que el Ministerio Público presente evidencia de los resultados de un examen que el acusado no podrá confrontar debido a su destrucción, suspensiones,

<sup>19</sup> Véase lo resuelto en *People v. Newsberry*, 166 III. 2d 310, 652 N.E. 2d 288 (1995); *Willard v. Caterpillar Inc.*, 48 Cal. Rptr. 2d 607, 616 (1995).

<sup>20</sup> *California v. Trombetta*, 104 S. Ct. 2528, 2534 (1984).

excluir testimonio pericial, supresión de evidencia y desestimaciones son sólo alguna de las sanciones.<sup>21</sup>

## **VII. Diferentes formas de Autenticación**

Ya que tenemos la noción de que la cadena de custodia es una modalidad de autenticación, tal y como se ha reiterado tanto en la jurisprudencia norteamericana como la de Puerto Rico ahora es necesario entender el concepto de *autenticar* y ¿Cómo se autentican diferentes documentos, objetos o procesos que surgen o pueden surgir de cualquier situación de hechos que se pueden presentar en un juicio?

Así pues, en cuanto a **prueba documental** presentada, cabe señalar que existen dos criterios: autenticación se refiere a documentos e identificación alude a objetos o rasgos de la persona. El trato que se le da a la autenticación o identificación en estas jurisdicciones es el de una condición previa a su admisión, por lo que se satisface con la presentación de prueba suficiente para sostener una determinación de que la materia en cuestión es lo que el proponente sostiene. Es decir, el proponente que intente ofrecer un documento como prueba tiene, como requisito previo (condición de hecho), que establecer (probar) que ese objeto es lo que él dice que es. Es necesario dejar claro que no hay que probar suficiencia siguiendo los estándares propios de la adjudicación final de la controversia (más allá de duda razonable).<sup>22</sup> Así las cosas, insistimos, la cadena de custodia será necesaria para la autenticación de sustancias fungibles, o sea las susceptibles de alterar su apariencia, color o peso (ácidos, drogas etcétera) o, bien, evidencia que, aunque pudo ser marcada o identificada, no lo fue.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Bell, D.A. , Koesel, M.A. y Turnbull, T.L.: *An Update on...* cit., p. 530.<sup>22</sup>

Véase lo resuelto en *Pueblo v. Bianchi*, 117 D.P.R. 404 (1986).

<sup>23</sup> Rodríguez Vélez, E.: *Derecho...*cit., p. 63.

Por otro lado, el requisito de la cadena de custodia no será necesario respecto de los objetos que se puedan identificar con base en sus características distintivas: marcas, números de serie, etiquetas, raspaduras, etcétera.

Un tema interesante que consideramos abordar es el relativo a las diferentes formas de autenticación plasmadas en las Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 2009,<sup>24</sup> donde se incluyeron algunas formas novedosas de autenticación como lo son los récords electrónicos, así como procesos o sistemas.

La Regla 901, inciso (B), establece las Instancias de autenticación e identificación,<sup>25</sup> donde a grandes rasgos se menciona lo siguiente:

Se puede autenticar e identificar con prueba directa o circunstancial, lo siguiente:

(1) Testigo con conocimiento.

Esta es la forma más común de autenticar, es un corolario al principio de conocimiento personal.

(2) Evidencia de la letra.

Se autentica el escrito con prueba de que la letra es la de su presunto autor. Se autentica mediante:

(a) La opinión de persona no perita (lego) familiarizada con la letra de su presunto autor. La familiaridad no debe haberse adquirido *con miras al pleito* prevista la opinión del lego (igualmente en la Regla 701 de las de Evidencia de Puerto Rico de 2009)

(b) La comparación o cotejo que haga el juzgador con otro escrito autenticado del presunto autor;  
 (c) Examen de persona testigo perita del escrito en controversia.

<sup>24</sup> 2009 T.S.P.R. 35, 175 D.P.R.

<sup>25</sup> Véanse pp. 67-71.

(3) Identificación de voz

Se autentica la voz, escuchada directamente o a través de grabación u otro medio mecánico, electrónico digital por testigo no perito (lego) que ha formado opinión con base de haberla escuchado antes, bajo circunstancias que la vinculan con la voz de la referida persona.

(4) Conversaciones telefónicas.

Estas se podrán autenticar mediante evidencia de que se hizo una llamada al número asignado en ese momento por la compañía telefónica. La Regla contempla dos supuestos:

(a) En el caso de una persona, que las circunstancias demuestren que la persona que contestó fue a la que se llamó.

(b) En el caso de un negocio, que la llamada fue hecha a un establecimiento comercial y la conversación fue en relación con un negocio razonablemente susceptible de ser discutido por teléfono.

(5) Escritos antiguos o compilación de datos.

Se trata de una aplicación de la regla de necesidad, ya que la edad del documento suele hacer necesario que el proponente recurra a prueba circunstancial, pues es improbable que consiga testigos con conocimiento personal. La prueba debe establecer que:

(a) El escrito o compilación de datos tiene al menos 20 años al momento en que se pretende ofrecer;

(b) Es tratado y respetado como auténtico por las personas interesadas en conocer su autenticidad;

(c) Se encontró en un lugar o área en el que probablemente se hallaría de ser auténtico;



- (d) Que no esté en condiciones que cree serias dudas sobre su autenticidad.
- (6) Escritos de contestación (*reply letter doctrine*)  
El escrito se autentica con evidencia de que fue recibido en contestación a una comunicación enviada a la persona que la parte alega es el autor del escrito. Se puede inferir, por tanto, que se hizo en respuesta a la primera comunicación. (Ejemplo: una contraoferta comercial se puede autenticar estableciendo que fue hecha como respuesta a una oferta de la otra parte). Por consiguiente, el contenido del documento previo sirve para autenticar el que se emitió en respuesta.
- (7) Contenido de escritos.  
Se autentica con evidencia que se refiera a o contenga asuntos que no es probable que conociera otra persona que su presunto autor. Se trata de otra modalidad de autenticación mediante prueba circunstancial. (Ejemplo: el diario de una persona, el cual contiene varias vivencias personales).
- (8) Autenticación mediante admisión.  
Se autentica escrito u otro material con evidencia de que la parte contra quien se ofrece el escrito admitió autenticidad en cualquier momento o mediante evidencia de que ha sido aceptado como auténtico por dicha parte. En *FDIC v. Caribbean Marketing*, 123 D.P.R. 247 (1989), la parte proponente estableció la autenticidad de unos pagarés mediante la toma de juramento de unos oficiales de la parte demandada.
- (9) Testamentos.  
Se trata de un corolario del principio de especialidad. Refiere la autenticación de testamentos a las *leyes*

- aplicables* (El Código Civil de Puerto Rico).
- (10) Características distintivas.  
Dispone varias formas de características: apariencia, contenido, patrones internos u otras características distintivas en conjunción con las circunstancias. Se trata de características que permitan autenticar prueba demostrativa, tales como marcas, etiquetas, tachaduras, iniciales, etcétera.
- (11) Cadena de Custodia.  
Se trata del inciso que remite a los principios generales y doctrinales de la cadena de custodia antes mencionados.
- (12) Proceso o sistema.  
Se trata de un nuevo inciso en las Reglas de Evidencia del 2009, que no se contemplaba en su antecesora de 1979, donde se autentica mediante prueba que describe el proceso utilizado para obtener un resultado y que demuestre que el proceso o sistema de que se trate produce resultados certeros. (ejemplo: describir un proceso de autenticar video o producto de un programa de software)  
En el caso de sistemas con teorías o premisas científicas aceptadas (tales como Rayos X, detector de metales, etcétera), simplemente se puede tomar conocimiento judicial.
- (13) Récord Electrónico.  
Importante innovación de las Reglas de Evidencia del 2009, incorporando de la Ley Uniforme de Evidencia Electrónica de Canadá los siguientes principios:  
Establece que los *récords* electrónicos se podrán autenticar, mediante *evidencia de la integridad*



*del sistema, en el cual ciertos datos fueron almacenados.* Dicha integridad se demuestra a través de evidencia que sustente la determinación de que, en todo momento pertinente, el sistema estaba operando correctamente o, en el caso de su operación incorrecta, que tal hecho no afectó la integridad del récord electrónico.

Se ofrece prueba, por tanto, de que el sistema funcionaba bien antes y después del momento pertinente. Se crea de esta forma, la inferencia de que funcionaba correctamente en el momento pertinente.

(14) Correo Electrónico.

Constituye una modalidad del inciso anterior, es decir se autentica mediante evidencia de integridad del sistema reseñado anteriormente.

(15) Métodos provistos por ley o reglamento.

Corolario del principio de especialidad. Reconoce que leyes o reglamentos especiales pueden prever la autenticación de evidencia y que el Derecho probatorio no pretende dejar éstas sin efecto.

Finalmente, especial mención merece el inciso (K) del numeral 902 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 2009, en cuanto al tema de *RéCORDS* o actividades que se realizan con regularidad. Importante disposición modelada en las Reglas Federales de Estados Unidos (FRE) 902 (11), con el objeto de eximir del requisito del testimonio base (*foundation testimony*) respecto a los *récords* de negocios. Se permite bajo esta regla sustituir el testimonio de base por una declaración jurada del custodio u otro testigo calificado, que establezca los siguientes criterios:

- (a) Se preparó en, o cerca del momento, en que ocurrió el acto, condición o evento por una persona con conocimiento personal o mediante información transmitida a ésta;

- (b) Se llevó a cabo en el curso de la actividad realizada con regularidad (*in the regular course of business*);
- (c) Se preparó como una práctica regular de dicha actividad.

La Regla exige notificación por escrito a todas las partes contrarias de la intención de someter el *récord* como evidencia o prueba. Además se exige que se tenga tanto el *récord* como la declaración jurada disponibles, con suficiente antelación a su presentación como evidencia, a fin de brindar a las partes adversas oportunidad para refutarlos.<sup>26</sup>

## VIII. Algunos elementos de tratamiento y regulación de la Cadena de Custodia en México

Ahora bien, en nuestro país se han hecho ciertos esfuerzos con el fin de homologar la buena práctica de esta figura, la cadena de custodia, y la preservación de instrumentos, objetos o productos del delito; ejemplo de ello está en el *Convenio de colaboración para la homologación de criterios para la regulación e instrumentación de la cadena de custodia de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso y de los instrumentos, objetos o productos del delito, que celebraron la Procuraduría General de la República, y la Procuraduría General de Justicia del Estado de San Luis Potosí, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha del dieciocho de agosto de dos mil once.* Reproducimos algunas de sus declaraciones y cláusulas:

### CLAUSULAS

**PRIMERA.-** *El presente Convenio tiene por objeto homologar los criterios para la regulación e instrumentación de la cadena de custodia por parte*

<sup>26</sup> Vélez Rodríguez, E., *Op. cit*, pp. 74-75.

de **LA PGJ**, mediante la adopción de 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 que se refiere **EL ACUERDO**.

**SEGUNDA.**- Para el cumplimiento del objeto del presente Instrumento, **LA PGJ** conviene en efectuar las siguientes acciones:

I. Elaborar y dar seguimiento a los proyectos de iniciativas de reforma a la legislación correspondiente, así como los proyectos de modificación de las disposiciones administrativas para homologar la regulación de la cadena de custodia;

II. Tomar como instrumento de referencia **EL ACUERDO**, salvo aquellos puntos en los que sea necesaria una reforma legal previa;

III. Elaborar y ejecutar programas de capacitación en materia de cadena de custodia, y

IV. Desarrollar talleres de homologación de criterios en aplicación de la cadena de custodia entre **LAS PARTES**.

**TERCERA.**- **LA PGJ**, en el respectivo ámbito de su competencia y considerando las disposiciones vigentes en materia de cadena de custodia, se compromete a presentar, ante el Poder Ejecutivo del Estado, los proyectos de iniciativas de reforma a la legislación local, que podrán contemplar los siguientes temas:

a. Regulación de la cadena de custodia como un registro;  
 b. Definición de etapas de la cadena de custodia: (preservación del lugar de los hechos o del hallazgo, procesamiento de los indicios o evidencias y su terminación)

- c. Determinación de los sujetos obligados al cumplimiento de la cadena de custodia;
- d. Clasificación de responsabilidades administrativas y penales;
- e. Fijación del valor probatorio de los indicios o evidencias en los casos de inaplicación o aplicación inadecuada de la cadena de custodia;
- f. Aportación voluntaria de muestras biológicas (fluído corporal, vello o cabello, y cadáveres) al ministerio público o previa autorización judicial;
- g. Validación de actuaciones o diligencias en materia de cadena de custodia de otras autoridades locales o federales.<sup>27</sup>

Por otra parte, en los distintos Códigos de Procedimientos Penales de las diferentes entidades federativas, el tratamiento que se le da a la cadena de custodia no pasa de elementos formales y definiciones escuetas que vale la pena redefinir y profundizar en el tema propuesto y bajo los lineamientos de los convenios de homologación que por todo el país se vienen dando de conformidad con este tópico.

Así, vemos que, en el Código de Procedimientos para el Estado de Zacatecas, los temas relacionados a la cadena de custodia se circunscriben a los siguientes artículos:

### **ARTÍCULO 259**

*Conservación de los elementos de la investigación. Los elementos recogidos durante la investigación serán conservados bajo custodia del Ministerio Público, quien deberá adoptar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma.*

*Podrá reclamarse ante el Juez competente por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas,*

<sup>27</sup> Véase Diario Oficial de la Federación, México, agosto 2011. [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5205242&fecha=18/08/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5205242&fecha=18/08/2011).

*a fin de que se adopten las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de los elementos recogidos.*

*Los intervenientes tendrán acceso a ellos, con el fin de reconocerlos o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público o, en su caso, por el juez competente. El ministerio público llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que sean autorizadas para reconocerlos o manipularlos, dejándose copia, en su caso, de la correspondiente autorización.*

#### SECCIÓN OCTAVA

##### Registro de la investigación y cadena de custodia

###### ARTÍCULO 309

###### Registro de la investigación

*El ministerio público deberá llevar un legajo de la investigación, conforme a la Ley Orgánica del ministerio público del Estado e incluir en él un registro de las diligencias que practique durante esta etapa, que puedan ser de utilidad para fundar la acusación u otro requerimiento.*

*El ministerio público deberá dejar constancia de las actuaciones que realice, tan pronto tengan lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permita garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a ella de aquellos que de acuerdo con la ley tuvieran derecho a exigirlo.*

*La constancia de cada actuación deberá consignar por lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los servidores públicos y demás personas que hayan intervenido y una breve relación de sus resultados.*

###### ARTÍCULO 310

###### Cadena de custodia:

*Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.*

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos sobre la cadena de custodia establece lo siguiente:

###### CAPÍTULO SEXTO

###### Registro de la Investigación y Custodia de Objetos

###### Artículo 270. Conservación de los elementos de la investigación.

*Los elementos recogidos durante la investigación serán conservados bajo custodia del ministerio público, quien deberá adoptar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma.*

*Podrá reclamarse ante el juez por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas, a fin de que se adopten las medidas necesarias para la debida preservación o integridad de los elementos recogidos. Los intervenientes o sus peritos tendrán acceso a dichos elementos o lugares relacionados con el delito con el fin de reconocer o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público. En caso de negativa del ministerio público, el interveniente podrá solicitar al juez que dicte las instrucciones necesarias para que, en su caso, se lo permita. El ministerio público llevará un registro especial en el que conste la*

*identificación de las personas que sean autorizadas para reconocerlos o manipularlos, dejándose copia en su caso de la correspondiente autorización.*

*Artículo 352. Excepciones a la regla de la mejor evidencia.*

*Se exceptúan de lo anterior los documentos públicos originales, aquellos cuyo original se hubiere extraviado, los que se encuentran en poder de uno de los intervenientes, los documentos voluminosos de los que sólo se requiere una parte o fracción de los mismos y, finalmente, cuando las partes acuerden que no es necesaria la presentación del original.*

*Lo anterior no es óbice para aquellos casos en que resulte indispensable la presentación del original del documento para la realización de estudios técnicos especializados o forme parte de la cadena de custodia.*

Como podemos apreciar, en el Código Adjetivo del Estado de Morelos ni siquiera se prevé una definición de lo que es la cadena de custodia, mucho menos los requisitos de autenticación y las diversas formas que reviste dicha figura de la que pasamos juicio en páginas anteriores con ayuda del Derecho comparado.

Tanto los Códigos de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua y del Estado de Baja California cuentan con definiciones similares a las transcritas anteriormente en referencia al Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas.

En cuanto a la jurisprudencia relativa al tema en comento, se encuentran las siguientes, que abordan el tema pero incidentalmente:

*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.<sup>28</sup>*

<sup>28</sup> Tesis Aislada II. 3º. C. 75 C, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXXI, Marzo de 2010, p. 3032.

*PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO (ADN). ES UNA PRUEBA DE CARÁCTER MULTIDISCIPLINARIO CUYO DESAHOGO PUEDE REQUERIR LA INTERVENCIÓN DE MÁS DE UN ESPECIALISTA.*

*La doctrina en materia procesal civil reconoce la indelegabilidad del cargo de perito, sin embargo, acepta que esa característica no constituye un impedimento para que el perito requiera la colaboración de especialistas para la realización de operaciones preparatorias o complementarias, tendientes a aportar mayores elementos de juicio a efecto de producir el dictamen encomendado, aunque para que esto suceda deban cuidarse ciertas formalidades en la forma de desahogo de una prueba multidisciplinaria. En tal virtud, con independencia de que el especialista en genética molecular cuente con el perfil profesional requerido para rendir un dictamen pericial de esa naturaleza y que las partes reconozcan su prestigio profesional, imparcialidad y honestidad con la que se conducirá durante el desarrollo de la prueba, lo cierto es que, si dicho perito requiere la intervención de uno o varios expertos en otras áreas de la ciencia (biólogos moleculares, químicos o laboratoristas) para la toma de muestras de ADN, análisis de las mismas o, bien, para la interpretación de los resultados, las partes tienen derecho a conocer los nombres de los profesionistas que estarán a cargo del desahogo de la prueba, pues sólo de esta forma se tendrá la certeza de quiénes intervinieron en la cadena de custodia de las muestras y en qué grado participaron en el desarrollo de la prueba; por tanto, únicamente cuando el médico en genética molecular cuente con los conocimientos e instrumentos necesarios para*

*desahogar la prueba en sus distintas etapas de manera individual sin la intervención de otro perito, bastará que este especialista acepte y proteste el cargo, de lo contrario todos los involucrados en el desarrollo de la prueba se encontrarán obligados a cumplir con esa formalidad.<sup>29</sup>*

## **IX. Conclusiones**

Como podemos apreciar, actualmente en nuestro país no hay lineamientos precisos y/o un tratamiento más profundo -que consideramos necesario- que se incorporen en nuestros códigos procesales, mejor aún, en un cuerpo aparte e independiente de aplicación federal, donde, entre otras figuras, se contemple la cadena de custodia y los procesos de homologación a la que se han comprometido las diferentes Procuradurías de Justicia de nuestro país; en el diario quehacer de impartir justicia, son indispensables, figuras y reglas que den racionalidad al sistema. Más aún, las diferentes formas de autenticación que señalamos anteriormente deben ser objeto de estudio y su posterior consideración e inclusión en el código, manual o cuerpo único normativo del Derecho probatorio que, en nuestra opinión, hace falta en nuestro país.

## **X. Referencias**

Doctrinales:

- Ortiz Batista, Elpidio: *El Abogado Defensor Puertorriqueño, Litigación, Vivencias, Casos y Comentarios*, Ediciones SITUM, cuarta edición revisada, 2007.

<sup>29</sup> Tesis Aislada I. 3o. C. 644 C, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXVII, Octubre de 2007, p. 3250.



- Rodríguez Vélez, Enrique: *Derecho de la Prueba*, Fundación para el Estudio y Repaso del Derecho, Inc. San Juan, Puerto Rico (2011).
- D.A. Bell, M.A. Koesel, T.L. Turnbull: *An Update on Spoliation of Evidence in Illinois*, 85 I LL. Bar Jorn 530 (nov. 1997), traducción suplida.

Jurisprudenciales:

- Estado Libre Asociado de Puerto Rico:
- *Pueblo v. Echevarría Rodríguez*, 128 D.P.R. 299 (1991);
- *Pueblo v. Carrasquillo*, 123 D.P.R. 690, 697-703 (1987);
- *Pueblo v. Ruiz Bosh*, 127 D.P.R. 762 (1992);
- *Pueblo v. Santiago Feliciano*, 139 D.P.R. 361 (1995);
- *Pueblo v. Irizarry Rivera*, 156 D.P.R. 780 (2002);
- *Pueblo v. Bianchi*, 117 D.P.R. 404 (1986).

Estados Unidos de Norteamérica:

- *Lucas v. State*, 413 N.E. 2d. 578 (Ind. 1980);
- *Whaley v. Commonwealth*, 200 S.E. 2d. 556 (Va. 1973);
- *U.S. v. Santiago*, 534 F 2d 768, 770 (7mo Cir. 1976);
- *Hotton v. State*, 590 So. 2d 918 (Ala. 1991);
- *U.S. v. McMahon*, 938 F. 2d 1501 (1st. Cir. 1991);
- *Wash v. State*, 408 N.E. 2d 634 (Ind. App. 1980);
- *U.S. v. White*, 569 F. 2d 263 (5to. Cir. 1978);
- *People v. Newsberry*, 166 III. 2d 310, 652 N.E. 2d 288 (1995);
- *Willard v. Caterpillar Inc.*, 48 Cal. Rptr. 2d 607, 616 (1995);
- *California v. Trombetta*, 104 S. Ct. 2528, 2534 (1984).

Estados Unidos Mexicanos:

- Tesis Aislada II. 3º. C. 75 C, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXXI, Marzo de 2010, página 3032;
- Tesis Aislada I. 3º. C. 644 C, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXVII, Octubre de 2007.

Electrónicas:

- [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5205242&fecha=18/08/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5205242&fecha=18/08/2011).

Normativas:

- Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos;
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas;
- Reglas de Evidencia de Puerto Rico, 2009 TSPR 35, 175 DPR. (2009);
- Federal Rules of Evidence (FRA), de los Estados Unidos de América. (1975).



---

## **El nuevo contenido del artículo 20 constitucional (Tercera Parte)**

*Jorge Ojeda Velázquez<sup>1</sup>*

4.- El recién reformado apartado C, denominado *De los derechos de las víctimas o del ofendido*, de aquel precepto constitucional sustituyó al que fuera el apartado B, con las siguientes novedades:

ANTES DE LA REFORMA	REFORMA DEL 2008
<p><i>B. De la víctima o del ofendido:</i></p> <p><i>I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;</i></p> <p><i>II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.</i></p>	<p><i>C. De los derechos de la víctima o del ofendido:</i></p> <p><i>I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;</i></p> <p><i>II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, <u>y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.</u></i></p>

---

<sup>1</sup> Magistrado de Circuito. Segundo Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Primera Región en el Distrito Federal.



ANTES DE LA REFORMA	REFORMA DEL 2008
<p>Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;</p>	<p>Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;</p>
<p>III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;</p>	<p>III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;</p>
<p>IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.</p>	<p>IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, <u>sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente</u>, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.</p>
<p>La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;</p>	<p>La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;</p>
<p>V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el imputado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y</p>	<p>V. <u>Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.</u></p> <p><u>El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;</u></p>

ANTES DE LA REFORMA	REFORMA DEL 2008
<p>VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.</p>	<p>VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y</p>
	<p>VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.</p>

Las Comisiones de la Cámara de Origen expresaron los motivos que fundamentaron estos cambios. Para los efectos de este estudio, es importante que se tenga en cuenta lo señalado por los legisladores.

#### APARTADO C. DERECHOS DE LA VÍCTIMA O DEL OFENDIDO

**El Apartado C del artículo 20 constitucional confiere ahora nuevos derechos a las víctimas u ofendidos de los delitos. Fundamentalmente, una participación más activa en el proceso mediante la introducción de novedosas figuras.**

**En esta reforma se conservan importantes derechos que ya han sido reconocidos con anterioridad. Tal es el caso de la garantía de la víctima para recibir asesoría jurídica por parte del Ministerio Público, a ser informado de los derechos y a recibir información del curso del caso durante su tramitación, si así lo solicita. Se preservan también los derechos a recibir atención médica y psicológica, así como a contar con otras medidas de protección y auxilio.**

**Se establece una nueva dimensión constitucional de la coadyuvancia para los efectos de que la víctima pueda intervenir directamente en el juicio e interponer los recursos en los términos que establezca la ley. Diversas entidades federativas como Baja California, Chihuahua, Morelos, Oaxaca y Zacatecas, han incorporado en sus ordenamientos procesales el Instituto del Acusador coadyuvante. Se trata de dar reconocimiento a la víctima como un auténtico sujeto procesal, es decir, permitir que pueda adherirse a la acusación del Ministerio Público. En aquellos ordenamientos se prevé la posibilidad de que la víctima nombre un representante legal para que litigue directamente en el juicio oral. Esta figura se incorpora ahora como una nueva garantía constitucional, con el objeto de que exista la posibilidad para las víctimas de defender directamente sus intereses. Ello no significa por supuesto que el Ministerio Público no esté obligado a dar un efectivo servicio de calidad a las víctimas y a representar sus intereses. Se prevén, como nuevas garantías para las víctimas, la posibilidad de resguardar su identidad cuando se trate de menores de edad, o bien cuando se trate de víctimas de violación, secuestro o delincuencia organizada; siempre que el juzgador estime que es necesario para su protección. Se establece, asimismo, la obligación del Ministerio Público para diseñar estrategias para la protección de las víctimas y los ofendidos, testigos y todos los demás intervenientes en el proceso.**

**Además de lo anteriormente indicado, se amplía el alcance del derecho a impugnar las resoluciones de no ejercicio de la acción penal para los efectos de que comprenda todas las formas en que ello puede suceder, es decir, cuando se trate del desistimiento y de la reserva. Diversos criterios jurisprudenciales ya preveían esos extremos, los cuales ahora se reconocen expresamente en la Constitución.**

Quedamos satisfechos con las reformas introducidas en el apartado C del artículo 20 constitucional, puesto que comprenden la mayor parte de las propuestas realizadas en la academia y en el primer tomo de esta obra (pp 673-698) respecto de los derechos de la víctima u ofendido.

Ya el hecho de que reconozca, en la fracción II, el derecho fundamental a (...) intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley y el derecho previsto en la fracción IV a solicitar la reparación del daño, con independencia que lo realice el Ministerio Público, es ya un paso adelante; aunque lo deseable fuera que la víctima u ofendido se independizara totalmente de esta institución pública que no ha cumplido cabalmente su misión: ser el representante legal de la sociedad ofendida por el delito; por estas circunstancias se debe otorgar, en la legislación constitucional, el estatus de *parte privada en el proceso*; para que, a través de su abogado particular o por sí concurre, al juicio.

Mientras tanto, nosotros los juzgadores federales seguimos luchando por sus derechos, como se advierte de este voto formulado por el suscripto:

*Las reformas de 18 de junio del 2008 reenvían al apartado C, los derechos de las víctimas y del*



*ofendido, cuya fracción IV, dispone lo siguiente:*

**IV.- Que se le repare el daño.-**

*En los casos en que sea procedente el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.*

*La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño (...).*

De su lectura se advierten algunos requisitos de procedibilidad para la reparación del daño:

*En los casos en que sea procedente,* señala en principio el precepto constitucional la reparación del daño es procedente en la hipótesis en que siendo el delito de resultado material produzca una alteración en el mundo exterior y como consecuencia afecte también la psique del ofendido o de la víctima, porque cuando el delito es de mera conducta no hay más que un resultado formal.

Con estas reglas se establece el primer principio de procedencia: únicamente para los delitos de resultado material que producen una mutación en el mundo exterior es procedente la reparación del daño.

El segundo requisito de procedibilidad, a fin de que la reparación del daño sea procedente, es la oportunidad y decisión para solicitarla por parte del Ministerio Público en sus conclusiones, tomando en cuenta aquel principio que señala que el juez no puede rebasar la acusación del Ministerio Público, o lo que en derecho civil se expresa con la máxima: *NON PROCEDAT OFFICCI IUDEX;* esto es, el juez no puede proceder sin el impulso específico de las partes.

Por otro lado, el artículo 30 del Código Penal Federal señala que:

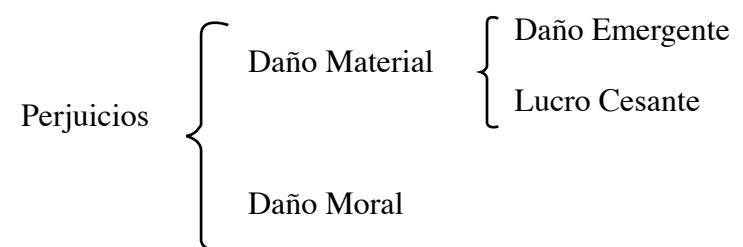
***La reparación del daño comprende:***

***I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma.***

***II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y***

***III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.***

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes sentencias (caso Aloboetoe y otra contra Surinán, sentencia de 10 de septiembre de 1993, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 21 de julio de 1989 y en el caso Neira Alegria y otros contra Perú, sentencia de 19 de septiembre de 1996), ha considerado que los daños material y moral forman parte de los perjuicios y, además, que el daño material está compuesto de un daño emergente y el lucro cesante, al tenor del siguiente cuadro conceptual:



En materia de reparaciones aplica el artículo 63.I de la Convención Americana que prescribe lo siguiente:

**1.- Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegida en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.**

Con respecto al daño emergente, se ha seguido el criterio de obligar al reembolso de los gastos en que pudieran haber incurrido los familiares de la víctima en sus gestiones ante los tribunales.

En cuanto al lucro cesante, consiste en el ingreso que los familiares dependientes de la víctima podrían haber percibido de parte de ella durante los años en que vivió. Para el cálculo de la indemnización, la Corte se limita a sumar el ingreso anual que pudiera haber recibido la víctima, tomando en cuenta la edad que tenía al momento de su muerte y los años que le faltaban para llegar a la edad en que se calcula la expectativa normal de vida. En México, por ejemplo, equivaldría a recibir con anticipación un ingreso de salario mínimo durante los 72 años de promedio de vida que según el INEGI puede alcanzar el mexicano. Sin embargo, si la víctima poseía un salario profesional, sería éste la base del cómputo.

La Corte Interamericana sostiene que son muchos los casos en que los tribunales internacionales han acordado que la sentencia de condena *per se* constituye una suficiente indemnización del daño moral, tal como se desprende, por ejemplo, de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y casos que cita;

sin embargo, la Corte Interamericana considera que aun cuando una sentencia condenatoria puede constituir, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral, el fallo no sería suficiente dado que, en algunos casos, la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a la víctima y sus familias, obligan a que sean indemnizados conforme a la equidad:

Esta Corte ha establecido que *(el) daño moral infligido a las víctimas resulta instantáneo pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados, experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión* (casos Aloboetoe y otros, y El amparo).

En México, el artículo 1916 del Código Civil Federal va en la misma dirección:

**(...) Se presumirá que hubo daño moral cuando se violare o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material (...).**

De la lectura del último párrafo del artículo 1916 del Código Civil Federal, se infiere que, contrariamente a como lo estiman los tribunales ordinarios penales, tratándose de daño moral no hay necesidad de aportar pruebas por parte de la víctima, habida cuenta que este se presume en los casos en que la víctima sufra violencia. De ahí que sean erróneas tales sentencias absueltas, máxime que las mismas son incongruentes al condenar, por una parte, por el daño material y absolver por el moral *porque, según los jueces y magistrados, no existen medios de prueba*

en el proceso: Nosotros pensamos que o condenan a la reparación total del daño o absuelven porque, de otra manera, resultarían incongruentes las sentencias.

Por ello hacemos hincapié al insistir, en el mismo tema de reparación del daño, en el momento de opinar sobre las resoluciones:

*El suscripto difiere del tratamiento que dio la mayoría de este órgano colegiado con relación al pago de la reparación del daño moral y perjuicios ocasionados, y para explicar las razones de mi voto concurrente, se debe precisar que no pasa inadvertido para el suscripto, que la Sala responsable no atendió cabalmente a lo dispuesto por la fracción IV del artículo 20, apartado B, de la Constitución, ya que no obstante que condenó al ahora quejoso por la comisión del delito de robo agravado, no podía absolverlo del pago del daño moral y los perjuicios ocasionados a los ofendidos, atento a lo establecido en dicha fracción que en lo conducente es del tenor siguiente: Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el culpable, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: (...) B. De la víctima o del ofendido: (...) IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño (...).*

En efecto, si el a quo al momento de dictar la sentencia condenatoria contra el aquí imputante de garantías, consideró no condenar al quejoso por carecer de medios de prueba para cuantificar dichos aspectos,

debió tomar en cuenta que aquéllos prescriben al año y dejar a salvo los derechos de la víctima u ofendido para que a través del incidente respectivo en ejecución de sentencia, en el cual el agente del Ministerio Público o su coadyuvante, pudiera aportar elementos de prueba que permitieran establecer bases o parámetros objetivos para que el juzgador se pronunciara, dando vista al sentenciado a fin de que manifieste lo que a su interés conviniera. Al efecto, es aplicable la Jurisprudencia 1a./J. 145/2005, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 170 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, marzo del año 2006, Materia Penal, Novena Época, de rubro y texto siguientes: **REPARACIÓN DEL DAÑO. ES LEGAL LA SENTENCIA CONDENATORIA QUE LA IMPONE AUNQUE EL MONTO CORRESPONDIENTE PUEDA FIJARSE EN EJECUCIÓN DE ÉSTA.** El artículo 20, Apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como garantía individual de las víctimas u ofendidos de un delito, la reparación del daño para asegurar de manera puntual y suficiente la protección a sus derechos fundamentales y responder al reclamo social frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre aquéllos, garantizando que en todo proceso penal tengan derecho a una reparación pecuniaria por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, para lograr así una clara y plena reivindicación de dichos efectos en el proceso penal; destacando la circunstancia de que el Constituyente reguló los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal,

**al exigir para la libertad del inculpado una caución suficiente que garantice la reparación de los daños y perjuicios, lo cual confirma que en todo procedimiento penal debe tutelarse como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, a fin de reconocerle la misma importancia a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculpado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito. De lo anterior, se concluye que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y, por ende, al ser parte de la condena impuesta en el procedimiento penal, deberá acreditarse en éste y no en otro; sin embargo, su quantum no es parte de la sentencia condenatoria, sino que es una consecuencia lógica y jurídica de ésta, porque lo que se acredita en el procedimiento penal es el derecho del ofendido o la víctima para obtener la reparación del daño con motivo del ilícito perpetrado en su contra; de ahí que cuando el Juez no cuente con los elementos necesarios para fijar en el fallo el monto correspondiente, podrá hacerlo en ejecución de sentencia, por así permitirlo el citado precepto constitucional.**

Asimismo, cabe hacer hincapié que contrario a lo resuelto por la mayoría de este órgano colegiado, en el sentido de que en el acto reclamado ni siquiera debía examinarse lo concerniente a la reparación del daño moral y perjuicios, dicha circunstancia no se ajusta cabalmente a lo dispuesto por los artículos 415 y 427 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de los cuales se advierte que el tribunal de alzada al conocer del medio de impugnación ordinario

interpuesto por el sentenciado o su defensor, cuenta con las mismas facultades que el Juez natural, y por lo tanto, debe ocuparse de todos los aspectos materia de la sentencia de primera instancia, tanto mas cuanto que en el caso, quienes apelaron de la totalidad de la sentencia impugnada, fueron el ministerio público como el aquí quejoso; de lo que se sigue, que no le asista la razón jurídica a la mayoría de este órgano colegiado, al estimar que el tribunal de alzada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 415 del citado código adjetivo de la materia y fuero, sólo tenía el deber de examinar los agravios aducidos, lo cual no implica realizar un estudio de los aspectos ya citados como si se tratara de un órgano jurisdiccional de primera instancia. Al efecto, es aplicable por identidad jurídica de razón y en lo conducente la Jurisprudencia número I.10º.P.J4, emitida por este propio Décimo Tribunal Colegiado, visible en la página 1577, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre del año 2004, Materia Penal, Novena Época, de rubro y texto siguientes: **APELACIÓN EN MATERIA PENAL. AL REASUMIR JURISDICCIÓN EL TRIBUNAL DE ALZADA DEBE ESTUDIAR TODOS LOS ASPECTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA, SI QUIEN APELA ES EL SENTENCIADO O EL DEFENSOR. La disposición contenida en el artículo 366 del Código Federal de Procedimientos Penales, relativa al doble efecto, entre ellos, el devolutivo, en que debe admitirse la apelación de una sentencia definitiva en la cual se imponga alguna sanción, implica que el a quo devuelve la jurisdicción al juzgador de segundo grado, quien tiene la obligación de examinar, sin ninguna limitación, si el o los hechos que constituyen la**

**causa son penalmente relevantes, no solamente a la luz de los agravios expresados, sino también para reexaminar si no se alteraron los hechos; si en la resolución recurrida no se aplicó la ley correspondiente o se aplicó ésta inexactamente; si se violaron los principios reguladores de la valoración de las pruebas; o no se fundó o motivó correctamente el acto apelado, por tratarse de la materia penal en que los apelantes son el defensor o el sentenciado, pues en estos casos, con o sin expresión de agravios deben analizarse estas hipótesis previstas en el numeral 363 del citado ordenamiento procesal federal, pues de lo contrario la alzada responsable incurre en una ausencia de fundamentación y motivación en la resolución reclamada.** Situación distinta acontece cuando quien impugna la sentencia condenatoria es únicamente el Ministerio Público, pues en este caso el ad quem debe tomar en cuenta que la formación de la litis en segunda instancia se limita a confrontar la resolución apelada frente a los agravios emitidos por esta parte en favor de quien no existe suplencia alguna de queja.

Asimismo, es aplicable por identidad jurídica de razón y en lo conducente, la Jurisprudencia por Contradicción 77/2008, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada en sesión de 2 de julio de 2008, de rubro y texto siguientes:

**SUSTITUCIÓN DE MULTA POR JORNADAS DE TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD O POR CONFINAMIENTO. EL TRIBUNAL DE ALZADA DEBE PRONUNCIARSE AL RESPECTO SI EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA OMITIÓ HACERLO, AUNQUE**

**NO EXISTE APELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO).** Aun cuando el procedimiento penal se tramite en dos instancias y en la primera se omita establecer la sustitución total o parcial de la multa impuesta ante la insolvencia del sentenciado por prestación de trabajo no remunerado en favor de la comunidad o por confinamiento en caso de insolvencia e incapacidad física del sentenciado, subsiste la obligación del tribunal de alzada para resolver en torno a dichas sustitutivas, aunque no exista apelación del Ministerio Público al respecto, sin que con ello se vulnere la esfera de derechos públicos subjetivos del sentenciado. Lo anterior es así, porque independientemente del carácter de pena de la imposición de tales jornadas o la obligación de residir en un determinado lugar y no salir de él, y al margen de que el representante social interponga o no un recurso a ese respecto, conforme al artículo 24 del Código Penal del Estado de México, ordenar las indicadas sustitutivas no es facultativo sino un imperativo para el órgano jurisdiccional cuando se actualicen y subsistan las condiciones de insolvencia o, de insolvencia e incapacidad previstas en el citado precepto, pues en caso de que éstas desaparezcan, deberá pagarse la multa impuesta originalmente.

En efecto, se dice que es incorrecta tal consideración, porque el citado artículo, si bien repite la vieja regla procesal romana TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM; la devolución de la causa al juzgador de segundo

*grado hace que se examine totalmente el o los hechos consignados, sin alguna limitación y no solamente a los hechos controvertidos de la decisión judicial a los cuales se refieren los agravios interpuestos, por tratarse de la materia penal en la que los apelantes son el defensor o el sentenciado; casos en los cuales con o sin expresión de agravios, deben de analizarse las hipótesis previstas en los mencionados artículos 415 y 427 del Código de Procedimientos Penales local, lo cual no sucede así cuando el apelante es únicamente el Ministerio Público, dado que la formación de la litis en segunda instancia, se limita a confrontar la resolución impugnada frente a los agravios emitidos por esta parte en favor de quien no existe suplencia alguna de queja, por ello el conocimiento de la causa se limita a los puntos controvertidos de la decisión a los cuales se refieren los agravios interpuestos, como así lo menciona la Jurisprudencia número 34 que la mayoría cita. Por lo que, si en el presente caso quien apeló la totalidad de la sentencia fue también el quejoso y el defensor oficial del ahora amparista, el tribunal de apelación responsable debe haber reasumido su soberanía, jurisdicción devuelta por el a quo, y examinar totalmente si el hecho es penalmente relevante, si quien lo cometió fue el ahora peticionario de garantías, si estuvieran correctamente individualizadas las sanciones principales y debidamente fundadas y motivadas las demás penas secundarias y accesorias, así como los respectivos substitutivos y suspensión condicional de la misma, y la suspensión de los derechos políticos, lo hayan*

*o no aducido como motivos de agravio, porque existe suplencia de la queja en materia penal. Sin embargo, se hace hincapié que la Sala responsable no debió absolver del pago de la reparación de los perjuicios ocasionados por no existir bases para su cuantificación, sino que las consideraciones hechas en ese sentido quedaban subsistentes porque tal aspecto no fue impugnado por la representación social adscrita al tribunal de apelación; por lo que, atendiendo a los fines del amparo, lo resuelto por el ad quem respecto a la absolución de la reparación al resarcimiento de algún daño moral y perjuicios ocasionados por no existir medios de prueba para su cuantificación, quedarán subsistentes. Estas son las razones que me impulsaron a formular mi voto concurrente.*

El penúltimo comentario queharemos en este tópico se referirá al nuevo derecho fundamental otorgado a la víctima u ofendido por el delito, por la fracción V, del apartado C del reformado artículo 20 constitucional, relativo al resguardo de su identidad y otros datos personales. Dicha fracción señala:

**V.- (...) Cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección salvaguarda en todo caso los derechos de la defensa (...).**

Al desaparecer los careos, se aprovechó para introducir esta garantía correlativamente a la prevista en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional referida a la protección de los datos personales de todo individuo.

Ambos derechos fundamentales tienen un punto



en común: la protección de la personalidad entendiendo ésta en un sentido filosófico, como el ser del individuo, su manifestación de diversidad y la exigencia del respeto a su esencia o modo de expresarse en sus relaciones sociales.

Los menores de edad, que han tenido un careo ingrato con la vida al ser víctimas de un delito, son llevados por éste hasta profundos abismos de los cuales hay necesidad de rescatarlos. A esta hipótesis se refiere la garantía constitucional en comento: cuando se trate de víctimas de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada se debe de mantener un resguardo de su identidad a fin de que, cuando sean adultos, no los alcancen los recuerdos y los inhiban a desarrollar su personalidad completamente.

Pero las reformas a la Constitución van más allá al exigir al Ministerio Público la obligación de garantizar la protección a las víctimas, ofendidos, testigos y, en general, a todos los sujetos que intervengan en el proceso. Lo anterior se comprende en vista de la experiencia jurisdiccional: muchas veces, el imputado, sus amigos y hasta sus familiares amedrentan a esos sujetos de la relación procesal para que no identifiquen al autor del delito; los amenazan a fin de que no concurran a la diligencia de desahogo de algún medio de prueba con lo cual la búsqueda de la verdad se vuelve incompleta, lo que conduce a la absolución del imputado, ante la insuficiencia de pruebas.

Por último, advertimos que estas reformas constitucionales derogaron lo que es ahora el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, relativo al control jurisdiccional del no ejercicio y desistimiento de la acción penal, para aparecer ahora como fracción VII del apartado C del artículo 20 constitucional como un derecho de las víctimas o del ofendido:

**VII.- *Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.***

El cambio de lugar constitucional no borra la garantía de control jurisdiccional sobre la actividad del Ministerio Público ejercida como un derecho fundamental de las víctimas, a quienes el interés jurídico los impulsa a combatir dichas acciones u omisiones al causarles realmente perjuicios.

**Bibliografía**

- Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, Madrid, 2001.
- Binder, Alberto M.: *El incumplimiento de las formas procesales*, ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2000.
- Cerda San Martín, R. y Hermosilla Iriarte, F.: *El Código Procesal Penal, comentarios, concordancias y jurisprudencia*, ed. Librotecnia, tercera edición, Chile, 2008.
- Chahuán Sarras, Sabás: *Manual del nuevo procedimiento penal*, sexta edición, ed. Legal Publishing, Chile, 2009.
- Correa Selamé, Jorge Danilo: *Procedimiento abreviado y salidas alternativas*, ed. Thomson Reuters Puntolex, Chile, 2009.
- Damaska, Mirjan R.: *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

- García Amado, Juan Antonio: *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, ed. Universidad Externado de Colombia, reimpresión 2005.
- Habermas, Jürgen: *Teoría de la Acción Comunicativa, Teorías de la Verdad*, ed. Taurus, Madrid.
- Maier, J.: *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, segunda reimpresión, Buenos Aires, 2002.
- Morello M. Augusto: *La prueba. Tendencias modernas*, ed. Abeledo Perrot, Argentina, 1991.
- Muñoz Neira, Orlando: *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, primera edición, ed. Legis, Colombia, 2008.
- Parra Quijano, Jairo: *Manual de Derecho Probatorio*, décima séptima edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda, Bogotá, 2009.
- Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Schuneman, Bernd: *Crítica del modelo norteamericano del Procedimiento Penal, Derecho Penal y Política Criminal*, edit. UBIJUS, México, 2010.
- Sucar German: *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

## Derecho Penal y analogía

Carlos Requena<sup>1</sup>

RESUMEN: El tema de la analogía en el Derecho penal representa un aspecto peculiar, pero especialmente relevante, del más amplio concepto de la analogía jurídica. En el Derecho positivo mexicano, el tema se vincula necesariamente con la prohibición constitucional de la aplicación analógica de la ley penal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14, párrafo tercero, de nuestra Constitución Federal. Sin embargo, dicha prohibición, coincidente con el principio de legalidad en materia penal, no se identifica con la labor interpretativa de la norma, presupuesto indispensable, como momento esencial de la aplicación de la ley al caso concreto. Interpretar es el procedimiento lógico por medio del cual se manifiesta y se pone en evidencia el contenido de la disposición legislativa. En tal contexto, la interpretación de la ley penal se refiere a esta dilucidación del significado de la norma, y resulta inseparable de la dimensión funcional del derecho.

SUMARIO: Introducción. I. Aplicación e interpretación analógicas. II. Rango constitucional de la prohibición de la analogía en materia penal. III. Analogía, normas procedimentales y *favor rei*. IV. Bibliografía.

<sup>1</sup> Carlos Requena es abogado penalista, Socio de REQUENA ABOGADOS, S.C.



## Introducción

El tema elegido constituye un punto de partida para la reflexión a propósito del razonamiento por analogía en el ámbito del Derecho penal. Particularmente, la cuestión propuesta se relaciona con las posibilidades de emplear este tipo de discurso como método interpretativo frente a la prohibición constitucional de los ordenamientos contemporáneos de aplicación analógica de la ley penal, especialmente en atención a la formulación de las decisiones judiciales.

El renovado interés por parte de los estudiosos y prácticos del Derecho por las cuestiones de argumentación coloca de nuevo en la discusión los aspectos estructurales y funcionales de la analogía, como forma de razonamiento ampliamente difundido en la actividad teórica y práctica de las disciplinas jurídicas; la analogía permite reorientar los postulados de la escuela kelseniana, de acuerdo con los cuales el empleo de este discurso no sólo sería desaconsejable en el mundo del Derecho, sino que incluso debería quedar absolutamente proscrito. En efecto, el principal cometido asignado por la doctrina a la analogía es la integración y solución de *las lagunas*, coincidente con la prohibición constitucional de la aplicación analógica de la ley penal. Al respecto, afirma el jurista del círculo de Viena que (...) *no existen lagunas auténticas en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes, porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso.*<sup>2</sup>

Sin embargo, entre ese rol de la analogía, coincidente con lo que la doctrina denomina *integración*, y su utilización como método de interpretación de toda norma -incluso penal-, hay un amplio espacio, por lo que el

presente estudio abordará esta temática, sin pretensiones de exhaustividad, y con el sólo propósito de contribuir a la discusión académica.

## I. Aplicación e interpretación analógicas

A partir de la lectura de las obras dedicadas a la argumentación y de los diversos tipos de razonamientos empleados por los juristas, es posible constatar que la distinción entre la analogía y una determinada especie de interpretación (concretamente, la interpretación extensiva) ha sido desconocida varias veces y en diversas épocas por la dogmática jurídica, hasta el punto de confundir ambas operaciones del intelecto. Fue con motivo del proceso de racionalización del Derecho, con el concomitante abandono de los esquemas propios de la Edad Media, que el tema de la analogía cobró una importancia hasta entonces inusitada en el campo del Derecho penal, a efecto de considerarla unánimemente inadmisible en todos los tratados doctrinales modernos e ilustrados, por lo menos en relación con la normas que contuvieran sanciones de carácter punitivo; ello condujo a la afirmación de un principio basilar de los ordenamientos contemporáneos como es *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. De esta forma, la Escuela penal considerada clásica postuló la absoluta prohibición de toda forma de interpretación extensiva de normas sancionatorias y se inclinó, por el contrario, hacia la interpretación restrictiva.<sup>3</sup>

Hoy en día, los muy abundantes y profundos estudios destinados a los aspectos funcionales del Derecho muestran el predominio de una terminología más clara y uniforme: lo que Carrara y su escuela llamaron

<sup>2</sup> Kelsen, H.: *Derecho y lógica...* cit., p. 10.

<sup>3</sup> Carrara, F.: *Programma...* cit., parágrafo 980.

*interpretación extensiva* se denomina actualmente *aplicación analógica* de la ley penal, prohibida en todos los sistemas jurídicos contemporáneos de occidente, entre ellos, el Derecho penal mexicano, según dispone el artículo 14, párrafo tercero, constitucional.<sup>4</sup> Frente a esta prohibición, se alza el procedimiento o *método de interpretación analógica*, propio y necesario de toda actividad relacionada con la práctica jurídica.

Consecuentemente, desde la perspectiva actual, la *interpretación analógica* traduce el resultado del descubrimiento, alcanzado por el intérprete, de que tras la expresión literal de una determinada disposición normativa se encierra un contenido semántico más amplio que, pese a no enunciarse explícitamente, se encuentra incluido en ella.

Por su parte, el método de *aplicación analógica* es la operación intelectual que se realiza remontándose de una norma expresa a un principio contenido en ella; principio a partir del cual puede derivarse la formulación de una norma hasta entonces no expresa, que es justamente la que contiene la regla aplicable al caso análogo al que se encuentra expresamente normado.<sup>5</sup>

Entre estos dos métodos independientes existe, en definitiva, una distinción que la doctrina jurídica conoce con los nombres de *integración* e *interpretación*, es decir, la función que tiene por finalidad colmar una laguna y desentrañar el sentido o significado de un enunciado

<sup>4</sup> Artículo 14 (...) En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata....

<sup>5</sup> Los trabajos sobre el tema de la analogía forman un campo inabarcable; clásicos son los de Klug, U.: *Lógica jurídica...* cit., pp. 140-176, y los de Bobbio, N.: *L'analogia...* cit., *passim*. Entre los investigadores acionales, puede citarse Soriano Cienfuegos, C.: *La descalificación de la analogía...* cit., pp. 321-331.

normativo, respectivamente; esta distinción se encuentra presente en la jurisprudencia de los tribunales mexicanos y, para constatarlo, basta con leer lo siguiente:

*SALUD, DELITO CONTRA LA. INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN MATERIA PENAL (ESTUPEFACIENTES. ARTICULO 292 DEL CÓDIGO SANITARIO ANTERIOR A LA LEY GENERAL DE LA SALUD VIGENTE).*

*El artículo 292 del Código Sanitario (abrogado por la Ley General de la Salud, vigente a partir del 10. de julio de 1984), preceptúa que es estupefaciente (después de enumerar una serie de sustancias) «cualquier otro producto derivado o preparado que contenga sustancias señaladas en la lista anterior, sus precursores químicos y en general los de naturaleza análoga y cualquiera otra sustancia que determine el Consejo de Salubridad General». Por lo tanto, si en un proceso se precisa que la sustancia relacionada en los autos tiene propiedades análogas con otra enumerada por la ley, debe resolverse que existen elementos suficientes para estimar que el caso está previsto en lo expuesto por el artículo 292 mencionado, y que es debida su aplicación, pues no es lo mismo integrar analógicamente la ley, lo cual está prohibido penalmente, que interpretar la ley acudiendo al sistema analógico. No se pierde de vista, en lo anterior, que la legislación especial se encuentra en imposibilidad de prever exhaustivamente todos los estupefacientes existentes, ante el universo de las drogas, tomando en cuenta, además, que se presentan en infinidad de formas, con distintas membresías y diversas constitutivas de carácter químico.*<sup>6</sup>

<sup>6</sup> El énfasis es nuestro. Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, t. II. pp. 92, 181-186.

La afirmación contenida en el criterio judicial transscrito, que enfatiza la distinción entre integrar (procedimiento prohibido penalmente) e interpretar la ley (recurriendo a la analogía incluso en el ámbito penal), parece pacíficamente aceptable y aceptada por la doctrina penal. Carmona Castillo<sup>7</sup> pone en claro esta temática con las siguientes palabras:

*Si bien la analogía y el procedimiento analógico están proscritos en el ámbito penal, no acontece lo mismo con la llamada interpretación analógica, la cual se permite en aquellos casos en que es voluntad propia de la ley que ésta se aplique a situaciones análogas a las previstas en la misma, como sucede, por ejemplo, en nuestro Código Penal cuando utiliza expresiones como las de ‘cualquier otra cosa’ (...) e incluso expresiones como la de ‘en casos análogos’.*

Sin embargo, como sucede con frecuencia en la disciplina jurídica, entre la fijación dogmática del concepto y su aplicación a las situaciones reales, la nitidez de la distinción puede perderse y no resultar tan clara como se encuentra definida teóricamente. En otras palabras, aunque impecable en el plano doctrinal, la distinción entre lo penalmente prohibido (integración) y lo penalmente permitido (interpretación) en relación al empleo de la analogía, no es tan clara cuando se desciende a los casos concretos resueltos por los tribunales, como se expone a continuación:

**FRAUDE PROCESAL. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL NO CONTRAVIENE EL ARTICULO 14, TERCER PÁRRAFO, CONSTITUCIONAL, SI EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN ESTABLECE QUE ESTA SANCIONADO CON PENA DE PRISIÓN, AUN Y**

<sup>7</sup> Carmona Castillo, G. A.: *La interpretación...* cit., pp. 70-71.

#### **CUANDO SE HAYA OMITIDO LA PALABRA «PRISIÓN» EN EL ARTICULO 142 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.**

*De la lectura del artículo 142 del Código Penal vigente en el Estado de Chihuahua, que tipifica el delito de fraude procesal, se advierte que el legislador fue omiso en referirse al término «prisión», pues sólo estableció que se impondrán de seis meses a cinco años y multa de diez a cincuenta veces el salario, al que simule actos jurídicos, o altere elementos de prueba, para obtener una resolución jurisdiccional de la que se derive el perjuicio de alguien o un beneficio indebido; sin embargo, ello no significa que el delito en cita no merezca pena de prisión, pues la aludida omisión en nada afecta el alcance legal de dicha disposición; por tanto, si la autoridad jurisdiccional decreta auto de formal prisión a la parte quejosa, por dicha infracción antisocial, y establece que está sancionada necesariamente con pena de prisión, con ello no viola el principio de legalidad, toda vez que éste no excluye la interpretación judicial de la ley penal, por el contrario, la autoridad jurisdiccional puede válidamente interpretarla para aplicarla al caso concreto, pues a través de la interpretación técnico-jurídica de la ley se desentraña su contenido y alcance; además, se debe distinguir entre interpretación analógica y aplicación analógica, pues son cuestiones distintas que generalmente se equiparan, siendo que la primera no es más que el camino por medio del cual conocemos el contenido de la ley y la segunda se refiere a la aplicación de la ley penal en casos no previstos expresamente en la misma, pero que guardan una similitud con dicha ley; y al respecto lo que prohíbe el artículo 14, tercer párrafo, constitucional, es la*



aplicación analógica de la ley penal, pero no su interpretación analógica, que sí está permitida, y el juzgador al interpretarla no debe ceñirse a su literalidad sino que debe hacerlo en forma extensiva, por lo que el actuar de la autoridad jurisdiccional al decretar auto de formal prisión contra la parte quejosa, estableciendo que la citada figura jurídica se castiga necesariamente con pena de prisión, no es aventurado, toda vez que la omisión de la palabra ‘prisión’, en nada puede afectar el alcance de la referida disposición legal, pues dado el sistema que informa al Código Penal del Estado de Chihuahua, tiene que sobrentenderse que los seis meses a cinco años a que el mismo se refiere, tienen que ser de prisión, como ya lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en casos análogos, habida cuenta que de la redacción íntegra del propio precepto se deduce que la pena no puede ser otra que la de prisión, lo que indica claramente que el que no haya sido asentada la mencionada palabra, sólo evidencia una errata u omisión de imprenta, que el juzgador puede suplir, sin que ello signifique contravención a lo dispuesto por el artículo 14, tercer párrafo, constitucional, pues lo que dicho precepto constitucional prohíbe es que en los juicios del orden criminal, se imponga por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata y, lógicamente, no puede entenderse que el solo hecho de que el juzgador, sin apartarse del espíritu de la ley, interprete o supla los errores gramaticales, signifique la aplicación de una sanción que no está expresamente contemplada en la ley; consecuentemente, si en el auto de formal prisión que se combate en amparo se estableció que

*el delito de fraude procesal está sancionado con pena de prisión, con ello no se agravia a la parte quejosa.*<sup>8</sup>

Como se advierte de la lectura de este criterio, el tribunal estima que la suplencia de la palabra *prisión* está contenida en el procedimiento autorizado de interpretación de la ley penal y no coincide, desde ninguna óptica, con el prohibido de la integración. En sus propios términos, el punto de vista sostenido por el tribunal se traduce en que el hecho que no se encuentre la palabra *prisión* al lado de los períodos de tiempo contenidos en el tipo penal de fraude procesal es sólo *una errata u omisión de imprenta*. A este respecto nos preguntamos: ¿Es éste un caso de interpretación o de integración? ¿Es un procedimiento permitido o prohibido al juzgador?

De acuerdo con lo transcrita, y trasladándolo al pronunciamiento hecho en la tesis relativa al fraude procesal, no es dable *integrar la norma* con la palabra *prisión*, aun cuando el pensamiento del legislador resulte obvio y no haya duda alguna sobre lo que pretendió establecer.

Sobre el particular, nuestro máximo tribunal mexicano, al resolver algunas contradicciones de tesis, ha sostenido la siguiente tesis

**FALSEDAD EN DECLARACIONES RENDIDAS ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL. EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 247 DEL AHORA CÓDIGO PENAL FEDERAL VIOLA LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, EN LA PARTE QUE SEÑALA «SE IMPONDRÁN DE DOS A SEIS AÑOS», PORQUE NO ESPECIFICA LA NATURALEZA DE LA PENA (DIARIO**

<sup>8</sup> El énfasis es nuestro, Tesis: XVII.20.21 P. Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, marzo de 1997, p. 805.

**OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL DIEZ DE ENERO  
DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO).**

El artículo 14, párrafo tercero, constitucional, consigna como garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, la prohibición de imponer penas que no estén establecidas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, prohibición que recoge el inveterado principio de derecho penal, que se enuncia como *nulla poena sine lege*. El alcance de dicha garantía no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que obliga al legislador a emitir normas claras en las que se precise la consecuencia jurídica de la comisión de un ilícito a fin de evitar un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador. Bajo estas premisas, es válido concluir que el primer párrafo del artículo 247, fracción I, del citado Código Penal, con motivo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro que establece como una de las sanciones previstas para el delito de falsedad en declaraciones ante autoridad distinta de la judicial, que «se impondrán de dos a seis años», sin especificar la naturaleza de la pena a que se refiere dicho lapso, resulta violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal y, por ende, de la garantía de seguridad jurídica, al no precisar la naturaleza de una de las dos penas que corresponden a la conducta que describe en su fracción I, esto es, mientras que la sanción pecuniaria se determina expresamente, señalándose los días

multa correspondientes, el otro tipo de sanción resulta desconocido para los gobernados, al omitirse la clase de pena a que se refiere, generando incertidumbre tanto para éstos como para los juzgadores obligados a aplicar dicho precepto. La inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 247 del Código Penal Federal afecta específicamente a la pena temporal aplicable a la comisión del ilícito descrito en éste y no así a la sanción pecuniaria prevista en el mismo, la que deberá ser aplicada en los casos concretos que deban resolver los juzgadores, en el entendido de que es sólo la porción normativa precisada la que se estima viciada, subsistiendo válidamente tanto el tipo penal como la sanción pecuniaria respectiva.<sup>9</sup>

No obstante la notoria disparidad de criterios jurídicos, entre los cuales, como resulta natural, debe prevalecer el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es posible extraer dos conclusiones de este apartado, a saber: por un lado, la distinción entre integración e interpretación, es decir, entre aplicación analógica de la ley penal e interpretación de su sentido; esta distinción es aceptada de manera muy firme desde las posturas teóricas,<sup>10</sup> sin que existan opiniones que puedan desestimarla por medio de argumentos válidos; y, por el otro lado, que dicha distinción da lugar a un procedimiento prohibido o permitido, respectivamente, por lo que se refiere a la definición de delitos y el establecimiento de penas.

Este último señalamiento, la fijación de las penas, presenta la ocasión para discutir un aspecto no contenido en forma explícita en la prohibición constitucional de la integración analógica, especialmente a la luz de las

<sup>9</sup> El énfasis es nuestro: registro no. 183825. Jurisprudencia, Pleno, CONTRADICCIÓN, 19/2007-PL, Materias constitucional y penal.

<sup>10</sup> Jiménez de Asúa, L.: *Tratado...* cit., pp. 414 ss.

importantes reformas, introducidas en materia penal en el año 2008, relativas a las medidas de seguridad.

## **II. Rango constitucional de la prohibición de la analogía en materia penal**

El principio de prohibición de aplicación analógica de la ley penal se encuentra contenido en las leyes fundamentales de todos los Estados de Derecho<sup>11</sup> y, en nuestro sistema, como se ha señalado, se enuncia en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional: se prohíbe imponer por analogía (y por mayoría de razón), pena alguna que no esté prevista en ley (*nulla poena sine lege*). Pero, ¿Qué decir de las medidas de seguridad, en tanto que no son penas? Es decir, quedan o no comprendidas en la prohibición constitucional.

Pese a que la prohibición sólo se refiere expresamente a *las penas*, nuestro sistema prevé también constitucionalmente que toda restricción a la libertad debe estar prevista y regulada por la ley, de acuerdo con lo que se establece en el párrafo segundo del propio artículo 14 de la Constitución Federal.<sup>12</sup>

La doctrina acepta, en forma unánime, que normas como la referida norma constitucional se traducen en prohibiciones no sólo para los jueces, sino también para los legisladores; ello se explica porque el sistema penal elevado a rango constitucional en los Estados democráticos no sólo está integrado por la prohibición de la aplicación analógica de la ley, sino también por el principio de

irretroactividad; lo referido a la imposición de las penas involucra a los principios de reserva de ley, de taxatividad o determinación de la ley penal. Particularmente, el sistema está orientado a prohibir tanto la integración por analogía de la ley penal, como la promulgación de leyes que permitan la aplicación analógica de normas punitivas.

Lo anterior es así porque la prohibición de la analogía en nuestro Derecho, como en todos los que presentan la misma matriz democrática, respecto de las normas que prevén delitos y sanciones penales resulta, como bien ha sido iluminado por la dogmática jurídica, una prohibición que no descansa en una cuestión estructural del ordenamiento, es decir, no es de carácter lógico, sino más bien obedece a un principio axiológico y político;<sup>13</sup> ello como consecuencia de que representa una garantía para la persona en contra de la arbitrariedad judicial, pero también en contra de la arbitrariedad de los restantes poderes del Estado, es decir, de la arbitrariedad de los actos administrativos y legislativos.

Pese a que la analogía no es, por sí misma, sinónimo de arbitrariedad, muchas veces, en épocas pasadas, fue utilizada para alcanzar fines arbitrarios, constitutivos de prácticas contrarias a Derecho. En este sentido, la taxatividad de las conductas típicas y de las penas es un principio arraigado profundamente en las concepciones políticas modernas, es decir, contractualistas, según las cuales, el Derecho es más que un orden, constituye la estructura y la forma misma de una sociedad.

En virtud de ello parece encontrar suficiente justificación la postura de acuerdo con la cual las *medidas de seguridad*, aun cuando no están mencionadas explícitamente en la prohibición constitucional del

<sup>11</sup> Spasari, M.: *Diritto penale...* cit., p. 89.

<sup>12</sup> Art. 14... *Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho....*

<sup>13</sup> Vassalli, G.: *Analogia...* cit., p. 163.

artículo 14, párrafo tercero, deben regirse por los mismos principios a los que se ha hecho alusión en las líneas precedentes, pues, en efecto, no puede pasarse por alto que nuestro sistema jurídico, al prohibir cualquier forma de restricción a la libertad personal que no cumpla con los extremos contemplados en el párrafo segundo del mismo numeral, se enlaza indisolublemente con el principio de taxatividad; por consiguiente, sería absurdo considerar que este principio opera a rango constitucional exclusivamente para las sanciones de carácter penal o sólo algunas categorías de conductas típicamente antijurídicas.

En todos los casos en que el Derecho penal busca afianzar su orientación práctica en principios dogmáticos reconocidos, especialmente por lo que se refiere a la prohibición de la aplicación analógica de la ley, no se vincula a los aspectos derivados del concepto de reserva de ley, sino, justamente, acude a la tipicidad y a la taxatividad para dar coherencia a su dimensión funcional. En efecto, esta posición, que se estima correcta, afortunadamente se encuentra confirmada por los criterios de nuestros tribunales cuando postulan principios como el contenido en el rubro citado a continuación:<sup>14</sup>

*JUSTICIA PARA ADOLESCENTES INFRACTORES. LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORIDAD DE IMPONER UNA MEDIDA DE TRATAMIENTO EN INTERNAMIENTO A UNA CONDUCTA NO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 30 DE LA LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES PARA EL DISTRITO FEDERAL, IMPLICA SANCIONAR POR ANALOGÍA EN CONTRAVENCIÓN A LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*

<sup>14</sup> Tesis: I.6o.P. 138 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, p.2357.

En síntesis, sostendemos, como parece ser la opinión común, que la constitucionalización del principio contenido en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución, debe entenderse en el sentido de abarcar también las medidas de seguridad y a los hechos que son presupuesto para su aplicación, con base en el principio de taxatividad de la ley penal, como ha quedado señalado.

### **III. Analogía, normas procedimentales y *favor rei***

Tal y como se encuentra estructurada, la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal guarda coherencia con la vigencia de un Estado de Derecho, en tanto que se resuelve en una garantía contra la arbitrariedad en el ejercicio del poder público. Es precisamente, desde este punto de vista, que una buena parte de la doctrina considera que la prohibición referida se centra en el aspecto *negativo* de la analogía; es decir, que resulta prohibida siempre que desee aplicarse *in malam partem*, de donde podría concluirse que dicha prohibición no opera en caso contrario (o, sea, *in bonam partem*) lo que, a su vez, ha llevado a distinguir ulteriormente entre normas favorables y desfavorables al reo y a la afirmación de principios penales como el de *in poenibus benignior interpretatio est facienda*, o la postulación de una orientación favorable al imputado, *favor rei*, de todo el sistema penal; este tipo de aseveraciones pueden encontrarse entre los autores clásicos, como Carrara, quien no duda en sostener categóricamente: *por analogía no puede aplicarse la pena de un caso a otro; por analogía debe aplicarse de un caso a otro la excusa.*<sup>15</sup>

No obstante este respetable testimonio, desde el punto de vista del Derecho sustantivo, una norma que

<sup>15</sup> Op. cit., n. 2, parágrafo 980.

obligue a la aplicación analógica de la norma penal *in bonam partem* no se encuentra expresamente formulada en nuestro ordenamiento mexicano, y toda regla *pro reo* parece ser posible concebirse y establecerse únicamente en el ámbito del Derecho procesal, concretamente en relación con el Derecho probatorio, vinculándola con la existencia de una duda sobre la responsabilidad.

El tema de la analogía *in bonam partem* ha suscitado controversia entre los doctrinarios del Derecho penal desde las primeras décadas del siglo XX, específicamente a inicios de los años veinte, cuando los modelos europeos existentes fueron sometidos a fuertes críticas (en especial, los postulados de la llamada escuela clásica); según estas críticas, el diseño legislativo resultaba insuficiente y extremadamente escueto para dar lugar a las causas de justificación depositadas en manos de los jueces.

En ese contexto académico, presentado como un frente común ante el programa del legislador, la punibilidad de las conductas delictivas, tipificadas como tales de acuerdo con la valoración de la sociedad, trajo consigo un cúmulo de problemas dogmáticos insertos en el marco de la política criminal, de modo que muchas de estas conductas urgían la posibilidad de quedar justificadas, sin que ello fuera posible dentro de los límites hasta entonces planteados por el sistema penal. Se emprendió entonces la tarea de construir un estado de necesidad justificante que se encontrara por encima de la ley, basándolo en los principios reconocidos por la doctrina y referido de modo especial a las causas de exculpación.<sup>16</sup> Un concepto clave para favorecer esta transición lo constituye la revisión crítica del concepto de culpabilidad y su vinculación con el juicio de reproche, desde la óptica de la inexigibilidad

de la conducta. Entonces se abrió camino la corriente que defendió como posible reconocer en sede judicial algunas causas excluyentes de la culpabilidad, aun cuando no estuvieran contenidas en los textos normativos sancionados por el legislador.

En la actualidad, el debate sobre la posibilidad de la analogía *in bonam partem* se vincula con el desenvolvimiento de la configuración del sistema de causas de justificación, acentuando sus aspectos con los derechos de defensa, comprendiendo instituciones tan discutidas como vitales para el funcionamiento del sistema penal, como son, además de las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, excusas absolutorias y atenuantes; todas ellas dependen, como resulta evidente, del alcance y los límites que sean asignados al principio de legalidad en materia penal.

De conformidad con un punto de vista que podríamos denominar *conservador*, el principio de legalidad informaría la totalidad del sistema penal, trayendo como consecuencia que los principios de taxatividad, irretroactividad, de reserva de ley y la prohibición de analogía, no sólo se verían reflejados en las descripciones típicas (tipo penal) y en las agravantes, sino también en el sistema de eximentes y atenuantes de responsabilidad penal; por esta razón, la analogía *in bonam partem* no tendría cabida en el sistema penal, quedando el juez solamente facultado a interpretar las causas de justificación, de exculpación, atenuantes y excusas absolutorias producidas originariamente por el legislador.

Abandonando esta alternativa, se podría optar por configurar el principio de legalidad como una auténtica garantía de toda persona, de modo que su aplicación sólo cobraría vigencia ante el propósito de restringir el poder punitivo del Estado, quedando fuera de su esfera todo

<sup>16</sup> Montiel Fernández, J. P.: *Fundamentos y límites...* cit., p. 12.

lo que resultara favorable al inculpado, y posibilitando la fundamentación y aplicación de la analogía *in bonam partem*. A este sentido, parece inclinarse la práctica jurisprudencial de nuestros tribunales, como se pone de manifiesto con la siguiente transcripción:<sup>17</sup>

*SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. AL MARGEN DE LO AMBIGUO O INSUFICIENTE QUE UNA NORMATIVA (ESTATAL O FEDERAL) PUEDA RESULTAR, LOS JUZGADORES DE ÉSTE DEBEN REGIRSE POR LOS PRINCIPIOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008.*

*Se genera un perjuicio al inculpado cuando la actuación de los Jueces, tanto de Control como de Juicio Oral, denota transgresión a sus derechos constitucionales derivada de un inadecuado desarrollo de las audiencias y, especialmente, de un comportamiento judicial contrario a los principios que rigen el sistema procesal penal acusatorio establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que más allá y por encima de cualquier opinión teórica o desarrollo dogmático de legislaciones ajenas, es el contenido constitucional en comento el único que puede servir de sustento a la actuación de las autoridades judiciales de este país. Por tanto, al margen de lo ambiguo o insuficiente que una normativa puede resultar (de carácter estatal o federal), el sistema procesal*

<sup>17</sup> Tesis: II.2o.P.271 P (9a.). Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. t. I, octubre de 2011, p. 1755.

*penal acusatorio debe regirse por los principios constitucionales reconocidos a partir de la citada reforma y, por ende, las obligaciones y facultades del juzgador, acorde con tales principios rectores, no se desvanezcan, relajan o minimizan, pues dichos juzgadores deben, en su caso, interpretar su labor a la luz de tales contenidos, por cierto, configurables desde la perspectiva de la justicia constitucional que tiene la finalidad de fijar la definición y el alcance de los derechos fundamentales del debido proceso y el concerniente deber de actuar de los operadores del sistema.*

En efecto, a partir de esta perspectiva es posible asignar al principio de legalidad un rol más destacado que el de garantía de las personas frente al poder soberano del Estado y encuadrarlo, como se señalaba líneas arriba, como parte del sistema jurídico en el que encuentra estructura y fundamento la propia sociedad contemporánea, configurada según el paradigma del Estado de Derecho. Bajo esta óptica, claramente construida a partir del reconocimiento de una dimensión teleológica del Derecho penal, se fundamentaría la legalidad en las eximentes y atenuantes, adecuándola a la naturaleza de las instituciones jurídicas, sin perder de vista los aspectos probatorios, tal y como lo pone de relieve la siguiente tesis,<sup>18</sup>

*PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.*

*La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii)*

<sup>18</sup> Tesis: 1a./J. 140/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época t.III, diciembre de 2011, p. 2058.

*la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente.*

Como se pone de manifiesto, el problema de recurrir a la analogía frente a hipótesis de normas procesales penales deriva directamente de la conjugación de la interpretación restrictiva de esa rama del Derecho y de la exclusión de una regla sustantiva genérica favorable al imputado, lo cual encuentra confirmación en la siguiente tesis jurisprudencial de nuestro más alto tribunal mexicano:<sup>19</sup>

**AUDIENCIA DE VISTA EN LA APELACIÓN. LA INASISTENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 160, FRACCIONES X Y XVII, DE LA LEY DE AMPARO).**

*El artículo 160, fracción X, de la Ley de Amparo señala que «En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera*

<sup>19</sup> Tesis: 1a./J. 22/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XII, noviembre de 2000, p. 114.

*que su infracción afecte a las defensas del quejoso: ... X. Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del Juez que deba fallar, o la del secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto.». Atendiendo al tenor literal de la anterior hipótesis, parece ser que sólo constituye una violación procedural la inasistencia del representante social federal a la audiencia de derecho correspondiente a la primera instancia y no así a la del trámite del recurso de apelación que se interpone en contra de la sentencia definitiva del orden penal. No obstante ello, cabe destacar que mediante la adición de la fracción XVII del propio precepto, referente a «... los demás casos análogos a los de las fracciones anteriores, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda.», publicada en el Diario Oficial de la Federación, el treinta de abril de mil novecientos sesenta y ocho, el legislador abandonó la aplicación estricta de los supuestos contenidos en esas fracciones, optando por una verdadera interpretación analógica, con afán de materializar el espíritu eminentemente protector de las garantías establecidas a favor de los gobernados y, concretamente, de aquellas personas que se encuentran sujetas a los procedimientos penales, cuya indefensión puede ser producida de múltiples y variadas formas y en torno a las cuales, en forma alguna el legislador está capacitado para enunciarlas taxativamente. De ahí que sea válido concluir, que la inasistencia del Ministerio Público de la Federación a la audiencia de vista que se celebra en el trámite del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia definitiva del orden penal federal,*



también constituye una violación al procedimiento que afecta las defensas del procesado y trasciende al resultado del fallo. Lo anterior se robustece con lo establecido en los artículos 87 y 388, fracción VII, del Código Federal de Procedimientos Penales, los que interpretados armónicamente, entrañan la obligación del representante social federal de estar presente en todas las audiencias del proceso penal federal pues de lo contrario no podrán celebrarse y en caso de inasistencia, deberá reponerse el procedimiento.

No es novedad que, detrás de estas posturas, se encuentra latente un concepto antropológico, una noción de las posibilidades del desarrollo de la vida humana en el seno de una sociedad, por lo que no podemos dejar de mencionar un criterio establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el cual, el Derecho penal juzga y castiga determinadas acciones humanas que la sociedad considera reprochables, pero no emite juicio sobre la propia persona, ni la personalidad, de quien se encuentra sujeto a proceso penal, abandonando incluso la denominación de *delincuente*.<sup>20</sup> Ese criterio es el que, a continuación, se transcribe:

*DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO).*

*A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos preceptos constitucionales que protegen los valores de los que*

<sup>20</sup> Tesis: 1a. CCXXIV/2011 (9a.). Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época t.II, noviembre de 2011, p. 197.

*tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término readaptación y su sustitución por el de reinserción, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de*

*que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término delincuente también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un derecho penal de autor, permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.*

La alusión de este criterio orientador de la materia se encuentra estrechamente enlazado con el denominado *control de convencionalidad*, en tanto que todas las autoridades están obligadas a asegurarse de que el asunto sometido a su consideración sea resuelto de conformidad con los tratados internacionales aplicables a los derechos humanos, favoreciendo la protección más amplia a las personas, en congruente aplicación del principio *pro homine*.

En efecto, mediante la resolución plenaria, de 12 de julio del 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo suyo el criterio referido, creado a partir de la trascendente resolución del caso Rosendo Radilla Pacheco, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los términos siguientes:<sup>21</sup>

**POR MAYORÍA DE SIETE VOTOS DE LOS SEÑORES  
MINISTROS COSSIO DIAZ, FRANCO GONZALEZ SALAS,**

<sup>21</sup> Tesis: I.90.P. J/1. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, p. 2218. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL. OPERA CONFORME AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO Y DE LAS TESIS 2a. CXXXVII/2002 Y 1a./J. 26/2003). Tesis: 1a. XIII/2012. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, p. 650. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.

**ZALDIVAR LELO DE LARREA, VALLS HERNANDEZ, SANCHEZ CORDERO DE GARCIA VILLEGRAS, ORTIZ MAYAGOITIA Y PRESIDENTE SILVA MEZA**, se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, contra los Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133, de la Constitución Federal, propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, en el sentido de que: 1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos. 2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones. Y 3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos. Votaron en contra los señores MINISTROS; AGUIRRE ANGULANO, PARDO REBOLLED, por estimar que ésta no es la instancia adecuada para realizar este análisis y AGUILAR MORALES por la razón aducida por el señor Ministro Pardo Rebollo.

En este punto es posible advertir el encuentro inevitable de dos principios, a saber, el de legalidad,

el cual en su interpretación estricta desaconseja el reconocimiento y aplicación de la analogía *in bonam partem* en materia penal; y el de control de convencionalidad, claramente tendente a favorecer al imputado en aras de una aplicación *pro homine* de los compromisos soberanos asumidos internacionalmente por el Estado mexicano.

Planteando la cuestión en forma dilemática, lo más aconsejable parece, como sucede con frecuencia, equilibrar las posturas, es decir, recurrir a la analogía, como método de interpretación en forma moderada, puesto que su ejercicio indiscriminado por parte de los juzgadores y una afirmación absoluta de la jurisprudencia como fuente formal del Derecho penal, podría trastocar el sistema de constitucionalidad y legalidad, respectivamente, provocando problemas insalvables desde el punto de vista teórico y práctico.

El principio de legalidad, como pilar del Derecho penal, ciertamente debe basarse en los postulados del Estado de Derecho, pero no puede obviar o pasar por alto los fines del sistema penal, es decir, su cariz teleológico, en profunda vinculación con los propósitos perseguidos basados en la significación social asignada al delito y a la pena.

Retomando ideas de Jakobs y de su escuela, podría decirse que así como el delito es causa de un agravio a la existencia moral de la persona, de la misma forma, su ejecución traduce una desestabilización de los lazos o tejidos sociales. En este contexto, la pena debe ser entendida como un mecanismo comunicativo y cognitivo que restituye bienes que son tanto de la persona, como de la comunidad a la que ella pertenece, en la medida en que confirma la *identidad normativa de la sociedad*.<sup>22</sup>

En consecuencia, la conducta criminal es una estructura significante tanto para la víctima, como para

la sociedad; ambos aspectos que no pueden olvidarse en la reflexión crítica del Derecho penal, concretamente para ofrecer un diseño que logre armonizar los intereses de *la víctima y de la sociedad*, por una parte, y simultáneamente los *del potencial delincuente*, lo cual es todo menos una tarea fácil, pues no puede desconocerse que toda elección supone sacrificar, al menos parcialmente, la alternativa contraria; tarea que en este caso se presenta como una clara e incluso dramática tensión dialéctica entre la protección del delincuente frente a la arbitrariedad y violencia estatal (con el consecuente sacrificio de los intereses de la víctima y de la sociedad) y la preservación de las exigencias legítimas de éstas (con el consecuente riesgo de la vulneración de las libertades del delincuente).<sup>23</sup>

La igualdad procesal que debe imperar entre la víctima-sociedad y el imputado, en aras de la sana interpretación y argumentación analógica en los procedimientos penales, en nada se contrapone, a su vez, con las reglas de la denominada *suplencia de la queja en favor del imputado*, siendo ésta institución jurídica distinta al tema que estamos aquí abordando.

En consecuencia, desde la perspectiva analizada, se aprecia la urgente necesidad de redefinir las finalidades y basamento teleológico del Derecho Penal en el actual contexto mexicano, tan estrechamente vinculados a la estructura del sistema reformado constitucionalmente en el año 2008 y, también, a los efectos producidos en su dimensión funcional, entre los que se encuentra la utilidad de la analogía, en los términos dedicados en estas páginas.

<sup>22</sup> Jakobs, G.: *Sociedad, norma...* cit., p. 11.

<sup>23</sup> Montiel, Fernández J. P.: *op. cit.*, nota 15, p. 50.

#### IV. Bibliografía

- Bobbio, Norberto: *L'analogia nella logica del diritto*. Giuffrè, reimpresión de la edición de 1938, Milán, 2006.
- Carmona Castillo, Gerardo A.: "La interpretación de la ley penal", en *Ars Iuris*, N° 14. Universidad Panamericana, México, 1995.
- Carrara, Francesco: *Programma del diritto criminale, Parte generale*. Nabu Press, reimpresión de la edición de 1871, Charleston, 2012.
- Jakobs, Günther: *Sociedad, norma y persona en una teoría de una Derecho penal funcional*. Civitas, Madrid, 1996.
- Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de derecho penal*. Editorial Losada. Buenos Aires, 1950, t. 2º.
- Kelsen, Hans: *Derecho y lógica*. Cuadernos de Crítica, N° 6. Instituto de Investigaciones Filosóficas – UNAM, México, 1978.
- Klug, Ulrich: *Lógica jurídica*. Temis, Bogotá, 1990.
- Montiel Fernández, Juan Pablo: *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho Penal*. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2008.
- Soriano Cienfuegos, Carlos: "La descalificación de la analogía en el modelo sistemático", en *Ars Iuris*, N° 28. Universidad Panamericana, México, 2002.
- Spasari, Mario: *Diritto penale e Costituzione*. Giuffrè, Milán, 1966.
- Vassalli, "Analogia nel diritto penale", en *Digesto delle discipline penalistiche*. Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 2001.

#### Breve crítica al argumento emotivista kelseniano de la justicia

Antonio Santamaría Bravo\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se plantea una breve crítica, sustentada en las modernas teorías de la argumentación en general y de la argumentación jurídica estándar, a lo que el científico del Derecho Hans Kelsen planteó en su ensayo sobre *¿Qué es la justicia?*; se trata de una objeción fundamentada en premisas razonables que, de manera conjunta, revelan que lo escrito por el jurista vienes en su ensayo sobre la justicia constituye una argumentación metaética o emotivista enfocada esencialmente a persuadir tanto a sus lectores como a su auditorio, y no tanto a establecer la verdad de lo que concluye sobre el valor justicia. Así pues, el marco teórico del que parte nuestra crítica vertida en el presente trabajo muestra cómo el argumento kelseniano sobre la justicia se reduce a una argumentación falaz, dado que las premisas ahí expuestas no aciertan sobre lo que ha de ser la justicia. Finalmente, en esta colaboración se invita a reflexionar que el valor justicia no encuentra descripción y explicación únicamente desde el normativismo jurídico de H. Kelsen, pues sus elementos y significación no son de naturaleza rígida, sino, mejor dicho, dialéctica.

---

\* Colaborador académico de la Universidad Nacional Autónoma de México, Posgrado en Derecho, sede: Facultad de Estudios Superiores Aragón.

SUMARIO: I. Introducción. II. La teoría de la retórica en la ética analítica: El discurso práctico en la ética analítica. III. Falacias no formales persuasivas. IV. Breve crítica al argumento emotivista kelseniano de la justicia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía consultada. VII. Bibliografía citada.

## I. Introducción

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la esfera normativa del Derecho ha experimentado transformaciones en cuanto a la forma de entenderse (ideología) y enseñarse (metodología). Tales cambios se deben, por un lado, a una serie de razones que la humanidad ha hecho trascendentales, por ejemplo: los impulsos que la comunidad de filósofos, científicos, académicos, así como literatos del Derecho y de otras áreas afines han dado para la construcción de un nuevo discurso de ese saber, una nueva argumentación más dúctil del mismo o el establecimiento de un nuevo orden mundial que trajo como consecuencia cambios en los distintos subsistemas políticos, jurídicos, económicos, sociales y culturales; por el otro; obedecen a la ingente necesidad de erradicar, paulatinamente, de la enseñanza y aplicación del Derecho las distintas negaciones que se han formulado sobre la existencia del valor *justicia* dentro del discurso del Derecho y práctica de la norma jurídica.

Lo anterior, indudablemente, induce la motivación de la presente crítica dirigida a la forma tradicional de fundamentar el Derecho: el normativismo jurídico kelseniano. En efecto, con el advenimiento de las nuevas formas de pensamiento se logra establecer, como respuesta a los trastornos que los sistemas totalitarios de la época hicieron padecer a la humanidad, una serie de teorías

de la argumentación jurídica destinadas principalmente a desmitificar la idea de que el Derecho es una esfera normativa totalmente ajena a los valores y principios éticos, morales y político-constitucionales; de ahí la imperativa exigencia de responder a la pregunta sobre si lo que se decía del Derecho era lo correcto y verdadero.

De esas teorías renovadoras, nuestra crítica al argumento kelseniano se apoya especialmente en las propuestas por R. Alexy y Ch. L. Stevenson, pues ellas resultan el fundamento de este ejercicio académico, ya que ayudan a descubrir que la falta de aceptación de la existencia del valor *justicia* sin demostración alguna cae sencillamente en un emotivismo o en una argumentación metaética destinada tan sólo a persuadir sobre la inexistencia de dicho valor, nunca a establecer la verdad de dicha afirmación y, fundamentalmente, invitan a reflexionar sobre la existencia de la *justicia*, así como sobre su coexistencia con el Derecho y la norma jurídica. Lo anterior muestra que el lenguaje normativo expresado por H. Kelsen, en su ensayo sobre *¿Qué es la justicia?* finalmente se funda en valores que contradictoriamente combate de principio a fin, y que no es neutral su argumentación y mucho menos, objetiva, por tanto es persuasiva y atinente, proclive a justificar una determinada idea *científica* sobre el Derecho: la positivista. Y precisamente contra ello se dirige el esfuerzo de la presente crítica.

## II. La teoría de la retórica en la ética analítica: El discurso práctico en la ética analítica

De manera obsecuente, para desarrollar éste tópico, es necesario seguir el pensamiento del destacado argumentista Robert Alexy, por considerarlo importante para delimitar el planteamiento del problema expuesto

en este ejercicio académico. En ese sentido, una teoría del lenguaje normativo -*en especial del lenguaje de la moral*- aduciría de modo explicativo -*en un primer momento*- qué es un enunciado, proposición y oración<sup>1</sup> normativa; de ahí se puede determinar cómo pueden ser fundamentados los enunciados normativos. Se ha dicho que el análisis de dicho lenguaje ha sido objeto -*en los últimos decenios*- de múltiples indagaciones en el marco de la filosofía analítica,<sup>2</sup> una disciplina propia denominada *metaética*. Por ello, resulta claro que la teoría del lenguaje moral constituye el cimiento de la teoría de la fundamentación de los enunciados normativos y su mejor exponente es, sin lugar a duda, Ch. L. Stevenson.

Expuesto lo anterior, se puede aducir que existen teorías metaéticas, pero que en este lugar sólo se aducirá una, *el emotivismo*, por ser la más apropiada y rica en contenido. Esta teoría se ha de entender como la más apropiada para nuestra crítica a la ideología kelseniana sobre la justicia, sustentada en la teoría del discurso racional. Así pues, los especialistas aducen que el modelo más simple de un *discurso práctico* estriba en un debate entre dos interlocutores sobre si *el Derecho debe tener relación con la moral o viceversa, si la justicia debe ser el fundamento último del Derecho, si el Derecho como ciencia sólo se ocupa de normas y no de hechos y/o valores*. La (s) posibilidad (es) de consenso se constituye (n) irreductiblemente en dos aspectos: *el primero* estriba en que uno de los interlocutores justifique, demuestre y

<sup>1</sup> N. b. Un enunciado es una singular secuencia de signos v.gr: lo escrito en un oración, párrafo, ya sonoros o escritos, etc., una oración es el uso de un enunciado en una determinada situación; y una proposición es lo que se dice en un enunciado, su significado. (cfr. La opinión de Robert Alexy en su tesis doctoral p.51).

<sup>2</sup> cfr. como una tesis casera sobre estos temas a Salmerón, F.: *Ética analítica...* cit., pp. 13 y 55.

fundamente ante el otro interlocutor que su afirmación es verdadera.<sup>3</sup> En tanto que *el segundo* consiste en conseguir la aprobación del otro interlocutor de alguna u otra forma.<sup>4</sup> En efecto, existe toda una constelación de métodos psíquicos de persuasión o propagandísticos. De esta manera, en el primer caso, se trata de una justificación,<sup>5</sup> de una convicción moral.<sup>6</sup> Luego, en el segundo caso, ésta puede ser explicada psicológicamente.

#### A. *El emotivismo*

Ya anteriormente se expuso que existen diversas teorías metaéticas de entre las cuales destaca el *emotivismo*. Por el otro lado, ha de observarse que *la función de las expresiones utilizadas en oraciones normativas no se limita a designar algo*, sino, más bien, *realiza una función totalmente diferente a la de designar o, junto a la función de designar, despliega otra función*. Por ello, las diversas teorías del emotivismo aducen que dicha función estriba en *expresar y/o provocar sentimientos y/o actitudes*; en palabras de R. Alexy: *El emotivismo representa una nueva concepción del lenguaje de la moral contrapuesta al naturalismo y al intuicionismo*<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> En la obra *¿Qué es la justicia?*, de H. Kelsen, se estiman enunciados normativos aquellos en los cuales no se niega la existencia de lo subjetivo -de ahí su relativismo ético-, pero, sí se persuade sobre la ambigüedad y vaguedad de las diferentes concepciones de justicia que se han dibujado a lo largo de la historia del pensamiento humano. H. Kelsen no hace justicia a su pretensión de fundamentar en el campo de la moral la posibilidad de su verdad moral, que no es otra cosa que su *no negar y no aceptar*, fieles a su relativismo axiológico.

<sup>4</sup> cfr. Kelsen, H.: *¿Qué es la teoría...* cit., pp. 42-56. Lugar donde se justifica la *no aceptación* de lo subjetivo, por el hecho de estar fuera del alcance de la ciencia y de ser comprobado por la misma.

<sup>5</sup> N. b. Se habla de justificación cuando se ofrecen razones frente a una duda u objeción, y que, a nuestro modo de ver, H. Kelsen lo hace en su ensayo *¿Qué es la justicia?*

<sup>6</sup> N. b. Véase H. Kelsen *¿Qué es la justicia?*...cit., pp. 84 y 85.

<sup>7</sup> Alexy, R.: *Teoría de la argumentación jurídica...* cit., p.56.

Así, resulta claro que el emotivismo *es una corriente de pensamiento enriquecida con elementos subjetivistas<sup>8</sup> y descriptivos, y que es estudiada y evaluada seriamente por Ch. L. Stevenson*. Según este autor, el uso esencial de los juicios morales no consiste en referirse a hechos sino a *influir en alguien, como lo hace H. Kelsen en sus teorías y trabajos académico-científicos*; esto es, en lugar de describir meramente los intereses de la gente, ellos los cambian (los emotivistas), los intensifican, las expresiones morales -dice Stevenson- son instrumentos de influencia psíquica, tienen junto a su función cognitiva (conocida/entendida) una función emotiva (emocionada/conmovedora). Por ello opina R. Alexy, con base en el estudio de *la historia del emotivismo* de J. O. Urmson: *Con esta tesis dada a conocer en 1937, Stevenson propuso ante todo -al igual que Urmson-, un programa de ética que, por un lado, es no cognoscitivo; y por otro lado, tomó en serio la ética como disciplina independiente.*<sup>9</sup>

### B. La teoría de Ch. L. Stevenson

Esta teoría nos interesa en grado superlativo, pues es una materia que se basa en el estudio de los argumentos o proposiciones establecidos por una tesis de modo deductivo, ya que, por enésima ocasión, se ha dicho que esta teoría brinda herramientas para minar los argumentos emotivistas utilizados por H. Kelsen en su opúsculo sobre la justicia; como se ha estudiado en los conocidos trabajos científicos del jurista vienes, se ha

logrado identificar una concepción del lenguaje de la moral contrapuesta al *naturalismo* y al *intuicionismo*,<sup>10</sup> pues, como señala Ch. L. Stevenson, en su obra *El significado emotivo de los términos éticos*<sup>11</sup> <*en factores y valores*> el uso esencial de los juicios morales no consiste en referirse a hechos sino en influir en alguien <*En lugar de describir meramente los intereses de la gente, ellos los cambian o los intensifican*>. Las expresiones morales son instrumentos de influencia psíquica, tienen frente a su función cognitiva una función emotiva.<sup>12</sup> Así pues, todo esto devela la intención esgrimida por el jefe de la escuela de Viena en su ensayo objeto de nuestra crítica porque, al final de su obra *¿Qué es la justicia?*, dentro de los argumentos empleados por él, *no describe* a la justicia, únicamente afirma la *no negación* de la moral -o *iustnaturalismo*-, pero esa *no negación* es el manto que cubre a la *no aceptación*. O sea que Hans Kelsen disfraza, al *no aceptar* con él *no negar*, aspecto que -según nosotros- identifica al emotivismo kelseniano.

Por consiguiente, tal emotivismo debe ser diferenciado de una vez por todas del *subjetivismo*,<sup>13</sup> ya que este último sirve y se emplea para describir.<sup>14</sup> En ese estado de cosas, lo anterior apenas muestra algunos indicios sobre el emotivismo, indicios que dan a notar el cómo funcionan los juicios normativos o morales. Lo anterior exige una explicación más conexa, la cual se desarrollará en el análisis que realicemos de los juicios kelsenianos sobre la justicia (infra, IV romano de éste artículo).

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.57. Como bien apunta Robert Alexy, el subjetivismo debe ser diferenciado del emotivismo. Según el subjetivismo, las oraciones normativas *no sirven* para la expresión o la provocación de los sentimientos o actitudes del hablante, sino para su descripción. Así el subjetivismo, es un caso especial de naturalismo.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> N. b. Estas son teorías metaéticas. El naturalismo señala lo que es (el ser), y contribuye a su vez; a la añeja discusión entre lo que debe ser.

<sup>11</sup> Stevenson, Ch. L.: *El significado...cit.*, pp. 34 y 35.

<sup>12</sup> Stevenson Ch. L.: *Ética y lenguaje...cit.*, pp. 194-226.

<sup>13</sup> *cfr.* Alexy, R.: *Teoría de la argumentación jurídica...cit.*, p.57.

<sup>14</sup> *cfr.* García-Huidobro, J.: *Filosofía...cit.*, p.33.

### C. El análisis de Ch. L. Stevenson de los juicios morales y de la argumentación moral

Aquí sólo se mencionara brevemente algunos trazos teóricos stevensonianos sobre el emotivismo, entre los cuales se tiene, en principio, los modelos de análisis y de trabajo, que con gusto se exponen en este lugar para mayor merecimiento de una explicación profunda y metódica, pero que, sin duda, encontrará una mayor dimensionalidad y aplicación en el tópico IV de éste artículo académico, cuando evidenciamos los argumentos emotivistas kelsenianos. Por lo pronto, esto nos servirá como herramienta para fundamentar y justificar nuestro propio análisis aducido en el citado tópico relativo a nuestra crítica dirigida hacia el emotivismo kelseniano.

Pues bien, el análisis de Stevenson se basa, para su exposición, en los siguientes modelos:

1. *Esto es malo* significa, desapruebo esto, desapruébalo tú también.
2. *Debo hacer esto* significa, desapruebo que deje esto sin hacer, desapruébalo tú también.
3. *Esto es bueno* significa, apruebo esto, apruébalo tú también.

De estas 3 definiciones, cada definición tiene dos partes. *La primera parte*, es una oración sobre la actitud del interlocutor hablante, la cual expresa el significado descriptivo del término analizado; *la segunda parte* es un imperativo,<sup>15</sup> expresa el significado emotivo.<sup>16</sup> Por consiguiente, los imperativos contenidos en las definiciones representan sólo incompletamente este

<sup>15</sup> Gramaticalmente se considera como el modo y tiempo del verbo que expresa la orden, la exhortación, el mandato o la súplica de algo.

<sup>16</sup> N. b. Por significado emotivo entiende Ch. L. Stevenson: la aptitud que la palabra posee para promover o expresar actitudes como algo distinto de describirlas o designarlas.

significado emotivo, pues los juicios éticos condicionan actitudes, aunque no lo hacen apelando a la fuerza (*ad baculum*) de ciertos estados de ánimo (como sucede en el caso de los imperativos en la segunda parte de la oración), sino al mecanismo mucho más dúctil de la *sugestión* (o sea, la insinuación). Los términos emotivos iluminan tenue o brillantemente a los sujetos de los que se predica, de tal suerte que mueven a las personas a cambiar sus actitudes. La influencia psíquica producida por las expresiones morales no es algo de lo que el oyente sea consciente al menos por regla general.

En forma paralela también el análisis según *el segundo modelo* emplea la diferenciación entre significado descriptivo y valorativo. Su base es el siguiente esquema de función:

1. *Esto es bueno* significa esto tiene las cualidades o relaciones X, Y, Z, con la salvedad de que *bueno* posee también un significado emotivo elogioso que permite expresar la aprobación del interlocutor que enuncia el juicio correspondiente y que se inclina a obtener la aprobación de la persona a la que dicho interlocutor se dirige, es decir, el interlocutor-receptor. Ahora bien, pensamos que, en el primer esquema, el significado descriptivo es constante, en tanto que, en el segundo esquema, varía caprichosamente. Precisamente esta hojarasca -por decirlo de alguna manera- abre la puerta a las definiciones persuasivas, las cuales sirven para influir en las opiniones mediante el cambio de la significación descriptiva manteniendo a flote a la emotiva.<sup>17</sup> La palabra *justicia* tiene por ejemplo un significado emotivo

<sup>17</sup>cfr. Stevenson, Ch. L.: *Definiciones persuasivas...*cit., pp. 336 y ss.



positivo; dicho significado puede unirse con las ideas políticas más diversas y ser utilizada de esta manera para influir.

En ese estado de cosas, Stevenson estima que dichos modelos se complementan uno al otro, pues la elección de uno u otro no influye de modo especial sobre la cuestión de la fundamentación de las expresiones morales estudiadas con base en estos modelos. Expuesto lo anterior, R. Alexy afirma que: *Una parte considerable de las investigaciones de Stevenson están dedicadas a esta cuestión [...] Stevenson desarrolla así una teoría de la argumentación moral que es, quizás, el aspecto más interesante de su obra.*<sup>18</sup>

En fin, podríamos agotar todos los presupuestos stevensonianos en éste tópico, pero lo conveniente sería agotarlo en el punto IV romano para alcanzar nuestro fin, que es minar los argumentos kelsenianos. Lo cierto es que la lógica utilizada por H. Kelsen en su ensayo sobre la justicia no conserva relación lógica propiamente dicha (ni deductiva ni inductivamente); conserva más bien *una relación psíquica entre sus razones fiscalistas, aducidas en contra de las proposiciones normativas de carácter iusnaturalistas y a favor de su científicismo racionalista*. De ahí que Stevenson afirme: *Cualquier enunciado referente a cualquier clase de hechos que cualquier persona considera adecuado para alterar actitudes puede ser aducido como una razón a favor o en contra de un juicio ético. Que esto último dé resultado en la práctica dependerá de que la persona que escucha crea lo que el enunciado afirma y que, si lo cree, cambie sus actitudes.*<sup>19</sup>

Esto ayuda a comprender que Stevenson extrajo la argumentación moral del campo de la lógica. De ahí

<sup>18</sup> Alexy, R.: *op. cit.*, nota 11, p.59.

<sup>19</sup> Stevenson, Ch. L.: *Ethics and Language...cit.*, pp. 89, 209 y 227.

que el relativismo kelseniano es, a nuestro modo de ver, incongruente con sus propios presupuestos, pues la idea de una moral relativa se ciñe sólo al análisis de la moral como tal y no a la lógica, como creyó H. Kelsen; ello en la inteligencia de ser aceptados (o asumidos) los criterios stevensonianos.

Hay que distinguir, en todo caso, que Stevenson, no contento con haber sustraído la argumentación moral del campo de la lógica, edificó la distinción entre *métodos de fundamentación racionales y no racionales*. Una fundamentación es *racional* si pueden presentarse como razones o sucesos; es *no racional* o persuasiva si se acude a otros medios adecuados para influir. No obstante lo anterior, Stevenson, sin pretensión de exhaustividad, distingue dentro de ambos métodos *un catálogo de formas de argumentos y de estructuras de argumentación*.<sup>20</sup>

Para poder hacer más asequible dicho análisis stevensoniano, debemos contestar a la pregunta ¿Qué es el argumento y cuál es su estructura? Por argumento se entiende *el razonamiento que demuestra, confirma, convalida, da cuenta, advierte* de una oración, en tanto que su estructura consiste normalmente de dos partes claras; esto es, la primera parte viene siendo una *advertencia*, una *comprobación*, una *convalidación* y luego la segunda parte parece ser el *resultado* que saca el interlocutor a partir de la primera.<sup>21</sup>

Ahora bien, ya expuesto lacónicamente el significado y estructura general del argumento es posible entender la exposición que utiliza Stevenson en sus diálogos

<sup>20</sup> N. b. La expresión *forma de argumento* se refiere a la estructura de las oraciones usadas por un interlocutor; la expresión *estructura de la argumentación* a la estructura de las oraciones de varios interlocutores.

<sup>21</sup> Una idea análoga respecto de la estructura del argumento la plantea Joaquín García-Huidobro, al respecto *cfr.* García-Huidobro, J.: *op.cit.*, nota 13, p.23.

ficticios. En efecto, los interlocutores partícipes en esos diálogos pueden ser denominados *interlocutor proponente* e *interlocutor oponente*. En un primer tenor, Stevenson analiza los métodos de fundamentación racional en donde un grupo selecto lo conforman acontecimientos en los que existen vínculos lógicos entre las oraciones presentadas, por ejemplo, el caso en que el *interlocutor proponente* advierte primero N y luego -N (o sea, no N).<sup>22</sup> El *interlocutor oponente* puede mostrar esto como razonamiento contundente contra el *interlocutor proponente*; de ahí el juicio de R. Alexy: *Las leyes de la lógica reinan también el territorio del discurso práctico.*<sup>23</sup>

Así pues, cabe destacar que más relevantes son los casos en que las oraciones alegadas como razones no se contradicen, pero, por otro lado, tampoco significa N.<sup>24</sup> Aquí puede hablarse de fundamentaciones no lógicas, entre razón y conclusión ética o, sea, de relaciones psíquicas entre las razones alegadas a favor o en contra de una oración normativa y esta oración N (es decir, el Derecho es amoral). Pongamos un caso: Si el *interlocutor oponente* argumenta al *interlocutor proponente* sobre contingencias del objeto juzgado (el Derecho) que hay

<sup>22</sup> N: El Derecho es amoral; -N: El Derecho tiene su último fundamento en lo metajurídico.

<sup>23</sup> Alexy, R.: *op. cit.*, nota 16, p.60.

<sup>24</sup> O sea, que el Derecho es amoral; de ahí que la verdad está desfasada en tanto no se llegue a un resultado congruente y aceptado por los interlocutores partícipes en el diálogo; y es que, de cierta forma, esto, a nuestro entender no es nuevo, pues Epicteto ya lo había razonado siglos atrás empleando su raciocinio. Éste autor sostuvo que, para que los hombres llegaran a un acuerdo en un diálogo, necesariamente se tiene que partir de prenociónes generales que tienen que ser aceptadas de modo universal. Este criterio permite entender que seguimos moviéndonos en el terreno de las opiniones sobre estos temas sometidos a la razón y esto sucede también en el diálogo sobre la justicia, sobre la política, sobre el amor, sobre el orden cósmico y entre otros grandes temas que siguen naufragando con nosotros como pasajeros.

que tomar en cuenta y valorarlas *sobre* consecuencias de una conducta o de una máxima, *sobre* las intenciones de quien despliega la conducta, *sobre* los resultados (+ o -) de la generalización de una conducta, *sobre* autoridades y *sobre* el hecho de que el mismo *interlocutor proponente* no cumple con las exigencias de su afirmación normativa, la posibilidad de cambiar una opinión mediante la descripción de su formación resulta interesante. De acuerdo con Stevenson sólo complicadamente se puede localizar una explicación psicológica para el proceso de cambio de una opinión mediante la reproducción de su formación. Sin embargo, dicho autor indica, como una razón, el reconocimiento de la abrogación de las circunstancias que justifican una regla o norma moral.

Así pues, frente a ello, R. Alexy estima que *El debate sobre la formación de las concepciones morales ha sido desarrollado por la escuela de Erlangen, hasta constituir un procedimiento selecto del argumentar práctico.*<sup>25</sup> Sobre ese mismo tenor, Stevenson llama racional a una argumentación si los *interlocutores partícipes* en el diálogo alegan hechos como argumentos, tal como se exemplificó en el caso expuesto. En todos los demás casos la argumentación es persuasiva. En consecuencia, como ejemplos de argumentaciones persuasivas, Stevenson indica el empleo de definiciones persuasivas, la transmisión de expresiones emotivas, el hablar mediante metáforas y el relato didáctico,<sup>26</sup> de tal suerte que es relevante apuntar que el elemento persuasivo está unido con el racional en la mayoría de las argumentaciones prácticas.

Dentro de toda esta constelación de juicios, Stevenson plantea una cuestión ¿La relación entre

<sup>25</sup> cf., por ejemplo, la obra de Habermas, J.: *Teoría y Praxis...*cit., p.102.

<sup>26</sup> Tal es el caso del argumento kelseniano sobre la justicia.



razones y conclusión ética no será más que de naturaleza psíquica? Sin duda la respuesta más calificada la externa R. Alexy: *Es posible que las reglas usuales para la conclusión demostrativa deban ser complementadas con reglas selectas para consecuencias suficientes, para permitir afirmar genéricamente que una consecuencia es válida.*<sup>27</sup> Y en ese nuevo estado de cosas, Alexy se cuestiona ¿Hay reglas que permiten diferenciar las fundamentaciones válidas de proposiciones normativas, de las inválidas? La respuesta a dicha cuestión según Stevenson es negativa. En *Ética y Lenguaje*, alega como fundamentación para ello el que el *uso de válido* sólo es acorde si el resultado de la fundamentación se puede denominar *verdadero*.

Ahora bien, para finalizar, añadiremos, que, dentro del *primer modelo de análisis*, los juicios morales sólo son susceptibles de verdad en la medida en que comuniquen sobre las posturas (o posiciones) del *interlocutor hablante* quedando claro que lo verdadero o falso de tal comunicación *sobre las* no es el objeto de la discusión en diálogo. El objeto de la discusión en diálogo es *el cambio de opiniones* y éstas *no son susceptibles de verdad*, de ahí que para Stevenson no se pueda hablar de la validez del paso de razones a conclusiones éticas.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Alexy, R.: *op. cit.*, nota 20, p.61.

<sup>28</sup> En *Ética y Lenguaje* Ch. L. Stevenson ratifica que en el lenguaje ordinario las expresiones normativas pueden perfectamente ser calificadas de verdaderas también cuando no se trata de una información sobre la postura del interlocutor. Pero en estos casos verdadera es sólo la expresión de un acuerdo emotivo. Este uso atípico de verdadero no justifica el designar los juicios morales como válidos, (Véase pp.196 y ss). En comentarios retrospectivos se une Ch. L. Stevenson a las teorías de la verdad según las cuales es verdadero, incluso en relación con proposiciones empíricas... de ahí que sirva sólo para la expresión o confirmación de convicciones, (p.219). La tesis de Ch. L. Stevenson podría también fundamentarse directamente alegando que las disputas morales tratan sólo de actitudes.

En fin, -para tal autor- en modo alguno sería adecuado una preferencia del método racional respecto al persuasivo, ya que, prescindiendo del hecho de que ambos tienen su justificación, la elección de los métodos depende a su vez de una estimación y, por tanto, de una actitud, es decir, de una cuestión moral.

### III. Falacias no formales persuasivas

Antes de comenzar con la breve crítica al argumento kelseniano sobre la justicia, resulta oportuno mostrar, a grandes rasgos, algunos aspectos concernientes a las falacias *no formales* dentro de la argumentación jurídica por tratarse de aspectos de persuasión que, en modo alguno, les interesa el establecimiento de la verdad o lo correcto en los enunciados jurídico-científicos. Se dice que una falacia es un tipo de argumentación incorrecta; paralelo a ello el error también se manifiesta en el razonamiento. Empero, otro aspecto en común de las falacias estriba en su poder de persuasión.

También se dice que las falacias *no formales* son errores de razonamiento en los que se cae por tres aspectos: 1º por descuido, 2º por falta de atención al tema y, 3º por alguna confusión en el lenguaje empleado. En ese tenor, las falacias *no formales* se bifurcan en: 1º falacias de atinencia y, 2º falacias de ambigüedad, conocidas también como de *claridad*.<sup>29</sup> Por consiguiente, las primeras tienen como aspecto común que sus razonamientos cometan falacias de acertar (a excepción de la *petitio principi*); sus premisas carecen de atinencia lógica con respecto a sus conclusiones y, por antonomasia, son incapaces de establecer la verdad. Entonces ¿Si son ilógicos porque persuaden? Porque en algunos casos su función expresiva

<sup>29</sup> cfr. *Passim*; Atienza, M.: *Las razones del derecho...cit.*, pp.104-106.



(emotiva) está destinada a provocar actitudes que inclinan a la aceptación en lugar de dar razones para la verdad de sus conclusiones.

Por lo que toca a las falacias de ambigüedad, se manifiestan en razonamientos cuya constitución contiene palabras ambiguas, es decir, que sus significados varían en el razonamiento y lo hacen falaz, por consecuencia. Su fuerza de convicción reside en la oscuridad y en la confusión. De esta manera, lo anteriormente dicho cumple sólo una función introductoria y aclaratoria en el espacio destinado a comprender -desde dichos aspectos de la argumentación- la breve crítica dirigida al argumento kelseniano de la justicia, dándose con una finalidad: reforzar nuestra breve crítica de la ideología del argumento kelseniano sobre la justicia basada en la aplicación de estos aspectos de la argumentación, así como por el empleo del paradigma de Stevenson a fin de evidenciar el emotivismo argumentativo kelseniano.<sup>30</sup>

En fin, no mostraremos toda la clasificación y definición de este modelo esgrimido por la argumentación jurídica; más bien, mostraremos sólo algunos de los aspectos de dicho modelo que cumplen con el doble objetivo propuesto. Ahora bien, para el fundamento de nuestra crítica a dicho argumento, estableceremos, en primer término, las siguientes falacias de atinencia que son las más utilizadas por Hans Kelsen en su ensayo sobre la justicia para persuadir y, así, ubicar la pretendida justificación de su ideología.

<sup>30</sup> Para que encontrar el sentido a nuestra crítica, antes se habrá de tener ya una primera impresión del ensayo *¿Qué es la justicia?* de Hans Kelsen, para que de ahí se pueda identificar y comprender el problema que venimos combatiendo: *la idea positivista del Derecho*. En ese tenor, los modelos de Ch. L. Stevenson podrán ser aplicados a los juicios normativos inscritos dentro del ensayo kelseniano: su emotivismo. Sólo así tendrá sentido nuestra breve crítica dirigida a su ensayo. De lo contrario, *¿De qué serviría transcribir todo el ensayo kelseniano?* de nada. Por ello, es preciso tomar en consideración dicha advertencia.

## CLASIFICACIÓN Y DEFINICIÓN DE FALACIAS NO FORMALES UTILIZADAS POR EL ARGUMENTO KELSENIANO DE LA JUSTICIA

*Ad baculum:* apela a la fuerza para provocar la aceptación de una conclusión (ofensivo).

*Ad hominem:* significa contra el hombre. Busca minar la autoridad moral del adversario en su argumentación. Su descalificación le da fuerza al argumento atacante (circunstancial).

*Ad hominem:* en virtud de una circunstancia subjetiva se pretende que el adversario acepte, para que caiga en una presunta contradicción.

*Ad ignorantiam:* se afirma o se niega algo a partir de la carencia, la ausencia de demostración de una o de otra hipótesis.

Pregunta compleja: se formula una interrogación que no puede contestarse de forma categórica, con sí o con no. La pregunta encierra varias respuestas.

No se pretende emplear mal el apretado tiempo otorgado a este trabajo académico, por lo que, sin más, damos inicio a nuestra crítica de la ideología de la ciencia y racionalidad positivista defendida *por* el jefe de la escuela de Viena esgrimida en su ensayo *¿Qué es la justicia?*

### IV. Breve crítica al argumento emotivista kelseniano de la justicia

Siguiendo las luces de la razón crítica, llegamos a un espacio en donde fluirá nuestro juicio alimentado por las reglas del pensar establecidas desde el comienzo de este artículo. Estas mismas reglas, ciertamente, han sido sometidas a métodos rigurosos en donde reina una pretensión bien intencionada: desembocarlas al mundo de las reglas del saber, es decir, a un conocimiento bien



establecido y bien meditado, susceptible de ser ampliado o, en el mejor de los casos, enriquecido.

En nuestra opinión, la argumentación como herramienta de comunicación puede ser considerada -desde una perspectiva neutral- como un medio de afanes susceptibles a intereses determinados. En otras palabras, la argumentación como disciplina sistemática del lenguaje es sometida al cumplimiento de un rol propuesto dentro del discurso en general. En ese tenor, puede apreciarse que dicho rol es susceptible de manipulación por parte de interlocutores con una determinada formación normativa establecida en su *psique*; de ahí que ellos interactúan en el discurso bajo actitudes ya formadas o, como diría Stevenson, *un interlocutor conoce la forma de argumentar, varios interlocutores conocen la estructura de la argumentación*.

Ahora bien, antes de entrar a nuestra crítica al argumento kelseniano de la justicia, conviene hacer unas observaciones. En primer lugar, nuestra razón crítica se concentrará básicamente en aquellos capítulos kelsenianos que muestren mayor énfasis respecto al positivismo, es decir, que el capítulo seleccionado (de una lista de VII apartados) será sometido a una crítica general de la ideología de Hans Kelsen. En cierta forma, los apartados sometidos a dicho ejercicio son, a decir verdad, los que muestran la esencia de la psique del profesor vienes o, sea, el contenido ideológico de la ciencia y racionalidad positivista.

En segundo lugar, para que nuestra crítica resista a la duda, habrá que tener bien presente lo que es el argumento, lo que son las falacias no formales y el paradigma de Stevenson. Así pues, en tercer lugar, dicha crítica se desplegará de un modo muy general sobre lo más evidente del capítulo seleccionado o, sea, aquello que

ratifique la ideología positivista de H. Kelsen y que, en último término, venga a comprobar lo que tanto hemos combatido: *que la idea positivista de ciencia y racionalidad sobre la que descansa el Derecho no es de aceptación única, sino sólo una forma de entender al Derecho*.

En cuarto lugar, aquellos enunciados de determinado apartado seleccionado que critiquemos serán sometidos a la inspección del paradigma de Stevenson, para que de ahí, al finalizar nuestra breve crítica, de forma sintetizada, cada enunciado se vea equiparado en lo que es conclusivamente: el emotivismo kelseniano. Dicho en otras palabras, los modelos de Stevenson ayudarán a determinar, concluyentemente y de manera sintetizada, el sentido emotivista de los juicios normativos kelsenianos vertidos en su ensayo sobre la justicia. Y por último, se insiste en ratificar el señalamiento de que nuestra crítica encaminada a los enunciados seleccionados y obtenidos de la relectura de determinado capítulo escogido del ensayo kelseniano será breve, pero no menos valiosa.

Principiemos, Hans Kelsen en su ensayo *¿Qué es la justicia?* pretende llegar a un consenso que demuestre que la imposibilidad de definición universalmente válida de lo que es justo, es una verdad inapelable *pregunta compleja*. Aceptado esto, comienza la formulación de actitudes de aquellos interlocutores que han sido persuadidos por sus juicios normativos. Junto a ello, también comienza la creencia, aceptación y aprobación de lo aducido por el interlocutor proponente, es decir, por el jurista vienes.

La función de la expresión *imposible definir válida y universalmente a la justicia* empleada en dicha oración normativa provoca sentimientos y actitudes dirigidas al convencimiento de la irracionalidad de los valores. Los juicios morales de H. Kelsen formulados en su ensayo no describen intereses anhelados por la humanidad: *conseguir*

una realidad sometida a la justicia; más bien, cambia ese interés general por otro: *el que él cree conveniente*. Al interés general, lo atrofia mediante argumentos presuntamente lógicos que influyen psíquicamente, es decir, que tienen, junto a la función conocida, una función conmovedora. En efecto, H. Kelsen basa su persuasión utilizando una carencia conocida (*la falta del significado único de justicia*) para obtener la aceptación de dicha carencia implementada por un fatalismo legitimador de su propio interés: *justificar su teoría pura del Derecho*.

Ciertamente, H. Kelsen, en su ensayo, más que definir lo que es la justicia trata, a todas luces, de convencer a los interlocutores receptores -ya no a los oponentes- de que todo lo subjetivo -o, sea, lo que hay particularmente dentro de cada persona- es irracional por su carencia de objetividad. Ha de observarse que, tras el análisis de su ensayo, surge una pregunta que inquieta en grado superlativo ¿Por qué lo subjetivo es y debe ser irracional? Esta pregunta, hoy por hoy, puede ser contestada. H. Kelsen siempre confundió en todo momento *naturalismo con subjetivismo*, a pesar que ambos cumplen funciones diversas; el primero señala lo que es el ser, contribuyendo a lo que debe ser; en tanto que el segundo sólo cumple una función descriptiva.

Podemos decir, a grandes rasgos, que todo el ensayo kelseniano participa de dicha confusión, además de las falacias de atinencia, dado que, a simple vista, se percibe su falta de capacidad de establecer la definición de justicia. Esta incapacidad también se valió de la fortaleza que poseen los valores -*como la democracia, la ciencia y la racionalidad*- para proteger su persuasión. En otros términos, manipuló la función expresiva de esos valores para provocar actitudes que rindieran culto, honores y pleitesía a su argumento persuasivo sobre la justicia.

Habrá que reconocer que su ensayo sólo aporta un incremento del nivel de la discusión sobre la posibilidad o imposibilidad de la complementariedad de los valores con el Derecho objetivo, pues jamás dio razones para la verdad de sus conclusiones; sólo, en el mejor de los casos, se aprovechó de esas ideas que en cierto modo siguen impulsando a la humanidad a continuar con la búsqueda y realización de las mismas. En pocas palabras, el argumento kelseniano sobre la justicia queda varado en el emotivismo.

Ahora bien, dentro del argumento kelseniano sobre la justicia, se puede identificar que, además de la persuasión, H. Kelsen siempre tuvo *in mente* justificar su obra *La teoría pura del Derecho* ¿Cómo lo consiguió? *aumentando la persuasión*, es decir, que, no contento con criticar al subjetivismo confundido con el naturalismo, apeló a la fuerza de los valores de la *ciencia, de la libertad y democracia* para que el interlocutor-receptor aceptara sus conclusiones sobre la imposibilidad de establecer el significado único de justicia y, al mismo tiempo, los postulados de su teoría normativa del Derecho.

También minó la autoridad de antiguos filósofos griegos, así como de pensadores más recientes, para dar fuerza a su argumento. Utilizó su criterio positivista de ciencia y racionalidad para condenar, casi a un perpetuo éxodo, al subjetivismo. Igualmente, minó la idea de justicia existente en cada esfera privada. Apeló a la falta de universalización de la justicia, para que dichas esferas privadas (las relativas a los seres humanos) dudaran de las ideas formuladas por aquéllos y por los más grandes pensadores y, así, hacerlos caer en contradicciones.

Afirmó que los valores carecen de demostración por su irracionalidad y porque caían fuera del campo de su idea de ciencia y racionalidad que eran el binomio, por



excelencia, de la lógica analítica del círculo de Viena que él supo muy bien utilizar para el desarrollo de su teoría normativa del Derecho. Y de modo obsecuente minó las conciencias de sus interlocutores-receptores una vez convencidos de sus presupuestos, con una pregunta que no puede contestarse categóricamente: ¿Qué es la justicia?

Ahora bien, para comenzar nuestra crítica resulta oportuno esbozar los modelos de análisis y de trabajo (*working models*) stevensonianos.

En ese tenor, nuestra crítica empleará indistintamente esos modelos, para mostrar los contenidos emotivistas de los juicios morales kelsenianos sobre los valores. Veámoslo a través de las siguientes tablas simplificadas:

<b>1er. Modelo de trabajo, donde los significados descriptivos son constantes</b>	<b>La primera parte condiciona actitudes = a apelar al mecanismo de la persuasión</b>		<b>La segunda parte es un imperativo que apela a la fuerza y representa incompletamente el significado emotivo</b>
	1. "Esto es malo"	significa	Desapruebo esto, Desapruébalo tú también.
	2. "Debo hacer esto"	significa	Desapruebo que dejemos esto sin hacer, Desapruébalo tú también.
	3. "Esto es bueno"	significa	Apruebo esto, Apruébalo tú también.

Hemos de señalar que este primer modelo de análisis de los juicios morales sólo es susceptible de verdades en la medida en que comuniquen sobre las posiciones del interlocutor hablante, quedando claro que la falsedad o verdad de tal comunicación *sobre determinado juicio moral* no es el objetivo de la discusión en diálogo. El objeto de la discusión en diálogo es *el cambio de opiniones*, las cuales no son susceptibles de verdad; de ahí que para Stevenson no se pueda hablar de la validez del paso de razones a conclusiones éticas. El método elegido depende de una estimación y, por antonomasia, de una actitud, es decir, de una cuestión moral.

<b>2do. Modelo de trabajo donde el significado varía caprichosamente, abriendo la puerta a las definiciones persuasivas</b>	<b>La primera parte condiciona actitudes = a apelar al mecanismo de la persuasión</b>		<b>La segunda parte es un imperativo que apela a la fuerza y representa incompletamente el significado emotivo</b>
	1. "Esto es bueno"	significa	"Esto tiene las cualidades o relaciones X, Y, Z, con la salvedad de que "bueno" posee un significado emotivo elogioso que permite expresar la aprobación del interlocutor hablante, además de inclinarse a obtener la aprobación del interlocutor-receptor al que se dirige.

Así pues, la complementariedad de estos dos modelos es mutua. La elección de uno u otro no repercute sobre la cuestión de la fundamentación de las expresiones morales. Ahora bien, no han de olvidarse los señalamientos que se han venido esbozando al comienzo de éste tópico porque, de lo contrario, se formaría una idea totalmente desfasada de lo que se plantea respecto al emotivismo kelseniano.

Como es de suponer, H. Kelsen, en el *capítulo I* de su ensayo sobre la justicia, comienza su argumento persuasivo, basándose en una metáfora bíblica<sup>31</sup> referente al proceso de Jesús. Pensamos que Kelsen decidió hacerlo así por una razón *la Biblia es un instrumento universal que ostenta una influencia psicológica inhóspita*, logrando así un primer propósito: *influir psicológicamente sobre su interlocutor-receptor*. Con esto, queda claro que H. Kelsen utiliza opiniones morales susceptibles a cambios que no pueden dar el paso a conclusiones éticas, porque sencillamente *no son susceptibles de verdad*, es decir, que las cuestiones morales dependen de una actitud. Y como es de esperar, la actitud de H. Kelsen es la marcada por la idea de ciencia positivista de la época.

Para mostrar la eficacia de los modelos stevensonianos, mostraremos una evidencia prevista en el propio ensayo del profesor vienes: *La justicia es ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social*.<sup>32</sup> Si a este juicio moral lo sometemos inmediatamente a la supervisión del segundo modelo de trabajo stevensoniano, tópico 1, se comprueba el emotivismo kelseniano. En otras palabras, la primera parte de la oración condiciona actitudes: *el ser justo es*

<sup>31</sup> cfr. Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*... cit., p. 7 y s.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 9.

*un objetivo alcanzable*, en tanto que la segunda parte de la oración deja ver el imperativo que apela a la fuerza, es decir: *el ser justo no es necesario en un orden social*.

Ciertamente, a la oración normativa que precede, cabe oponer algunas objeciones *v.gr.*: ¿Cuál orden social? ¿Acaso el pergeñado en su teoría pura del Derecho? La respuesta la externa el propio H. Kelsen: *Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad*.<sup>33</sup> En esta respuesta puede observarse nuevamente la persuasión que despliega con el objetivo de ir justificando su teoría normativa del Derecho. Así podríamos continuar sometiendo los enunciados, *de H. Kelsen*, párrafo sobre párrafo, a la inspección stevensoniana, pero, como ya lo habíamos afirmado, sólo se realizará sobre los enunciados seleccionados de cada capítulo de su escrito sobre la justicia.

Luego, tras el desarrollo de su ensayo, lo que hace el jurista vienes, ante su falta de conceptualización de la justicia, es aplazar la respuesta sobre ella preguntando ¿Qué es la felicidad? Naturalmente, la felicidad, para H. Kelsen, no es aquella que raya en la subjetividad individual;<sup>34</sup> incluso maneja algunos ejemplos en donde se puede apreciar que la justicia individual es subjetiva y, por tanto, alejada de la felicidad colectiva. En ese tenor, existe una oración normativa que de manera mediata sometemos a la inspección stevensoniana. Así, H. Kelsen argumenta: *Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual*.<sup>35</sup> Sobre ésta oración normativa,

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, punto 2, p. 10.

<sup>35</sup> *Ibidem*, punto 3, p. 13.



cabe aplicar el primer modelo, tópico 1, para quedar de la siguiente forma: en la primera parte de la oración *si la justicia es la felicidad*, se condicionan actitudes, es decir, que si la justicia es felicidad subjetiva *sería imposible que existiera un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual*; naturalmente en la segunda parte de la oración se apela a la fuerza, es decir, a que no puede haber un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual o, sea, que *un orden social justo jamás será justo, si descansa en un valor o, valores relativos de cada persona*.

En otra oración normativa, advierte H. Kelsen: *la idea de felicidad debe sufrir un cambio radical de significación, para que la felicidad de la justicia pueda llegar a ser un principio social*.<sup>36</sup> Esta oración normativa *ipso facto* se encuadra en el primer modelo de Stevenson, tópico 2, para quedar así: la primera parte condiciona actitudes o, sea, el operador deontico *debe sufrir* ya determina que no dejemos de hacer tal cambio y, de ahí, la desaprobación de tal intransmutabilidad. En ese estado de cosas, seguimos pensando que la pretensión del jurista vienes es convencer psicológicamente a su auditorio. O sea que, para la justificación de su teoría normativa del Derecho, propone que los valores deben sufrir un cambio externo en su significación o definición, para que se conviertan en principios sociales realizables; pero, ¿Por qué debe suceder esto? porque el ideal es más complejo y menos manipulable, en tanto que la categoría es más dúctil.

En pocas letras, la metamorfosis no es más que aquel orden social estructurado con el objetivo de satisfacer intereses valiosos y dignos de protección. Pero H. Kelsen, consciente de dicho cambio, se pregunta: *¿Qué intereses*

<sup>36</sup> *Ibidem*, punto 4, p. 14.

*humanos tienen ese valor y cual es la jerarquía de esos valores?*<sup>37</sup> En efecto, H. Kelsen no puede responder concretamente a dicha cuestión, pero sí justifica lo siguiente: *Tal es el problema que surge cuando se plantea conflictos de intereses. Solamente donde existen esos conflictos, aparece la justicia como problema*.<sup>38</sup>

Para concluir la crítica al primer capítulo del ensayo kelseniano sobre la justicia, encontramos cuatro oraciones normativas que permiten ver la oscuridad que se cierne en la psique del jurista vienes en cuanto a: *{1. El problema de los valores es ante todo, un problema de conflicto de valores; 2. Este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional; 3. La respuesta al problema, es siempre un juicio que está determinado por factores emocionales y por consiguiente, tiene una característica eminentemente subjetiva; 4. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio y en este sentido es relativo}*.<sup>39</sup> Naturalmente, los modelos de Stevenson entran en acción: *la primera oración* encuadra en el tópico 1 del primer modelo, *la segunda oración* encuadra igualmente en el tópico 1 del primer modelo; *la tercera oración* encuadra en el tópico 1 del segundo modelo y, *la cuarta oración*, encuadra igualmente en el tópico 1 del segundo modelo.

De todo lo anterior, puede afirmarse que el *capítulo II* enmarca una serie de ejemplos que muestran con álgida acucia lo que -a juicio de H. Kelsen- es el relativismo axiológico.<sup>40</sup> En ese tenor, de los cuatro ejemplos que muestra, el quinto es la síntesis de los cuatro, siendo además el que plantea que la jerarquía de los valores

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*; cap. II, pp. 19-26.



(vida y libertad, libertad e igualdad, libertad y seguridad, verdad y justicia, verdad y compasión, individuo y nación) se constituirá según sea planteada a determinada persona que participe de cierta ideología, es decir, que el valor supremo para un liberal es la libertad, en tanto que, para un republicano, sería la cosa pública, etc. Consideramos que este capítulo se destina, por enésima vez, a reforzar tanto su idea de ciencia y racionalidad como su teoría normativa, además de persuadir sobre un riesgo: el contenido desorbitado del subjetivismo.

Así pues, viendo con rigor el juicio normativo kelseniano: *La respuesta tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo y por lo tanto relativo*,<sup>41</sup> concluiremos que prácticamente encuadra en el primer modelo de trabajo stevensoniano, tópico 1: Esto es que la primera parte de la oración (*es complicado que la respuesta tenga rasgos subjetivos*) influye psicológicamente determinando que es malo, en tanto que la segunda parte de la oración, (*lo subjetivo lleva a lo relativo*), significa desapruebo esto, desapruébalo tú también.

Ahora bien, en cuanto al *capítulo III*, podemos señalar que es un espacio en donde H. Kelsen matiza cada vez más su idea de ciencia y racionalidad. También consideramos que, en tal esbozo, plantea hipotéticamente que la idea del Derecho racionalizado no siempre alcanza un grado perfecto en su pretensión científica, pero sí plantea la posibilidad de que el Derecho, como medio de las ciencias sociales, se enfrenta con el problema de resolver con precisión los fenómenos sociales, por el hecho de no saber y no tener un conocimiento exacto de ciertos fenómenos que se manifiestan en la realidad.

Dicho en otras palabras, el problema al que se enfrenta el Derecho racionalizado es el fin supremo, es

<sup>41</sup> *Idem.*

su justificación. Una justificación que en todo momento se ve articulada por la *conciencia*. Después H. Kelsen asegura: *otros fines exigen otros medios*.<sup>42</sup> Como puede apreciarse, el jurista vienes con esta oración sólo aplaza la discusión sobre la justicia. En efecto, su análisis crítico dirigido al Derecho natural ya enuncia que el fin para él no es el mundo de los valores, sino, más bien, un Derecho al alcance de los hombres lo que significa que el medio para su fin no es ya el planteado por el Derecho racionalizado, sino por su teoría normativa del Derecho.

En ese estado de cosas, la oración normativa *El que varios individuos coincidan en un juicio de valor, no prueba en ningún caso que este juicio sea verdadero, o sea que tenga validez en sentido objetivo*,<sup>43</sup> ha de observarse que, antes de someter esta oración bajo la inspección stevensoniana, vale la pena hacer una apreciación sobre ella: *reflexionando un poco, se entiende, pues que, a través de un grupo reducido, sólo se concibe de forma individual, es decir, se observa parcialmente su legitimidad. Pero también y frente a ello se necesita, por el contrario, que la colectividad coincida con esos juicios de valor, los cuales deben ser necesariamente aceptados para que alcancen la anhelada legitimación universal y, así, las conductas sujetas a aquellos juicios de valor se materialicen por conducto de la decisión tomada y razonada, además de su práctica constante. Luego entonces, la conciencia de ese grupo humano es la única que varía según la naturaleza de la sociedad en la que aparece. Ahora bien, en ese tenor surge una pregunta ¿Cuál es la naturaleza actual de la sociedad humana? ¿Cuál es la naturaleza de la colectividad mexicana? En la medida en que se respondan*

<sup>42</sup> cf. Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*...cit., cap. III, p. 34.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 28.



*estas cuestiones se podrá determinar, con exactitud, el contenido de la conciencia del grupo humano al que se analiza.*

Encausando, ahora, la oración reflexionada hacia el segundo modelo stevensoniano, tópico 1, queda así: en la primera parte de la oración *el que varios individuos coincidan en un juicio de valor* significa que es aceptable; en tanto que la segunda parte de la oración *no prueba en ningún caso que este juicio sea verdadero*, se establece una cualidad condicionada *la validez objetiva del juicio acordado*.

Por último, en el punto 17 de este apartado criticado, H. Kelsen lo destina a mostrar la fementida en la que incurren los partidarios del Derecho racionalizado, acusándolos de que su intentona en conseguir una justificación absoluta es más férrea que toda estimación científica. Reconoce que, mediante esa intentona, es posible justificar cualquier orden social. Naturalmente, esta crítica kelseniana pretende influir psicológicamente sobre sus interlocutores-receptores y, al mismo tiempo, muestra al desnudo su emotivismo, sin dejar pasar -claro está- que el Derecho racional es -según Kelsen- mucho más dogmático que la teoría normativa del Derecho.

Expuesto lo anterior, cabe efectuar una crítica reflexionada al *capítulo V*. Técnicamente, en este capítulo, Kelsen enjuicia inquisitorialmente a las más renombradas fórmulas de la justicia que se han dibujado a lo largo de los tiempos. Son herejías que el tribunal científico condena por antonomasia. Por si fuera poco, asegura que cada fórmula de la justicia hasta hoy elaborada se constituye como un criterio utilitario de determinado orden social establecido. Ahora bien, frente a lo que precede, estimamos que Kelsen, a lo largo de este apartado, sigue manipulando el hecho de que la justicia no está definida;

de ahí que cualquier orden jurídico puede ser justificado bajo cualquier principio que contemple intereses insanos. También le imputa a la falta de definición el impedimento de no saber si un orden jurídico coactivo es justo.

Así pues, esto se presta para pensar que, *por falta de definición de la justicia*, la actividad de un órgano jurisdiccional, al momento de aplicar el castigo, es todo menos consecuente en dicha idea, porque, en todo caso, la justificación de la pena (o, sea, que pruebe el sentido del castigo) no se manifiesta precisamente por dicha ausencia de definición. No obstante, no tiene por qué tomarse en serio dicho criterio, ya que, en modo alguno, resuelve el problema de la definición de lo qué es la justicia.

Ahora ¿Qué pasaría si se encontrara la definición de la justicia? Pensamos que automáticamente el problema ya no versaría sobre el concepto justicia, sino más bien recaería en el órgano jurisdiccional al momento de aplicar la pena. En ese sentido, pasaría a ser el guardián de la justicia. De lo contrario, en cualquier decisión tomada de forma indebida al momento de pronunciar la solución del caso concreto, perdería credibilidad como guardián de la justicia. Pero surge una cuestión ¿Dicho órgano seguirá estimándose como herramienta eficaz de la justicia? obviamente la respuesta merece una mayor reflexión, producto de meditaciones profundas que, por estar apretados de tiempo, omitiremos, pero no así su presencia.

En cuanto a los *capítulos VI y VII*, H. Kelsen encamina su análisis hacia los grandes pensadores que ha dado la humanidad: Kant y Aristóteles. Al primero le critica el sentido de su imperativo categórico, al segundo su *dictum*, es decir, su idea de justicia como virtud suprema. En ese tenor, al imperativo categórico lo infravalora desde la consigna: *Sirve de justificación a cualquier orden social en*

*general y cualquier disposición general en particular.*<sup>44</sup> A la fórmula del mesotes la trata de minimizar mediante la consigna: *Fortalece el orden social existente establecido por la moral positiva y el derecho positivo.*<sup>45</sup> Y concluye: *Estas fórmulas son y serán también en el futuro aceptadas como solución satisfactoria del problema de la justicia.*<sup>46</sup> En fin, pensamos que los juicios kelsenianos dirigidos a estas fórmulas se esgrimieron a medias. ¿Por qué? porque se dio cuenta que la moral positiva y el Derecho positivo encuentran su complementariedad también en *determinado sistema político positivo*. Además, también conscientemente se percató de que dichas fórmulas son principios políticos con candado bien ceñido. Empero, las oraciones normativas expuestas son y serán emotivistas.

Nos encontramos ahora frente al *capítulo VIII* del ensayo kelseniano sobre la justicia. A primera vista, se percibe un enfático y hostil lirismo con el que se conduce Kelsen con respecto a la filosofía jurídica racionalista y metafísica. También consideramos que este capítulo criticado es el que más arroja elementos que prueban el emotivismo kelseniano o, sea, que es el que con más certeza muestra el sentido de su argumentación que es: *el cambio de modelo sobre el que se construye el Derecho, es decir, implantar su catártico modelo de Derecho que es el racional positivista.*

Ahora bien, ¿Por qué Kelsen asume una postura cerrada y estulta con respecto al Derecho? Porque se ha de tomar en cuenta que la esencia del pensamiento kelseniano se sustentaba en la añeja disputa entre Estado e iglesia (religión). Naturalmente Kelsen fue partidario de la autonomía del Estado, de ahí su teoría secularizada

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>45</sup> *Ibidem*; cap. VII, p. 67.

<sup>46</sup> *Ibidem* p. 61.

del Derecho. En ese tenor, Kelsen siempre combatió la poderosa influencia que la iglesia ejercía sobre el Estado. Por tal razón, el positivismo jurídico niega toda posibilidad de poder aceptar y tolerar el ideario manipulable del Derecho natural (o teología jurídica). De lo contrario se justificarían los postulados normativos del Derecho racionalizado, restando así autonomía a las decisiones de Estado, además de permitir que la iglesia asome la nariz en las decisiones de Estado.<sup>47</sup>

Luego entonces, Kelsen logró su objetivo científico, trasladando sus postulados a los terrenos de la ciencia y de la física y utilizando los presupuestos esgrimidos por el círculo de Viena de los cuales tomó prestado el *principio de imputación* para fincarle sentido científico a su teoría pura del Derecho.<sup>48</sup>

Lo curioso es que H. Kelsen en este capítulo criticado invoca el principio moral fundamental que sustenta a su teoría relativa de los valores: *el principio de tolerancia*. Se sabe que esto lo realizó en la inteligencia de que sus detractores midieran la distancia que se debe marcar entre una crítica sana y la insana. En pocas letras, el jurista vienes utilizó este principio para que se le respetara su libertad de pensamiento. Pero, ¿Cómo es posible que un pensador con formación científica apele a un principio subjetivo, extraño y relativo, para salvaguardar sus postulados de carácter positivista? Indudablemente los criterios aquí mostrados participan de un contenido emotivista.

Técnicamente, en este capítulo, Kelsen expone algunas ideas que invitan al interlocutor-receptor a dudar sobre lo metafísico y a que acepte sus postulados, por

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp.81 y ss. Aquí H. Kelsen critica algunas decisiones de la Iglesia.

<sup>48</sup> *cfr. Ibidem*, pp. 69-72.

ejemplo, con respecto a las normas de la razón humana escribe el jurista vienes: Normas que prescriban la conducta humana pueden tener origen únicamente en la voluntad y esta voluntad puede ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica.<sup>49</sup>

Ahora bien, la oración normativa tanto *el tipo metafísico de la filosofía jurídica como el racionalista* están representados en las escuelas del Derecho natural que dominó durante los siglos 17 y 18, fue abandonada casi por completo en el siglo 19 y en nuestros días vuelve a tener influencia<sup>50</sup> encuadra en el primer modelo stevensoniano, tópico 1, para quedar así: la primera parte de la oración, como es sabido, condiciona actitudes, es decir, es malo que se haya dado un abandono parcial de dichas escuelas, debió ser total y definitivo; en tanto que, en la segunda parte de la oración, el imperativo vuelve a tener influencia invita a los lectores a que se desapruebe la renovada influencia.

En ese mismo tenor, la oración normativa con un método fundado en un sofisma, como lo es el de la teoría del Derecho natural, se puede demostrar todo o, lo que es lo mismo, no es posible demostrar nada<sup>51</sup> encuadra también en el primer modelo de trabajo, tópico 1, para quedar así: obviamente la primera parte de la oración invita a pensar que es malo que el Derecho natural utilice como método un sofisma, porque así puede demostrar su justificación sin ningún problema; en tanto que la segunda parte de la oración invita a desaprobar tal justificación porque no existe demostración alguna al amparo de un sofisma.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p.71.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.69.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.73.

Así pues, resulta claro pensar que el jefe de la escuela de Viena, al concluir su ensayo sobre la justicia, exacerbadamente utilice en las últimas líneas de su argumento las falacias no formales *ad baculum* y *ad hominem* con el objetivo bien trazado de que toda su persuasión llegue a buen puerto, o sea, al convencimiento incondicional de sus lectores.<sup>52</sup> Pero, ciertamente, nosotros estamos advertidos de que Kelsen no hace justicia a su pretenciosa postura científica, por dos razones: 1<sup>a</sup>. *El apela a la tolerancia sosteniendo*: Ninguna doctrina puede ser eliminada en nombre de la Ciencia, pues el alma de la Ciencia es la tolerancia;<sup>53</sup> y 2<sup>a</sup> en lo sucesivo se percibe su *contradiccio in adjectio* al sostener: *Para llegar al conocimiento de la verdad -y así mismo cientifizar un área de conocimiento- se tiene que realizar un razonamiento exento de todo elemento ideológico que de modo alguno justifique cualquier pretensión personal subjetiva, o lo que es lo mismo, por encontrar rasgos metafísicos incognoscibles no verificables científicamente* ¿Dónde queda pues la tolerancia?

De este modo, su emotivismo es ahora más evidente. Dicho en otros términos, sus oraciones normativas no son susceptibles de verdad; de ahí que sus razones éticas no puedan dar el paso (o sea, que no son válidas), hacia sus pretensiones fiscalistas y científicas del Derecho. Luego entonces, antes de dar paso a la conclusión de este artículo, cabe señalar lo siguiente: *Con todo, nuestra crítica dirigida al positivismo kelseniano no ha de ser reputada como la detractora del ensayo combatido por una razón suficiente <ella sigue los pasos de la razón crítica que es -en nuestra opinión- la que permite la evolución del*

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 81-85.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p.84.



*conocimiento>. Se daría por bien satisfecha si se ubicara como aquella que ofrece razones para la reconstrucción de una nueva forma de entender al Derecho, sobre todo para comprender que la justicia es sencillamente un valor que no puede encapsularse dentro de un concepto o definición. El medio para alcanzar a realizarla realmente es a través del nuevo Derecho que comenzó a construirse al concluir la Segunda Guerra Mundial.*

Siendo así las cosas, concluimos este ensayo crítico sometiendo una oración generalizada del emotivismo kelseniano al primer modelo de trabajo que ingeniosamente Stevenson edificó:

1. *No niego que el subjetivismo exista, pero no lo acepto* porque es imposible que la ciencia y racionalidad resuelvan sus contradicciones y cuestionamientos (entendiendo que la ciencia y racionalidad del Siglo XIX fue lo más importante para Kelsen, con un alto grado de contenido logicista y fiscalista) Y por ello *Desapruébalo tú también*. Esta oración obviamente se dirige a un foro quizá determinado, lo cual si no conoce sobre argumentación jurídica, fácilmente será absorbido por la persuasión emotivista esgrimida por el profesor vienes.
2. *Debemos ser partidarios de una teoría pura del Derecho*, significa Desapruebo que dejemos de ser y que dejemos esto sin hacer; *Desapruébalo tú también*.
3. *Lo mejor es construir una teoría pura exenta de elementos extraños y subjetivos*, significa Apruebo esto, *Apruébalo tú también*.

Como vemos, esto y todo el ensayo sobre la justicia del jefe de la escuela de Viena no son más que *emotivismo confundido con el subjetivismo*. Así las cosas.

## V. Conclusiones

Primera.- La argumentación kelseniana sobre la justicia se sustenta en un discurso que jamás da el paso a verdades concluyentes -es decir, un discurso metaético altamente orientado por el poder persuasivo- no así al cambio de opiniones que sin lugar a duda no son susceptibles de verdad y de validez. De ahí que nuestro análisis y crítica externa muestren realmente la esencia del pensamiento kelseniano o, sea, que nuestra crítica y análisis precisa claramente lo que entendió Hans Kelsen por ciencia y racionalidad. Además de que nuestra crítica paralelamente posibilita e implementa un verdadero trato racional de los valores.

Segunda.- El argumento emotivista kelseniano sobre la justicia no se emancipa totalmente de criterios subjetivos, de ahí que sus razonamientos no queden exentos de contenido ideológico: el dogmatismo. Ciertamente, la metaética kelseniana de la justicia encuentra la justificación de su propia persuasión haciendo referencia a la no negación de la existencia de los valores y sirviendo, al mismo tiempo, como punto de partida de la no aceptación de ellos una vez edificada su concepción de ciencia y racionalidad fiscalista. Por ello, se debe rechazar la idea sembrada por el formalismo jurídico de que únicamente el saber científico es saber auténtico y genuino.

Tercera.- Sabemos que el Derecho no es un saber (en el sentido de ciencia, método o ideología) que se rija únicamente a través de una sola lógica, pues se complementa con otras lógicas como las de carácter valorativo, además de que su fundamentación se inspira en valores y principios morales, éticos y constitucionales. El Derecho, pues no se desliga de los principios filosófico-constitucionales, de ahí que su relación con los atributos



indicados florezcan en el terreno de la razón práctica; su funcionamiento no es autárquico ya que depende de otras esferas normativas para poder funcionar sistémicamente. Pensamos que nace de la sociedad dado que ella representa el lugar por excelencia donde tal saber surge como necesidad de convivencia e interacción social.

Además de lo anterior, el saber Derecho representa, sin duda, el medio por el que es posible alcanzar realizar el valor justicia, pues lo que le da sentido al Derecho es la lucha apoyada por los valores universales contra las injusticias. Comprender qué es la justicia, va más allá de intentar conceptualizarla, negar u ocultar su existencia. La justicia es un valor universal inherente a la humanidad que puede realmente encontrar recepción dentro del sistema jurídico si se plantea desde la argumentación jurídica. El valor justicia es, por su propia naturaleza, aconceptual, totalmente realizable a través del Derecho y su aplicación judicial.

Cuarta.- Las anteriores conclusiones no se entenderían sin referirnos directamente a la sede de la moral, pues, como sostuvimos líneas arriba, la fundamentación del Derecho se basa en determinados atributos que, de omitirse, estaríamos aceptando acríticamente que esa disciplina es sólo norma, lo cual no es así. La justicia y moral, como contenido mínimo en el Derecho, permiten facilitar la reflexión sobre los derechos humanos. Efectivamente, si partimos de lo anterior, los derechos humanos son principios que se ajustan a los hechos sociales manifestados dentro de una determinada etapa cultural o social. Estos se fundamentan en principios éticos y morales (justicia, libertad, igualdad, fraternidad, equidad, etc.) que exigen se respete al ser humano en lo individual y se proteja en lo colectivo a través de instituciones y mecanismos jurídicos eficaces.

## VI. Bibliografía consultada

- Arellano García, Carlos: *Métodos y técnicas de la investigación jurídica*. Ed. Porrúa, México, 2004.
- Arteaga Nava, Elisur: *Derecho constitucional*. 3<sup>a</sup> ed, Oxford University Press, México, 2008.
- Cabal, Luisa y Motta, Cristina (comps.): *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*. Ed. Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2006.
- Cárdenas Gracia, Jaime: *La argumentación como derecho*. Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- Carrillo Salcedo, J. A: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*. trad. de Marta Guastavino, Ed. Ariel Derecho, España, 2002.
- ———: *El imperio de la justicia*. trad. de Claudia Ferrari, 2<sup>a</sup> reimpresión, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
- Ebenstein, William: *La teoría pura del Derecho*. trad. de J. Malagón y A. Pereña, Ed. Fontamara, México, 2004.
- Habermas, Jürgen *et al*: *Conocimiento e interés*. Ed. Paidós, España, 1997.
- ———: *Conciencia moral y acción comunicativa*. Ed. Península, 5<sup>a</sup> ed, Barcelona, 1998.
- ———: *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I y II, Ed. Taurus, Madrid, 1987.
- ———: *Teoría y praxis*, Ed. REI México, 1993.
- ———: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Ed. Paidós, España, 1991.
- ———: *Verdad y justificación*. Ed. Trotta, Madrid, 2002.



- ——: *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Ed. Paidós, Barcelona, 2002.
- ——: *Aclaraciones a la ética del discurso*. Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- ——: *La constelación postnacional*. Ed. Paidós, Madrid, 2000.
- ——: *Ciencia y técnica como ideología*. Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- ——: *El discurso filosófico de la modernidad*. Ed. Taurus, Madrid, 1989.
- ——: (con John Rawls): *Debate sobre el liberalismo político*. Ed. Paidós, Barcelona, 1999.
- ——: *El futuro de la naturaleza humana*. Ed. Paidós, Barcelona, 2002.
- ——: *Facticidad y validez*. Ed. Trotta, Madrid, 1998.
- ——: *La lógica de las ciencias sociales*. Ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- ——: *Más allá del Estado nacional*. Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- ——: *La necesidad de revisión de la izquierda*. Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- ——: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1975.
- ——: *El pensamiento postmetafísico*. Ed. Taurus, Madrid, 1990.
- ——: *La reconstrucción del materialismo histórico*. Ed. Taurus, Madrid, 1981.
- Heller, Agnes: *Más allá de la justicia*. Ed. Crítica, Barcelona, España, 1990.
- Hernández Gómez, Isabel: *Sistemas internacionales de derechos humanos*. Ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- Hesíodo: *Los trabajos y los días*. Ed. Shapire, Buenos Aires, 1943.

- ——: *Los trabajos y los días*. Instituto de Investigaciones Filológicas, Centro de Estudios Clásicos, México, 1986.
- Hobbes, Thomas: *Del ciudadano y Leviatán*. Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- ——: *Leviatán: cap. I-XIII*. Universitat de Valencia, Valencia, 1990.
- ——: *Leviatán*. Ed. Gernika, México, 1994.
- Homero. *La Odisea*, Ed. Porrúa, México, 1991.
- Ihering, Rudolf von: *La lucha por el Derecho*. trad. de Adolfo Posada, Ed. Leyer, Colombia, 2006.
- Jaspers, Karl: *Iniciación al método filosófico*. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1977.
- ——: *DIE ATOMBOMBE UND DIE ZUKUNFT DES MENSCHEN*. Manchen, 1959.
- ——: *THE FUTURE OF MANKIND*. University of Chicago, Chicago, 1961.
- Kant, Immanuel: *Crítica de la razón pura*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1957.
- ——: *Crítica de la razón pura*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1960.
- ——: *Crítica de la razón práctica*. Ed. Sigueme, Salamanca, 1995.
- ——: *Observaciones acerca del sentimiento de lo bello y de lo sublime*. Ed. Alianza, Madrid, 1990.
- ——: *La metafísica de las costumbres*. Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- ——: *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*. Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- ——: *Teoría y práctica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- ——: *La paz perpetua*. Ed. Tecnos, Madrid, 1985.



- ——: *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir: observaciones sobre el sentimiento de lo bello y de lo sublime*. Ed. Porrúa, México, 1973.
- ——: *Filosofía de la historia*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- Kaufmann, Arthur: *Filosofía del Derecho*. trads. Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.
- Kelsen, Hans: *¿Qué es la justicia?*. Ed. Fontamara, México, 1990.
- ——: *Teoría pura del derecho*. trad. del original en alemán por Roberto J. Vernengo, Ed. Porrúa, 15<sup>a</sup> ed, México, 2007.
- ——: *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, Ed. Fontamara, México, 1991.
- Kuhn, T. S: *La función del dogma en la investigación científica*. Cuadernos Teorema, 1979.
- ——: *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- Lan Arredondo, Arturo Jaime: *Sistemas jurídicos*. Ed. Oxford University Press, México, 2008.
- Manassero, María de los Ángeles: *De la argumentación al Derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 2001.
- Muñoz Redón, Josep: *Las razones del corazón. Los filósofos y el amor*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008.
- Rousseau, Juan Jacobo: *El contrato social o principios de derecho político*. Ed. Porrúa, México, 2004, Colección «Sepan cuantos...» número 113.
- ——: *Emilio o de la Educación*. Ed. Porrúa, México, 2002, Colección «Sepan cuantos...» número 159.

- ——: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Ed. Calpe, Madrid, 1923.
- Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Ed. Eudeba, 3<sup>a</sup> ed, Buenos Aires, 2006.
- Santiago, Alfonso: *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*. pról. de Rodolfo L. Vigo, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- Suárez Escobar, Marcela (coord.): *Impunidad. Aproximaciones al problema de la injusticia*. Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002.
- Weber, Max. *Sociología del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2001.
- Xirau, Ramón: *Introducción a la historia de la filosofía*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho dúctil*. Ed. Trotta, Valladolid, 1999.

## VII. Bibliografía citada

- Alexy, Robert: Teoría de la argumentación jurídica. trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ——: »Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral». trad. de P. Larrañaga, en Derecho y razón práctica, Ed. Fontamara, México, 1993.
- Atienza, Manuel: Introducción al Derecho. Ed. Fontamara, 2<sup>a</sup> Ed, México, 2000.
- ——: El sentido del Derecho. Ed. Ariel Derecho, 2<sup>a</sup> Ed, España, 2003.



- García-Huidobro, Joaquín: Filosofía y retórica del iusnaturalismo. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- Habermas, Jürgen et al: Conocimiento e interés. Ed. Paidós, España, 1997.
- Kelsen, Hans: ¿Qué es la justicia?. Ed. Fontamara, México, 1990.
- Salmerón, Fernando: Ética analítica y Derecho. Ed. Fontamara, México, 2000.
- Stevenson, Ch. L: Ética y lenguaje, Ed. Paidos, Buenos Aires, Argentina, s. a.
- \_\_\_\_: ETHICS AND LENGUAJE. Ed. Yale University Press, Inc. New Haven, s. a.
- \_\_\_\_: Definiciones persuasivas. (1938). versión inglesa.
- \_\_\_\_: El significado emotivo de los términos éticos, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1983.

### **Actividades de capacitación**

FEBRERO DE 2012

ESPECIALIZACIONES:

DEFENSA PENAL Y ASESORÍA JURÍDICA  
MÓDULO I

Dio inicio el 13 de febrero y concluyó el 31 de marzo. La materia de Argumentación Jurídica fue impartida por el Dr. José Ramón González Chávez y la materia de Derechos Humanos por el Maestro Genaro González Licea.

CONFERENCIAS:

El jueves 23 de febrero a las 18:00 horas se llevó a cabo la presentación del libro: «**CÓDIGO PENAL FEDERAL, CON NOTAS Y JURISPRUDENCIAS**», escrito por el Magistrado Marco Antonio Díaz de León, en el auditorio de la Sede Central del Instituto Federal de Defensoría Pública.

El viernes 24 de febrero a las 11:00 horas se llevó a cabo la Inauguración de las «**MESAS DE DIÁLOGO SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y AMPARO**» a cargo del Consejero de la Judicatura Federal, JUAN CARLOS CRUZ RAZO, en el auditorio de la Sede Central del Instituto Federal de Defensoría Pública.

CURSOS DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL IMPARTIDOS POR VIDEOCONFERENCIA EN LA SEDE CENTRAL DEL IFDP

Curso: «LA ORALIDAD EN EL PROCESO MERCANTIL» impartido del 16 de enero al 24 de abril.

Curso: «LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN

MATERIA DE AMPARO Y DERECHOS HUMANOS», impartido del 16 de enero al 22 de marzo.

Curso: «LAS REFORMAS FISCALES», impartido los días 22 y 29 de febrero.

## **MARZO DE 2012**

### CONFERENCIAS:

El 14 de marzo se llevó a cabo la Conferencia impartida por el Dr. Eder Simei Cruz Reyes, Defensor Público Federal: «EL ARRAIGO Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD».

El 21 de marzo se llevó a cabo la Conferencia impartida por el Dr. Ángel Alonso Trujillo, Defensor Público Federal: «EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Y SUS IMPLICACIONES DOGMÁTICAS».

El 28 de marzo se llevó a cabo la Conferencia impartida por el Magistrado de Circuito Héctor Landa Razo en el marco de las «MESAS DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AMPARO».

### DIPLOMADOS:

#### «LITIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL»

Impartido por la Universidad Alberto Hurtado de Chile y la Universidad Anáhuac del Norte.

MÓDULO I: Del 5 al 10 de marzo, Introducción al Sistema Acusatorio. Impartido por el Dr. Mauricio Moreno Vargas.

MÓDULO II: Del 26 al 31 de marzo, Regulación de la Fase de Investigación. Impartido por el Dr. Angel Valencia Rodríguez.

#### «ARGUMENTACIÓN JURÍDICA»

Impartido por la Universidad de Alicante, Fundación General y la Universidad Anáhuac del Norte.

MÓDULO I: Del 12 al 13 de marzo, El Derecho como Argumentación. Impartido por el Dr. Manuel Atienza.

MÓDULO II: Del 22 al 24 de marzo, Introducción a la lógica jurídica. Lógica proposicional y lógica deontica. Impartido por el Dr. Juan Antonio Pérez Lledó.

## **ABRIL DE 2012**

### ESPECIALIZACIONES:

#### DEFENSA PENAL Y ASESORÍA JURÍDICA

##### MÓDULO II

Dio inició el 2 de abril y concluyó el 31 de mayo.

La materia de «Derecho Constitucional» fue impartida por el Dr. José Ramón González Chávez y la materia de «Investigación Jurídica» por el Doctor Alfredo Islas Colín.

### CONFERENCIAS:

El 12 de abril se llevó a cabo la «MESA DE DIALOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AMPARO» a cargo del Lic. Edmundo Elias Musi.

El 19 de abril se llevó a cabo la «MESA DE DIALOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS» a cargo del Doctor Héctor Fix Fierro.

### DIPLOMADOS:

#### «LITIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL»

Impartido por la Universidad Alberto Hurtado de Chile y la Universidad Anáhuac del Norte.

MÓDULO III: Del 16 al 21 de abril, Introducción al Sistema Acusatorio. Impartido por la Lic. Joanna Heskia Tornquist.

#### «ARGUMENTACIÓN JURÍDICA»

Impartido por la Universidad de Alicante, Fundación General y la Universidad Anáhuac del Norte.

**MÓDULO III:** Del 19 al 21 de marzo, Teorías de la argumentación jurídica. Los precursores: Viehweg, Perelman. Impartido por el Dr. Macario Alemany.

## **MAYO DE 2012**

### CONFERENCIAS:

El 3 de mayo se llevó a cabo la «MESA DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS» a cargo del Maestro Genaro González Licea.

El 15 de mayo se llevó a cabo la «MESA DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS» a cargo del Doctor Mario Álvarez Ledesma.

El 23 de mayo se llevó a cabo la «MESA DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS» a cargo del Licenciado Raúl Arroyo.

El 31 de mayo se llevó a cabo la «MESA DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AMPARO» a cargo del Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

### DIPLOMADOS:

#### «LITIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL»

Impartido por la Universidad Alberto Hurtado de Chile y la Universidad Anáhuac del Norte.

**MÓDULO IV:** Del 7 al 12 de mayo, Teoría del caso y simulación de audiencia. Impartido por el Dr. Rafael Blanco Suárez.

## «ARGUMENTACIÓN JURÍDICA»

Impartido por la Universidad de Alicante, Fundación General y la Universidad Anáhuac del Norte.

**MÓDULO IV:** Del 3 al 5 de marzo, Presupuestos teóricos de la argumentación jurídica. Impartido por el Dr. Juan Ruiz Manero.

## **JUNIO DE 2012**

### ESPECIALIZACIONES:

#### DEFENSA PENAL Y ASESORÍA JURÍDICA

##### MÓDULO III

Dio inicio el 4 de junio y concluyé el 31 de agosto. En la Especialización de Defensa Penal, la materia de «Teoría del Delito» fue impartida por el Dr. Víctor Hugo Rodríguez Montiel Chávez y la materia de «Delitos Federales» por el Doctor Eder Simeí Cruz Reyes.

En la Especialización de Asesoría Jurídica, la materia de «Derecho Civil» fue impartida por el Lic. Mariano Amaya Luna y la materia de «Derecho Procesal Civil» por el Magistrado Víctor Hugo Díaz Arellano.

### CONFERENCIAS:

El 7 de junio se llevó a cabo la «MESA DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS» a cargo de la Magistrada Edna Lorena Hernández Granados.

El 14 de junio se llevó a cabo la «MESA DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS» a cargo del Doctor Ricardo Sepúlveda Iguíniz.



El 21 de junio se llevó a cabo la «MESA DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS» a cargo del Doctor Jorge Antonio Mirón Reyes.

El 28 de junio, se llevó a cabo la «MESA DE DIÁLOGO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS» a cargo del Doctor Samuel Antonio González Ruiz.

#### DIPLOMADOS:

##### «LITIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL»

Impartido por la Universidad Alberto Hurtado de Chile y la Universidad Anáhuac del Norte.

MÓDULO V: Del 28 de mayo al 2 de junio, Simulación de Audiencias de Suspensión Condicional. Impartido por el Mtro. Mauricio Decap Fernández.

MÓDULO VI: Del 18 al 23 de junio, Técnicas de litigación y conducción de Juicios Orales I. Impartido por el Mtro. Rafael Blanco Suárez.

##### «ARGUMENTACIÓN JURÍDICA»

Impartido por la Universidad de Alicante, Fundación General y la Universidad Anáhuac del Norte.

MÓDULO VI: Del 14 al 16 de junio. Teorías de la argumentación jurídica. La teoría estándar: MacCormick y Alexy. Impartido por la Profesora Victoria Roca.

#### Boletín Bibliográfico

- Aboites, Luis. *La disputa mexicana por el petróleo: Veracruz versus la nación (1922-1935)*. México, D.F. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2011.
- Aguirre Anguiano, José Luis. *Ética y deontología notarial*. México, D.F. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2011, 122 páginas.
- Avila Espinosa, Felipe Arturo: *1958- El problema agrario a fines del porfiriato y en los comienzos de la revolución*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 179 páginas.
- Azzolini, Alicia: *El sistema penal constitucional : el laberinto de la política criminal del Estado mexicano*. México, D.F., Ubijus, 2012, 82 páginas.
- Cárdenas Gracia, Jaime Fernando: *Procedencia del juicio de amparo para impugnar una reforma a la Constitución Federal*. Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 162 páginas.
- Cárdenas Gutiérrez, Salvador: *Simbología del Poder Judicial en México: orígenes, historia e iconografía*.

México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Sistematización de Tesis, 2009, 255 páginas.

- Cárdenas Rioseco, Raúl F.: *Fraude procesal*. México, D.F., Porrúa, 2009, 112 páginas.
- Castrillón y Luna, Víctor M.: *Sociedades mercantiles*. México, D.F., Porrúa, 2011, 543 páginas.
- Cueva, Mario de la: *Curso de derecho constitucional*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2011, 275 páginas.
- Dagdug Kalife, Alfredo: *La prueba pericial al amparo de un nuevo modelo de justicia predominantemente acusatorio : de acuerdo a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008*. México, D.F., Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, 2012, 148 páginas.
- Dehesa Dávila, Gerardo: *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Sistematización de Tesis, 2010, 847 páginas.
- Dehesa Dávila, Gerardo: *Etimología jurídica*.

México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2011, 533 páginas.

- Dondé Matute, Javier: *Extradición y debido proceso*. México, D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2011, 309 páginas.
- Ferrajoli, Luigi: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. México, D.F., Distribuciones Fontamara, 2010, 216 páginas.
- Franco Martínez del Campo, Elisa: *La infancia y la justicia en México : el niño víctima y testigo del delito dentro del sistema penal acusatorio en México*. México, D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales : Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, 2011, 162 páginas.
- García Maynez, Guillermo: *La fenomenología del derecho en Schreier*. México, D.F., Ediciones Coyoacán, 2012, 95 páginas.
- González Oropeza, Manuel: *La jurisprudencia : su conocimiento y forma de reportarla*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2011, 425 páginas.
- González Oropeza, Manuel: *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siglo XIX: vigencia de la*

*Constitución de 1857: 1857-1917.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010, 434 páginas.

- Gómez Morín, Manuel: *Autoridad y obediencia: cátedra de derecho público y otros escritos de Manuel Gómez Morin (1917-1933).* México, D.F., Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Centro Cultural Manuel Gómez Morin, 2010, 245 páginas.
- González Oropeza, Manuel: *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siglo XIX: 1825-1857* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, 359 páginas.
- Guzmán, Carlos A.: *La investigación criminal: el examen en el escenario del crimen: método para la reconstrucción del pasado.* Buenos Aires, Argentina, Euros, 2010, 263 páginas.
- Hernández López, Aarón: *El procedimiento civil: comentado.* México, D.F., Porrúa, 2010, 351 páginas.
- Islas de González Mariscal, Olga: *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho.*

México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 170 páginas.

- Kuntz Ficker, Sandra: *Los ferrocarriles y tierras en 1898-1914 a través de los expedientes de la Suprema Corte de Justicia.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 238 páginas.
- López Contreras, Felipe: *Día del juez mexicano.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 27 páginas.
- Márquez Colín, Graciela: *De contribuyentes y recaudadores : una mirada a los impuestos a través de los expedientes del archivo histórico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 195 páginas.
- Márquez Piñero, Rafael: *La tentativa : consideraciones y problemática.* México, D.F., Trillas, 2010, 70 páginas.
- Ontiveros Alonso, Miguel: *Legítima defensa e imputación objetiva : especial referencia a los mecanismos predisuestos de auto protección.* México, D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, 321 páginas.



- Pérez Chávez, José: *Beneficios que se contienen en las disposiciones fiscales : análisis práctico*. México, D.F., Tax Editores Unidos, 814 páginas.
- Pérez Chávez, José: *Compensación, acreditamiento y devolución de impuestos*. México, D.F., Tax Editores Unidos, 2012, 493 páginas.
- Pérez Chávez, José: *Sociedad conyugal y divorcio : tratamiento jurídico fiscal*. México, D.F., Tax Editores Unidos, 2012, 476 páginas.
- Polanco Braga, Elías: *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*. México, D.F., Porrúa, 2012, 229 páginas.
- Ramírez García, Hugo Saúl: *Derechos humanos*. México, D.F., Oxford University Press, 2011, 406 páginas.
- Ramírez Rancaño, Mario: *Los amparos entre el ejército federal : 1898-1914*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 121 páginas.
- Serna, Ana María: *Casos que motivaban la interposición del amparo relacionados con la libertad de expresión y los delitos de difamación, calumnia e injurias*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, 2010, 129 páginas.

- Silva Ramírez, Luciano: *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*. México, D.F., Porrúa, 2010, 611 páginas.
- Victoria Maldonado, Héctor: *Sujetos y responsabilidades tributarias en México*. México, D.F., Porrúa, 2011, 219 páginas.
- Uribe Granados, Gloria Patricia: *Derecho internacional público : una visión casuística*. México, D.F., Limusa, 2011, 236 páginas.

---

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General  
Magistrado Alejandro Roldán Velázquez

Junta Directiva

Maestro Rodolfo Félix Cárdenas  
Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot  
Doctor Héctor Felipe Fix Fierro  
Doctor Moisés Moreno Hernández  
Licenciado Javier Quijano Baz  
Licenciado Juan Velasquez

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Joel René García Cervantes  
Director de Área encargado del despacho de la  
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz  
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciado Pedro Pérez Popomeya  
Unidad de Supervisión y Control de Defensa  
Penal y Asesoría Jurídica

Licenciada Lidia Beristáin Gómez  
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen  
estuvieron a cargo de la Dirección  
General de Comunicación Social del  
Consejo de la Judicatura Federal.*