

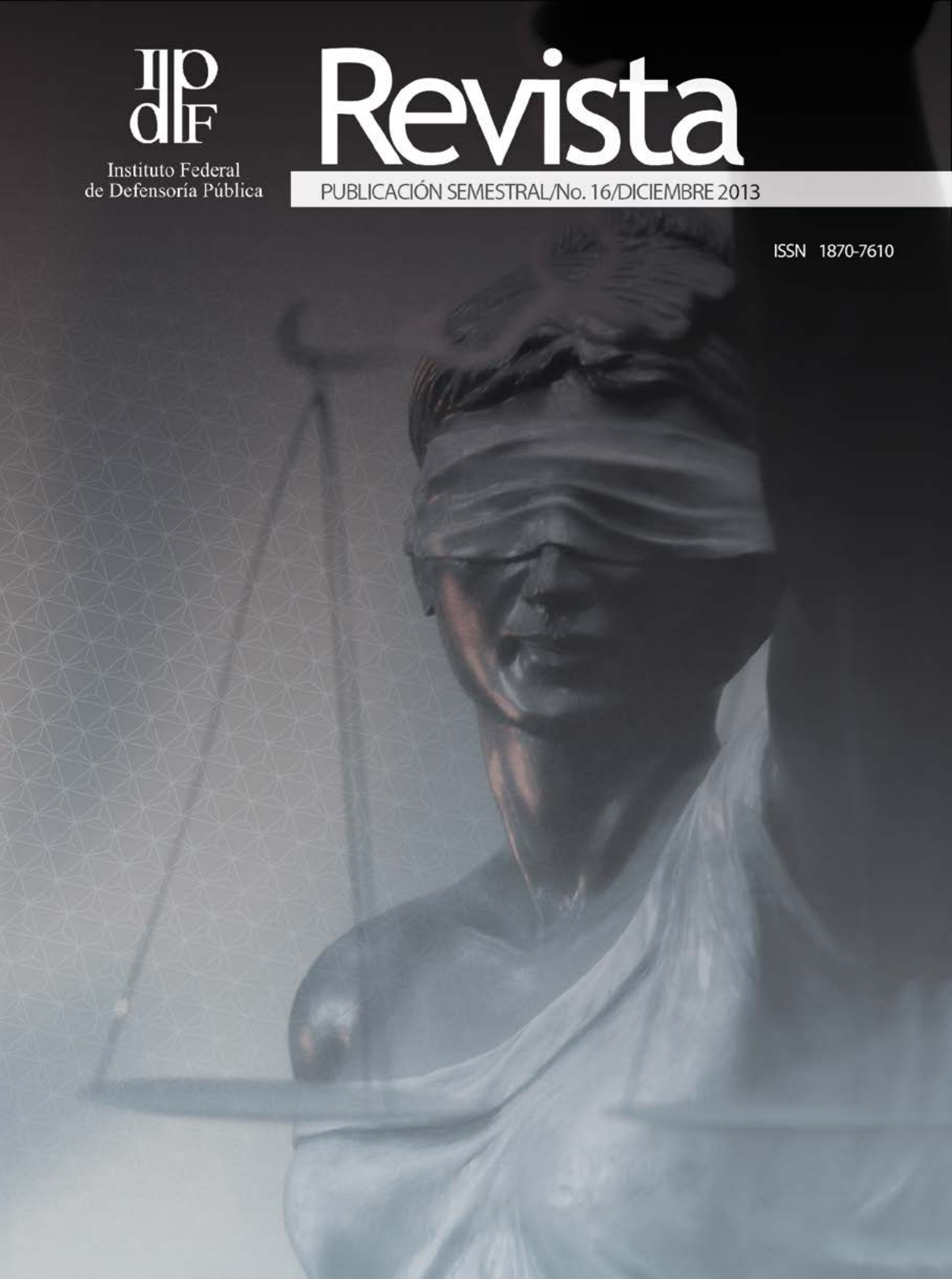


Instituto Federal  
de Defensoría Pública

# Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 16/DICIEMBRE 2013

ISSN 1870-7610





## **PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

---

### **Director**

Mario Alberto Torres López

### **Coordinadores**

Mario Alberto Torres López

Rocío Alejandra Azuela Silva

Héctor Antonio García y Hernández

Miriam Falcón Ugalde

Captura: Miriam Falcón Ugalde

Asesoría filológica: Ignacio Javier Martín Sánchez

Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública

Número 16, diciembre de 2013

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

Editor responsable: Mario Alberto Torres López

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública  
ISSN 1870-7610

Tiraje 1,200 ejemplares

Distribución gratuita.



## Índice

## Página

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

*Lic. José G. Arias Ortega*

Testigos de identidad desconocida en el Derecho Penal Mexicano .....	6
---	---

*Maestro Óscar E. Castillo Flores*

*Doctor Raúl Rodríguez Vidal*

Una aproximación a los mecanismos de solución de controversias entre México y la Unión Europea .....	54
---	----

*Lic. Jorge A. Cerón Cardaña*

Artículo 90 último párrafo de la Ley de Amparo, ¿inconstitucional? .....	103
---	-----

*Lic. Manuel H. Estrada Palma*

Problemática de los tipos penales en blanco y sus implicaciones en el Sistema Jurídico Mexicano .....	120
--	-----

*Licenciado Raúl Gutiérrez Cárdenas*

La presunción legal contenida en el párrafo tercero  
del artículo 195 del Código Penal Federal ..... 148

*Licenciado Omar J. Román Peña*

Principio de reserva de ley y subordinación jurídica ..... 171

*Licenciada Dulce M. Uriarte Frías*

Paradigma constitucional ..... 197

*Licenciado Pedro Vargas Ordóñez*

Una aproximación al tema de la prueba sobre prueba  
con especial referencia al Proyecto de Código Federal  
de Procedimientos Penales ..... 211

*Licenciado Ulises A. López Téllez*

La perspectiva de género en la labor judicial ..... 228

*Licenciado Miguel Á. Antemate Mendoza*

¿Reparaciones en serio? A propósito de la  
Ley General de Víctimas ..... 251

*Licenciado Jorge G. Chávez Abraján*

El consentimiento informado. Una aproximación, desde  
el derecho a la salud, a la autodeterminación y a la  
libertad de conciencia: aspectos generales ..... 276

*Licenciado Juan C. Hernández Cárdenas*

La reforma migratoria México-Estados Unidos. El fenómeno  
migratorio en México ..... 292

*Licenciada Rosa I. López González*

Detención inconstitucional. Vías de impugnación ..... 322

Boletín bibliográfico ..... 342

Actividades de capacitación ..... 348

---

## **Presentación**

Este número presenta una serie de interesantes artículos que se vinculan a los más variados temas, los cuales han de propiciar la seria reflexión y sana crítica por parte del lector. Nos complace que participen con sus artículos no solo los defensores públicos y los asesores jurídicos, sino personal técnico-jurídico de órganos jurisdiccionales así como de este Instituto.

Sin duda, el número 16 de la Revista significa acrecentar una colección especializada que conjuga la teoría y la práctica en las más variadas ramas del Derecho, cumpliendo el firme propósito de hacer asequible el acceso a la ciencia jurídica a cualquier interesado, máxime si se hace la consideración de que cada número está disponible para cualquier persona y en cualquier lugar, a través del portal del Instituto Federal de Defensoría Pública.

**Mario Alberto Torres López**

*Director General  
Diciembre de 2013*

---

## **Testigos de identidad desconocida en el Derecho Penal mexicano**

*José Guadalupe Arias Ortega\**

**RESUMEN:** Con el objeto de combatir al crimen organizado o en torno a los delitos graves y con el propósito de otorgar seguridad a la vida e integridad de las personas que declaran en un proceso penal, en diversos países se ha hecho uso de la figura del testigo de identidad reservada, que consiste en el ocultamiento de los datos de identificación de los policías o testigos de cargo que proporcionen información relacionada con el delito o la identificación de los responsables, cuando se considere que su vida o integridad personal está en riesgo; en la mayoría de esos lugares, la reserva de la identidad de testigos permanece mientras la investigación ministerial se verifica, pero en la etapa de juicio (audiencia de juicio oral o instrucción del proceso, según el sistema jurídico que se trate) se revela la identidad del testigo con la finalidad de que el imputado esté en condiciones de estructurar su defensa y, en su caso, contradecir el dicho del testigo, así como para que el juez esté en condiciones de observar su comportamiento y valorar al testigo; sin embargo, existen

---

\* Defensor Público Federal.

otros países como el nuestro, en el que en diversas disposiciones legales, la reserva de la identidad de los testigos de cargo puede permanecer durante todas las etapas del proceso; por ello, consideramos importante realizar diversas precisiones alrededor de esa figura controversial, con el fin de identificar su naturaleza jurídica, su regulación legal en el estado mexicano, así como para constatar cómo y por qué la misma ha sido declarada inconstitucional en algunos países de Latinoamérica; y, finalmente, el presente estudio pretende formular un análisis de la figura del testigo de identidad reservada a partir del *test* de proporcionalidad adoptado por la jurisprudencia mexicana, para llegar a la conclusión de que la misma es contraria al derecho fundamental de debido proceso, así como de los diversos derechos de defensa adecuada, publicidad y contradicción que deben regir el proceso penal en un sistema democrático de derecho.

SUMARIO: I. Contenido de los derechos de debido proceso, defensa adecuada, publicidad y contradicción en el proceso penal. II. El testigo de identidad reservada. III. Reserva de la identidad del testigo en la normatividad nacional e internacional. IV. Proporcionalidad entre la necesidad de reserva de identidad del testigo, como ejercicio del poder punitivo del Estado y los principios de debido proceso, defensa, publicidad y contradicción. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## **I. Contenido de los derechos de debido proceso, defensa adecuada, publicidad y contradicción en el proceso penal**

El 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma a diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de protección de los derechos humanos, con esta se incorporan al orden jurídico nacional los estándares internacionales de protección a los derechos humanos, los cuales tienen como una de sus finalidades realizar una tutela judicial efectiva.<sup>1</sup>

En el dictamen de la Cámara Revisora [Senadores], relacionado con la reforma en comento, se precisa que un sistema político debe definirse y caracterizarse, más allá de los aspectos ideológicos, por el reconocimiento y la protección real de los derechos del ser humano, ya que donde los derechos humanos no son respetados, la democracia es inexistente.<sup>2</sup>

Por derechos humanos se entiende en general aquellos que son inherentes al ser humano. La noción de derechos humanos entraña el reconocimiento de que todo ser humano es acreedor al disfrute de sus derechos sin distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición. [United Nations, Geneva, GE.05-42202 –Noviembre 2005–].

---

<sup>1</sup> Los preceptos constitucionales en materia de Derechos Humanos, objeto de la reforma del 10 de junio de 2011 son: 1) Modificación de la denominación del Capítulo Primero del Título Primero, 2) Artículo 1º, 3) Artículo 3º, 4) Artículo 11, 5) Artículo 15, 6) Artículo 18, 7) Artículo 29, 8) Artículo 33, 9) Artículo 89, 10) Artículo 97, 11) Artículo 102; y, 12) Artículo 105.

<sup>2</sup> Consultado en: <http://gaceta.diputados.gob.mx>. Fecha de consulta: 6 de marzo de 2013.



En razón de la citada reforma constitucional, mediante la inclusión de los tratados internacionales como parte de un *bloque de constitucionalidad*, con motivo del cual la estructuración normativa de los derechos humanos reconocidos por la propia Constitución deberá implementarse no solo a partir del contenido de la normatividad nacional y de los criterios de interpretación de ella adoptados por los órganos facultados del Poder Judicial de la Federación, sino incluso a partir de instrumentos internacionales de los que el estado mexicano es parte, así como de la interpretación que de estos últimos han emitido los órganos de protección de Derechos Humanos, reconocidos por los propios instrumentos internacionales, para que de esa forma pueda identificarse el contenido real del estándar de protección de cada uno de esos derechos.

Ahora nos ocuparemos de determinar el contenido de derechos humanos que tienen que ver con el debido proceso penal, particularmente de aquellos que tienen que ver con el derecho de defensa de un inculpado dentro de un proceso penal, para que de esa forma podamos estar en condiciones de concluir que la figura de los testigos de identidad reservada vulnera en desdoro del imputado los citados principios.

### **1.1 Debido proceso**

El debido proceso es el respeto a los derechos de una persona durante un juicio –incluso desde la propia averiguación previa–, plasmados en la Constitución y en los tratados internacionales, encaminados a la obtención de una resolución equilibrada y justa.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Consultado en [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx). Fecha de consulta: 6 de marzo de 2013.

Es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho.<sup>4</sup>

El derecho a un debido proceso se encuentra previsto en el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que nadie podrá ser privado 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.

La Comisión Internacional de Juristas considera que el derecho al debido proceso (*the right to a fair trial*) ante un tribunal independiente e imparcial no solo se halla reconocido en tratados, sino también forma parte del Derecho internacional consuetudinario. Por ello, los países que no han acogido o ratificado esos tratados se encuentran obligados, en todo caso, a respetar ese derecho y ajustar a él sus sistemas judiciales.<sup>5</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto del derecho de debido proceso, ha sostenido:

*Que está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite*

---

<sup>4</sup> Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana...*, p. 267. Consultado en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex121/BMD000012117.pdf>.

<sup>5</sup> Comisión Internacional de Juristas, *Principios Internacionales...*, cit. p. 7.

*alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.*<sup>6</sup>

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que el debido proceso, constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.<sup>7</sup> Incluso, ha sostenido que en materia penal incluye tanto las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como otras adicionales que pudieran ser necesarias para la integración de este concepto.<sup>8</sup> Requiere, en consecuencia, que *un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.*<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros* (Perú). Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 204.

<sup>7</sup> Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros* (Panamá). Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. párr. 92; *Caso Fermín Ramírez* (Guatemala). Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. párr. 78; *Caso del Tribunal Constitucional* (Perú). Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 68 y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 178.

<sup>8</sup> Cfr. *Caso Lori Berenson Mejía* (Perú). Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119. párr. 176, y *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11; párr. 24.

<sup>9</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121; *El Derecho a la Información sobre la asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. párr. 117, y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros* (Trinidad y Tobago). Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94. párr. 146.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente ha resuelto diversos casos relacionados con el debido proceso y los derechos fundamentales, como en el caso de siete personas (indígenas tzotziles) por hechos ocurridos en Acteal, Municipio de Chenaló, Chiapas (Primera Sala, reconocimiento de inocencia 11/2011 y 15/2011).<sup>10</sup> Asimismo la Primera Sala ordenó la inmediata libertad de un sentenciado (indígena mazahua) por la comisión del delito de secuestro, al considerar que, durante el proceso penal, fue víctima de diversas violaciones, entre ellas, al debido proceso, por la obtención de pruebas contrarias a la ley. (Amparo Directo 4/2012).<sup>11</sup> Finalmente, en la sesión del miércoles 23 de enero de 2012, la Primera Sala de la SCJN, ordenó la inmediata libertad a la ciudadana francesa Florence Marie Louise Cassez Crepin, en virtud de que, entre otras cosas, durante el respectivo enjuiciamiento, no se había respetado su derecho a un debido proceso. (Amparo Directo en Revisión 517/2011).<sup>12</sup>

Así, respetar las formalidades esenciales del procedimiento penal (debido proceso) implica, entre otras, la posibilidad del inculpado a defenderse de las acusaciones presentadas en su contra por el Ministerio Público y de aportar las pruebas conducentes a ello, a efecto de que el juzgador esté en condiciones de emitir una sentencia *equilibrada y justa*.

---

<sup>10</sup> Consultado en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=2245>

<sup>11</sup> Consultado en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=2453>

<sup>12</sup> Consultado en: [www.scjn.gob.mx/red2/expedientes](http://www.scjn.gob.mx/red2/expedientes)

## **1.2 Defensa adecuada**

El derecho de defensa adecuada en el proceso penal, de acuerdo con el artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, implica la posibilidad que tiene todo inculpado de gozar de libertad provisional bajo caución en delitos no catalogados como graves; también implica no ser obligado a declarar en su contra, conocer el nombre de su acusador y la naturaleza de la acusación, que se le reciban las pruebas que ofrezca, carearse con quien deponga en su contra, ser juzgado en un plazo razonable por un juez competente, que se le faciliten todos los datos que requiera para su defensa, contar con un defensor técnico que esté presente en todos los actos del juicio, entre otros derechos que incluso la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>13</sup> ha determinado que son observables, con excepciones determinadas conforme a la naturaleza de la investigación, durante la averiguación previa; pues según se explica, el derecho de defensa adecuada entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor (defensa técnica activa y no solo formal o pasiva), no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público.

---

<sup>13</sup> Tesis Jurisprudencial 23/2006. Consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, Mayo de 2006; Pág. 132.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en reiteradas jurisprudencias, como lo hizo en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*,<sup>14</sup> que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo; ha considerado, además, que de las garantías inherentes al derecho de defensa es contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, lo cual obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento del expediente llevado en su contra.<sup>15</sup>

El derecho de adecuada defensa se encuentra previsto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a las *garantías judiciales* que debe gozar toda persona imputada, tales como ser juzgado por un juez o tribunal competente e imparcial, en un plazo razonable, presunción de inocencia, igualdad de las partes en el proceso, ser asistido por traductor o intérprete, ser defendido por un abogado técnico, incluso proporcionado gratuitamente por el Estado, con quien deberá entrevistarse previamente y en privado, que se le concedan los medios adecuados para su defensa, el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, no autoincriminación, derecho a recurrir el fallo ante juez superior, a un juicio público, entre otros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la previsión de defensa implica que el

---

<sup>14</sup> Cfr. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154.

<sup>15</sup> Cfr. *Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 170.

inculpado conozca los cargos que se le hacen, cuente con tiempo y medios para preparar su defensa y se halle al tanto del proceso mismo, de manera que pueda reaccionar ante las contingencias de este y hacer valer sus pruebas y argumentos.<sup>16</sup> Así como que el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos de manera expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos<sup>17</sup> y que esta obligación convencional rige incluso antes de que se formule una acusación en sentido estricto (pues para) que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.<sup>18</sup>

### **1.3 Publicidad**

El carácter público del proceso penal se advierte de lo dispuesto en la fracción VI apartado A del artículo 20 Constitucional, que contiene el derecho de ser juzgado en audiencia pública por un Juez o por un jurado de ciudadanos en caso de que sean delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad de la nación. Esta necesidad de publicidad

---

<sup>16</sup> Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 156.

<sup>17</sup> Cfr. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. párr. 149, y *Caso Palamara Iribarne*, op. cit., nota 15, párr. 225.

<sup>18</sup> Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, op. cit., nota 15, párr. 225.

de los juicios se da precisamente para evitar los juicios secretos y la comisión de injusticias, pues el proceso se lleva a cabo abiertamente, es decir, con la presencia del público que supervisa cómo actúan las autoridades judiciales ante los inculpados. La garantía de audiencia pública consagrada en esta fracción está relacionada con el artículo 14 de la Constitución, ya que es una formalidad esencial del proceso penal sin la cual no puede privarse legalmente de sus derechos a ninguna persona.

En el proceso acusatorio propio de una sociedad democrática rige el principio de publicidad, que implica cierta participación contralora del pueblo en la marcha de la justicia.<sup>19</sup> Se halla previsto en el artículo 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el caso *Palamara Vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto del principio de *publicidad* sostuvo que el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público. Igualmente sostuvo que la publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, que es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> García Ramírez, S.: *El debido...*, cit., pág. 64.

<sup>20</sup> Cfr, *Caso Palaramá*, op. cit., nota 15, párrs. 166-168.



### **1.4 El contradictorio**

El principio de contradicción o contradictorio, constituye un dato indispensable en el enjuiciamiento acusatorio moderno; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido *que en todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio.*<sup>21</sup>

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis Aislada 1<sup>a</sup>. CCL/2011, al respecto del principio de contradicción sostuvo que tiene por objeto garantizar que las partes procesales tengan igualdad de oportunidades ante el juez, acorde con la etapa procesal en que se desarrollen; para presentar y argumentar sus casos en los que se sustente la imputación o la defensa, apoyados en los datos que consideren pertinentes y conducentes, lo cual permitirá al juzgador imponerse directamente de los puntos de vista opuestos, en relación con las teorías del caso formuladas tanto por el Ministerio Público como por el imputado y su defensor.<sup>22</sup>

## **II. El testigo de identidad reservada**

### **2.1 El testimonio**

El testimonio es un medio de prueba reconocido por la legislación, que consiste en la deposición emitida por toda persona física que manifiesta ante los funcionarios de la justicia lo que le consta, por haberlo percibido a

---

<sup>21</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 132.

<sup>22</sup> Localización: 10a. Época; 1a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1; Pág. 290. Consultado en [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx). IUS 2010.

través de los sentidos, en relación con la conducta o hecho que se investiga.<sup>23</sup>

De conformidad con el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, toda persona que sea testigo de un hecho está obligada a declarar respecto de los hechos investigados; sin embargo, los artículos 243 y 243 Bis del mismo ordenamiento procesal establece excepciones atendiendo a la cualidad del sujeto que se constituye en sujeto de la prueba testimonial, como por ejemplo para el caso de que se trate del tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado, cuando tenga relación de parentesco con él, o bien cuando se trate de personas que deban guardar secreto profesional, entre otros.

De acuerdo con la teoría general de la prueba, debemos identificar al objeto de prueba, órgano de prueba, medios de prueba, finalidad de la prueba y al sujeto de prueba.

El objeto de la prueba judicial tiene que ver con la pertinencia o conducencia, que se traduce en que la prueba tenga relación con la *litis* del proceso; Kielmanovich refirió que los hechos o la inexistencia de los mismos, en lugar de las afirmaciones que los contienen relativas a esas situaciones, en tanto se invoquen o consideren como presupuestos de la pretensión o la defensa, se constituirán en ese modo en objeto de la prueba judicial.<sup>24</sup>

El órgano de prueba es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso.<sup>25</sup>

Los medios de prueba pueden ser considerados como la forma legal mediante la que se logra la incorporación de la prueba al proceso, con la condición de que se trate

---

<sup>23</sup> Colín Sánchez, G.: *Derecho Mexicano...*, cit., pág. 410.

<sup>24</sup> Kielmanovich, J.: *Teoría de la prueba...*, cit., pág. 29

<sup>25</sup> Constantino Rivera, C.: *Introducción al Estudio...*, cit. pág. 32.

de un medio conducente y no vaya contra el derecho, lo anterior de acuerdo con el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, pudiendo ser cualquiera de los taxativamente establecidos en la propia legislación adjetiva, tales como el testimonio, la documental, pericial, etcétera.

La finalidad de la prueba, como lo expuso Lino Enrique Palacio, es, por un lado, los modos u operaciones referidos a cosas personales (medios de prueba) de los que se extraen, a través del dato que proporcionan (fuentes de prueba), el motivo o motivos generadores de la convicción judicial (argumentos de prueba) y, por otro lado, el hecho mismo de esa convicción, o sea, el resultado de la actividad probatoria;<sup>26</sup> o bien, consiste en producir certeza a la autoridad respecto de los hechos o circunstancias materia de controversia o sujetos a análisis en el proceso.

Finalmente, el sujeto de prueba es la persona que proporciona el conocimiento, por cualquier medio factible.<sup>27</sup>

Así, el testimonio se constituye como un medio de prueba que recae en una persona que comparece ante la autoridad, para declarar sobre hechos respecto de los cuales ha tenido conocimiento por medio de cualquiera de sus sentidos, en el entendido que ese conocimiento, para que tenga validez probatoria, debe ser directo y no por medio de terceros, de conformidad con lo establecido por el artículo 289, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales.

El testimonio se ha transformado históricamente en un medio de prueba de relevancia esencial para el inicio de una investigación criminal, para la identificación de

---

<sup>26</sup> Constantino Rivera, C.: *op. cit.*, pág. 33.

<sup>27</sup> *Ídem.*

los responsables de un delito y para coadyuvar en la acreditación de hechos relevantes en el proceso penal, y si bien, de acuerdo con el artículo 285 del Código Federal de Procedimientos Penales, su valor probatorio adquiere el rango de un indicio insuficiente por sí solo para acreditar un hecho, pues incluso en el caso de que se trate de testimonio único, este debe estar apoyado con alguna otra prueba que lo justifique racional y jurídicamente; lo cierto es que se trata de un medio probatorio de gran trascendencia para fincar un proceso penal, para desmembrar una organización criminal, para aprehender a los probables responsables de un delito para demostrar su inocencia y en general, para acreditar un hecho relevante relacionado con el proceso penal, y lo que es más ha sido el instrumento probatorio más usado por el Ministerio Público para fundar el ejercicio de la acción penal en el caso de delitos como el de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, entre otros; de ahí la importancia de su estudio dentro del derecho penal.

## **2.2 La identidad del testigo**

La palabra identidad, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, consiste en *un conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan respecto de los demás*.<sup>28</sup> Uno de los aspectos relevantes relacionados con la prueba testimonial, además de su valoración en el proceso, constituye la forma en que el testigo se incorpora al proceso penal, entendida esta no como la fuente de la que proviene o por la que le resulta cita en el proceso, sino en cuanto a la cualidad de quien se constituye como órgano

---

<sup>28</sup> Consultado en [www.academia.org.mx](http://www.academia.org.mx). Fecha de consulta: 5 de marzo de 2013.

de prueba; es decir, es importante conocer a la persona que emite el testimonio, sea de cargo o de descargo, con la finalidad de que las partes lo conozcan y puedan, si así lo consideran conveniente y tienen forma de demostrarlo, calificarlo o descalificarlo individualmente, a efecto de que el juzgador esté en posibilidad de asignarle el valor legal correspondiente; por ello, toda persona que deba comparecer ante una autoridad jurisdiccional debe ser debidamente identificada con el fin de conocerlo en su individualidad y atributos personales que lo distinguen de los demás.

La identidad del testigo constituye un elemento esencial para valorar la relevancia de un testimonio; la declaración de los testigos se inicia siempre con su identificación, conforme al artículo 248 del Código Federal de Procedimientos Penales, así lo establece la citada legislación procesal pues solo la identidad permite probar el parentesco, la relación de dependencia, el interés, amistad y la situación personal del testigo; permite también comprobar si ha sido condenado por algún delito como el de falsedad en declaraciones.

Conocer la identidad de los testigos, y particularmente los acusadores, es presupuesto para la constatación y apreciación de su dicho e inhabilidad del testigo, conforme lo dispone el artículo 289, fracciones I y II, del Código Federal de Procedimientos Penales, al disponer que para apreciar el dicho de un testigo el tribunal tendrá en consideración su *edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto sobre el que depuso, así como que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.*

Incluso, el conocimiento de la identidad del testigo, es igualmente presupuesto de la recusación de sus

apreciaciones y para efectos de la ponderación de las causas de dispensa y su deber de guardar secreto conforme a los artículos 243 y 243 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, puesto que solo mediante la identidad del testigo puede conocerse si este tiene algún impedimento para declarar, si se encuentra ligado, por amor, respeto, odio, dependencia o alguna otra causa con alguna de las partes, e incluso para conocer los móviles que le conducen a emitir su deposición.

Así, el testigo de identidad reservada es aquel cuyos datos de identificación personales se ocultan a efecto de que la parte contraria en el juicio no los conozca ni sepa de quién se trata, con la finalidad, generalmente, de preservar la integridad personal del testigo.

### **III. Reserva de la identidad del testigo en la normatividad nacional e internacional**

#### **3.1 En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** *(anterior a la reforma de 18 de junio de 2008)*

El artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en su texto anterior a la reforma de 18 de junio de 2008], dispone diversos derechos subjetivos a favor del inculcado que deben ser respetados por las autoridades jurisdiccionales los que consisten, entre otros, en: a) informarle el nombre de su acusador; b) informarle los datos que obren en la causa; c) brindarle la oportunidad de nombrar un defensor o persona de confianza; d) no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él; e) la facultad para carearse con quien deponga en su contra; f) ofrecer pruebas para comprobar su inocencia; g) facilitarle los datos que constan en el expediente; h) que sea informado de los derechos que a su favor consigna la Constitución; e i) ser juzgado en audiencia pública.

El primero de los derechos subjetivos mencionados [que forma parte del derecho de adecuada defensa], relativo a que a todo inculcado se le haga saber el nombre de su acusador, conforme al citado texto constitucional, se trata de un derecho absoluto que no admite excepciones ni límites en su ejercicio, al disponer en la fracción III, que en todo proceso de orden penal, el inculcado, tendrá como garantía:

...

***III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.***

(...)

(Énfasis en negritas añadido.)

Como se dijo, el citado derecho es absoluto y no admite excepciones ni límites desde su propia concepción constitucional ya que, conforme al mismo precepto constitucional, los únicos derechos subjetivos referentes al derecho de adecuada defensa que admiten límites son los establecidos en las fracciones I, V, VII y IX, no así la prevista en la indicada fracción III del mismo precepto. Es decir, de la interpretación literal y auténtica del propio texto constitucional que se analiza, se observa que el Constituyente permanente no dispuso límites al derecho que le asiste al inculcado de ser informado del nombre de su acusador, pues de haber sido esa la voluntad del legislador, habría establecido excepciones al mismo o límites a su ejercicio, como sí lo hizo respecto de los diversos derechos establecidos en las fracciones I, V, VII y IX del propio precepto

constitucional. En el mismo sentido, históricamente se justifica lo anterior al observar la nueva redacción del artículo 20 constitucional modificado mediante decreto de reformas publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 (el cual aún no se encuentra vigente conforme al artículo segundo transitorio el mismo Decreto), en el que en el apartado B, fracción III, establece la posibilidad de que *Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.*

Tal y como puede observarse en el citado texto constitucional que, como se dijo, aún no entra en vigor, se establecen límites o excepciones al derecho de *ser informado del nombre de su acusador* e incluso para tener acceso a la investigación; pero ello deberá ser analizado de acuerdo con criterios de proporcionalidad y de necesidad de la restricción del derecho, con la finalidad de determinar si la restricción al derecho fundamental de defensa que se trata, consistente en la reserva de la identidad de los acusadores, deberá mantenerse durante la etapa del juicio oral o solo en la etapa de investigación, e incluso para efecto de determinar la imposición de medidas cautelares en el nuevo sistema acusatorio y adversarial que está por operar próximamente en materia federal, incluso tratándose de regímenes de excepción como en el caso de delincuencia organizada.

De esa forma, si la redacción del texto constitucional vigente dispone que desde la diligencia de declaración preparatoria deben hacerle saber al inculpado el nombre de sus acusadores para que estos puedan ejercer su derecho de contradicción (principio de contradictorio), así como para hacer uso de los diversos derechos



contenidos en el propio artículo 20, apartado A, constitucional vigente, con la finalidad de hacer efectivo su derecho de adecuada defensa, con mayor razón durante la etapa de instrucción del proceso penal.

### **3.2 En la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

El testigo de identidad reservada, anónimo o secreto es aquel cuya identidad es desconocida por las partes procesales o por el tribunal, o solo por la defensa.<sup>29</sup>

La posibilidad de admitir el testimonio de un testigo anónimo, es decir, de aquella persona cuya identidad es desconocida por el acusado y por la defensa, cuando menos, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico mediante el artículo 11 Bis, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, el cual fue adicionado en la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de enero del año dos mil nueve, que estableció la facultad del Subprocurador Especializado en Delincuencia Organizada de la Procuraduría General de la República para autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos contenidos a que se refiere la propia ley especial; reserva de identidad que, de acuerdo con el mismo precepto, deberá permanecer durante la averiguación previa, el ejercicio de la acción penal y el proceso, por lo que se impone a la autoridad jurisdiccional la obligación de mantener dicha reserva. El texto legal en cita, conviene reproducirlo con la finalidad de identificar su contenido y alcances jurídicos conforme al sistema penal:

---

<sup>29</sup> Martín García, P.: *La prueba...*, cit., pág. 226.

*Artículo 11 Bis.- El Titular del órgano previsto en el artículo 8 podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la averiguación previa respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.*

*En tales casos, se asignará una clave numérica, que solo será del conocimiento del Procurador General de la República, del Titular del órgano antes citado, del Secretario de Seguridad Pública y del servidor público a quien se asigne la clave.*

*En las actuaciones de averiguación previa, en el ejercicio de la acción penal y durante el proceso penal, el Ministerio Público y la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el Ministerio Público acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que esta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el agente de la policía cuya identidad se encuentre reservada tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad.*

Al respecto de la citada reforma legal, en la exposición de motivos enviada por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Senadores, que fungió como cámara de origen, se justificó

la implementación de la figura del testigo de identidad reservada tanto durante la averiguación previa como en el proceso, *a efecto de garantizar mejores resultados en la lucha contra la delincuencia organizada*, lo cual, según se expuso, permite garantizar el adecuado desarrollo de la averiguación previa y del proceso.<sup>30</sup>

Como puede apreciarse, del contenido del artículo 11 Bis, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y de la justificación legislativa que le dio origen, se puede establecer que la medida de reserva de identidad para policías (testigos) infiltrados, aprehensores o que hayan participado en cateos: 1) procede en determinados casos; 2) debe cumplir con formalidades especiales para su concesión; y 3) produce efectos específicos.

En cuanto a los requisitos de procedencia, para que se otorgue la medida de reserva de identidad, es necesario que se trate de sujetos con características especiales atendiendo a su cualidad de policía por lo que no podrá otorgarse válidamente a cualquier otra persona que haya sido testigo de algún hecho relacionado con el delito, como podrían ser los ofendidos del delito, o bien, en el caso de jueces, peritos, defensores o agentes del Ministerio Público;<sup>31</sup> además, para proceder al otorgamiento de la reserva de identidad es necesario que el policía al que se le conceda dicha clase de protección, se trate de infiltrados en las organizaciones delictivas, o que los policías hayan participado en la detención de personas mediante la

---

<sup>30</sup> Consultado en: <http://gaceta.diputados.gob.mx>. Fecha de consulta: 6 de marzo de 2013.

<sup>31</sup> *Las víctimas, ofendidos, testigos in genere, jueces, defensores y agentes del Ministerio Público, pueden recibir medidas de protección, de conformidad con el artículo 2º, fracción V, del Código Federal de Procedimientos Penales, pero dentro de esas medidas no se encuentra la reserva de su identidad, sino solo la protección de su integridad física de ellos.*

aprehensión o detención en flagrancia o incluso que hayan intervenido en la práctica de cateos relacionados con los delitos de delincuencia organizada, por lo que la indicada medida de protección no deberá otorgarse a personas que, aunque tengan el carácter de policías, no hayan tomado parte de alguna de las actividades mencionadas, como podría ser el caso de los superiores de los policías, o bien, de cualquier otro que, aunque hubiera tenido conocimiento de los hechos delictivos, no haya tomado participación específica como aprehensor o alguna otra de las actividades mencionadas.

A pesar de que en el dictamen emitido por la Cámara de Senadores,<sup>32</sup> se determinó que se concedía la facultad discrecional al titular de la unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada para autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía, debe decirse que esa facultad discrecional no es absoluta, pues la misma debe reunir requisitos formales para su otorgamiento.

Los requisitos formales a que se refiere la citada disposición legal, consisten en: a) que la reserva de identidad de los testigos policías sea autorizada por el Subprocurador Especializado en Investigación de Delincuencia Organizada; lo anterior, deriva de la interpretación sistemática de los artículos 11 Bis, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con los artículos 3, apartado A, fracción III y 16 del Reglamento de la Procuraduría General de la República, que determinan en esencia que el titular de la unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada

---

<sup>32</sup> Consultado en: *www.senado.gob.mx*. Fecha de consulta: 6 de marzo de 2013.

es el Subprocurador Especializado en Investigación de Delincuencia Organizada; b) que sea emitida por escrito; c) de manera fundada y motivada; y, d) teniendo en cuenta el tipo de investigación.

Además, de conformidad con la normatividad anterior, la reserva de la identidad de policías aprehensores o que hayan participado en cateos relacionados con delitos previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, produce los siguientes efectos procesales: 1) imposibilitar que conste en la averiguación previa el nombre, domicilio y cualquier otra circunstancia que sirva para identificar al testigo; 2) asignarle una clave numérica, que será del conocimiento del Procurador General de la República, del titular de la Subprocuraduría Especializada en Delincuencia Organizada, del Secretario de Seguridad Pública y del servidor público (policía) a quien se le asigne la clave; y 3) preservar la confidencialidad de los datos de identidad durante la averiguación previa y durante el proceso penal ante la autoridad jurisdiccional.

Al respecto de los efectos de la medida de protección de identidad a que se refiere la ley especial de combate a la delincuencia organizada, es donde se centran los puntos más álgidos en las discusiones sobre su validez constitucional y convencional, puesto que el hecho de que se reserve la identidad del testigo policía que participó en la detención del inculcado o bien en un cateo relacionado con la causa penal que se le sigue, puede dar lugar, como se verá más adelante, a abusos en el uso de esa figura en detrimento de los derechos de defensa del propio inculcado e incluso propiciar la violación de principios rectores del proceso penal como el de publicidad, contradicción e igualdad de armas.

De lo anterior se sigue que la discrecionalidad a que se refiere la ley se encuentra acotada a requisitos formales, lo que supone que la medida de otorgamiento de reserva

de identidad se encuentra sujeta a control por los órganos jurisdiccionales; es decir, que no se trata de una facultad omnímoda del titular de la unidad especializada en delincuencia organizada, sino de una atribución sometida al cumplimiento de la ley; de no ser así, podría darse el caso, por ejemplo, de que la resolución que determina la reserva de identidad de un testigo haya sido emitida por alguna autoridad incompetente o que no se haya emitido por escrito, de manera fundada y motivada, o que no existiera justificación racional para reservar la identidad de los policías porque no hubiera evidencia clara de riesgo de la integridad física o vida del policía, que las circunstancias del hecho no estuvieran relacionadas con delitos vinculados con delincuencia organizada o que las circunstancias personales del imputado no revelaran la posibilidad de atentar en contra de la integridad personal de los policías que lo aprehendieron o participaron en un cateo relacionado con su causa.

Así, considero que los juzgadores que reciban un caso en el que se haya reservado la identidad de los testigos policías aprehensores, deben verificar que la determinación de reserva de identidad emitida por el funcionario especializado de la Procuraduría General de la República, cumpla con la satisfacción de los requisitos formales y de procedencia para determinar la validez de la resolución emitida por dicho funcionario, ya que, de no ser así (aunque la ley de delincuencia organizada no establece expresamente alguna consecuencia), por lo que el juzgador deberá proceder de la siguiente forma: 1) Si se está en presencia de ausencia de requisitos de procedencia (*vide supra*) no estará obligado a preservar la reserva de la identidad del testigo; y 2) Si lo de lo que carece la determinación del Titular de la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada es de la satisfacción de los

requisitos formales, entonces el juzgador deberá requerir al indicado funcionario, dentro de un término prudente, la satisfacción de los requisitos faltantes con apercibimiento de revelar la identidad del policía bajo su responsabilidad en caso de no satisfacción de los mismos. Lo anterior obedece al respeto de los principios de exacta aplicación de la ley e igualdad entre las partes.

### ***3.3 En la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal***

El 8 de junio de 2012 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, la que, de acuerdo al artículo *primero* transitorio, entraría en vigor a los 180 días posteriores a su publicación, lo que aconteció el 8 de diciembre del mismo año 2012, por lo que se trata de normas de derecho positivo vigente en nuestro país.

Los legisladores que fungieron como cámara de origen, esencialmente justificaron la creación de la indicada ley, en la necesidad de combatir la delincuencia organizada, fundamentalmente relacionada con el narcotráfico, derivado de los compromisos adquiridos por México en la *Convención de Palermo*, y buscando un equilibrio entre las garantías del debido proceso y los derechos que tienen quienes cumplen con su deber legal de testificar o acceder a colaborar con la procuración de justicia, por lo que consideraron necesario que los testigos puedan rendir su declaración sin ser vulnerables ante la delincuencia que ejerce sobre ellos, familiares y personas cercanas, actos de intimidación, privando a los órganos de procuración e impartición de justicia allegarse de elementos probatorios claves para el enjuiciamiento criminal.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Consultado en <http://gaceta.diputados.gob.mx>. Fecha de consulta: 8 marzo de 2013.

Del contenido del artículo 1 de la citada ley, se observa que el objeto de la misma consiste en establecer las medidas y procedimientos que garanticen la protección y atención de personas intervinientes en el procedimiento penal, cuando se encuentren en situación de riesgo o peligro por su participación o como resultado del mismo;<sup>34</sup> para tal efecto, se crearon el Programa Federal de Protección a Personas y el Centro Federal de Protección a Personas, el cual contará con una unidad de protección a personas; en la misma ley se determinan medidas de protección específicas, se instaure un *convenio de entendimiento* suscrito entre el titular del *centro federal* y la persona a proteger a efecto de definir las obligaciones que contraen estos; también se establecen *principios básicos* que regirán el otorgamiento y durabilidad de las medidas de protección otorgadas, así como se instaure un principio de proporcionalidad para el otorgamiento de protección a personas. Al respecto de la citada normatividad, destaca por su aplicabilidad al objetivo del presente trabajo, lo relativo a las medidas de protección susceptibles de ser otorgadas a las personas que se acojan al sistema de protección y, dentro de estas, la que aquí interesa es la medida de protección relativa a la seguridad

---

<sup>34</sup> ARTÍCULO 13. *El presente Programa tendrá aplicación exclusivamente para aquellos casos en los que se encuentren relacionadas personas que estén en una situación de riesgo por su participación de forma directa o indirecta en un procedimiento penal que verse sobre delitos graves o delincuencia organizada. En los demás casos, corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares dictar y ejecutar las medidas de protección distintas a las de aplicación exclusiva por el Director del Centro, tendientes a garantizar la seguridad de las personas que se encuentren en una situación de riesgo, por su participación dentro de alguna de las etapas del procedimiento penal, entre las cuales se podrán tomar en cuenta las previstas en los artículos 17, fracciones I, II y V, y 18, fracciones I, incisos a) y b), II, IV, V, VIII, incisos a), b) y c) y X del presente ordenamiento; así como las demás que estime pertinentes o las que se encuentren previstas en los ordenamientos legales aplicables.*



de la persona a proteger consistente en la reserva de su identidad, prevista en el artículo 18, fracción VIII, inciso a), de la propia ley, la cual dispone que durante el proceso el Ministerio Público podrá solicitar, entre otras, la reserva de la identidad en las diligencias en que intervenga la Persona Protegida, imposibilitando que en las actas se haga mención expresa de sus nombres, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualquier otro dato que lo ponga en evidencia en términos de lo dispuesto en la legislación aplicable.

De dicho precepto legal se desprende que en el caso de que sea procedente otorgar protección a una persona que haya intervenido en un procedimiento penal,<sup>35</sup> una de las medidas de seguridad a otorgar será la de reserva de la identidad de la persona, a efecto de evitar que se conozca la persona sometida a protección; al respecto, el problema surge, como se verá más adelante, cuando la persona sometida a protección es un testigo de cargo, pues de conformidad con el artículo 9, inciso c) del mismo cuerpo normativo, dichas personas son susceptibles de recibir protección incluyendo la reserva de su identidad, y decimos que el problema surge en este caso porque frente a la reserva de la identidad de un testigo se encuentra el inculpado, quien a su vez tiene el derecho a defenderse de las imputaciones que en su caso le haga el testigo cuya identidad desconoce.

---

<sup>35</sup> El artículo 15 de la Ley Federal para la Protección a Personas que intervengan en un Procedimiento Penal, dispone que las personas susceptibles de ingresar al programa de protección pueden ser: a) víctimas; b) ofendidos; c) testigos; d) testigos colaboradores; e) peritos; f) policías; g) Ministerio Público, jueces y miembros del Poder Judicial; h) quienes hayan colaborado eficazmente en la investigación o en el proceso; e i) otras personas cuya relación sea por parentesco o cercanas a las señaladas en los incisos anteriores y por la colaboración o participación de aquellos en el Procedimiento Penal les genere situaciones inminentes de amenaza y riesgo.

En este punto, conviene establecer la diferencia entre testigo oculto y testigo de identidad reservada: el primero de ellos es aquel que declara sin ser visto por el acusado, bien por prestar declaración fuera de la sala o bien cuando está en ella, se utiliza algún mecanismo que impide su visualización: *biombos, mamparas, escudo humano* o cualquier otro objeto que impida el contacto visual entre ambos;<sup>36</sup> en estos casos, la identidad del testigo se encuentra al descubierto,<sup>37</sup> mientras que en la figura del testigo de identidad reservada, el inculcado desconoce de quién se trata, o sea, no se le hace saber el nombre y atributos de la personalidad del testigo.

Siguiendo con el análisis de la citada disposición legal, a diferencia del artículo 11 Bis, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en la Ley Federal Para la Protección a Personas que Intervienen en un Procedimiento Penal, la preservación de la reserva de identidad de un testigo (entre otros sujetos) durante el proceso penal seguido ante las autoridades jurisdiccionales para la asistencia a diligencias judiciales, no constituye una facultad discrecional para el titular de la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada de la Procuraduría General de la República, ni el actuar del juez está supeditado al otorgamiento previo de medida de seguridad, sino que durante el proceso penal el Ministerio Público (Titular de la Subprocuraduría o de la unidad administrativa equivalente a la que se encuentre asignado el Ministerio Público responsable de la investigación), solicitará al juez preservar la reserva de la identidad del testigo y será el propio juzgador quien decidirá si debe o no mantenerse la reserva en las diligencias judiciales, lo anterior conforme se advierte del último párrafo

---

<sup>36</sup> Martín García, P.: *op. cit.* pág. 220.

<sup>37</sup> La figura del testigo oculto, se encuentra prevista en el artículo 18, fracción VIII, inciso b), de la Ley Federal para la Protección a Personas que intervienen en un Procedimiento Penal.

de la fracción X del artículo 18, de la misma ley; aquí cabe aclarar que quien otorga la medida de seguridad desde la averiguación previa o fase de investigación, cuando se trate de delitos graves o de delincuencia organizada, será el Director del Centro de Protección a Personas, siguiendo desde luego las medidas legales para determinar la procedencia o no de una solicitud de incorporación al programa de protección y será el Ministerio Público que conozca de la investigación a quien corresponderá otorgar la medida de protección cuando se trate de delitos que no sean catalogados como graves ni de delincuencia organizada (*vide supra* – Nota: 9 – )

Al respecto del otorgamiento de la medida de seguridad consistente en la reserva de identidad de un testigo, en la ley especial de protección a personas que se analiza, a diferencia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en el artículo 19 se establecen criterios de viabilidad y proporcionalidad para otorgar la medida, con base en la vulnerabilidad del testigo, la situación de riesgo, la importancia del caso, la trascendencia e idoneidad del testimonio, la capacidad de la persona para adaptarse a las condiciones del Programa, la capacidad del agente generador del riesgo de hacer efectivo el daño y otras circunstancias que justifiquen la medida, así como se instaure la práctica de un estudio técnico para el caso de delitos en materia de secuestro, para determinar las medidas de protección aplicables entre las que desde luego, se encuentra la reserva de la identidad de víctimas u ofendidos que a su vez pueden tener el carácter de testigos de cargo en contra del imputado<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> ARTÍCULO 23. *El Director deberá contar con el Estudio Técnico que le permita decidir sobre la procedencia de incorporación o no de una persona al Programa. En los casos en que la incorporación al Programa sea ordenada por una autoridad jurisdiccional en términos de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI, del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Centro deberá realizar el Estudio Técnico correspondiente, con la finalidad de determinar las Medidas de Protección aplicables.*

En suma, en la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en un Procedimiento Penal, se han establecido procedimientos de acceso, reglas para su implementación y principios que lo rigen, lo que de alguna forma genera menos inseguridad jurídica que la escueta regulación establecida en el artículo 11 Bis, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en materia de reserva de identidad de testigos; sin embargo, tal y como se ha anticipado en líneas que anteceden, el problema no se agota con la sola regulación de un nuevo sistema de protección de personas que intervengan en un procedimiento penal que de por sí es controvertible desde el punto de vista jurídico, aunque el análisis de dicha regulación no es propiamente la materia del presente trabajo pero que sin duda debe ser objeto de observación en la práctica y desde luego de control jurisdiccional para evitar abusos en su implementación; como se dijo, el problema no se agota con el establecimiento de una regulación relativa al sistema de protección, sino que este debe ser analizado frente a los derechos de las personas imputadas en contra de quienes se sustente la imputación en testigos de identidad reservada a quienes el inculpado ni su defensor conocerán durante el proceso penal y no tendrán por consecuencia la posibilidad de cuestionar su calidad, de objetar las condiciones personales que lo hayan determinado a declarar en su contra, ni de ofrecer pruebas para desacreditarlo ante el juez, pues simplemente no tendrán oportunidad de saber quién es el ateste que ha depuesto en contra del inculpado, inclusive con los graves riesgos y tentaciones para el Ministerio Público de fabricar o suplantar testigos de cargo con el perverso afán de incriminar a alguna persona, sobre todo cuando en un país como el nuestro, en el que la Representación Social se ha caracterizado

históricamente por el ejercicio abusivo de sus funciones persecutoras, en detrimento de la lealtad que le debe a la sociedad.

### **3.4 El testigo de identidad reservada en el derecho comparado**

#### **3.4.1 Argentina**

El 16 de mayo del año 2011 fue publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires* la ley 14.257, la cual incorporó al Código de Procedimiento Penal el artículo 233 bis, titulado *declaración bajo reserva de identidad*<sup>39</sup>, el cual se encuentra dentro del capítulo V, relativo al medio de prueba de testigos; dicha norma expresa que *Toda persona que desee aportar información o datos útiles para el esclarecimiento de un ilícito, podrá requerir al Fiscal declarar bajo estricta reserva de su identidad, cuando motivos fundados así lo justifiquen*, así como que si el testigo de identidad reservada no concurriere voluntariamente al debate oral, la declaración recibida bajo reserva de identidad en la investigación penal preparatoria, no podrá ser utilizada como medio de prueba para fundar la condena del imputado, y que en ningún caso podrá ser por sí sola fundamento para la privación cautelar de la libertad personal.

A su vez, en el artículo 286 de la misma codificación se establece la posibilidad de reserva de identidad del denunciante, al disponer que *cuando motivos fundados así lo justifiquen, el denunciante podrá requerir al funcionario interviniente, la estricta reserva de su identidad*.

---

<sup>39</sup> Consultado en [www.gob.gba.gov.ar/legislación/](http://www.gob.gba.gov.ar/legislación/). Fecha de consulta: 7 de marzo de 2013.

Al respecto del artículo 233 bis, del Código de Procedimiento Penal, la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Morón, de la Provincia de Buenos Aires al resolver la causa 16.756,<sup>40</sup> con motivo del Caso *Candela*, relativo al recurso de apelación interpuesto respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, la Sala analizó la compatibilidad de dicho precepto con la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y con la Constitución Nacional de Argentina, en cuanto a que se argumentó por la defensa la nulidad de los testigos de identidad reservada porque dicha figura viola los principios de defensa, igualdad ante la ley y el de inocencia.

Además, la Sala III del Tribunal Constitucional de la Provincia de Buenos Aires, resolvió que la reserva de identidad del testigo mantenida durante la audiencia oral, además de confrontar con una de las características definitorias de aquel vinculada a la contradicción, censura de manera insuperable uno de los aspectos sustanciales del contralor del imputado basado en la credibilidad del testigo.<sup>41</sup>

Finalmente, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina, no se ha pronunciado en algún caso respecto de la figura del testigo de identidad reservada, así como que en el Código de Procedimientos Penales de la Nación Argentina, no se prevé la figura del testimonio con identidad resguardada, pues la norma anterior se trata de una disposición de la Provincia de Buenos Aires.

---

<sup>40</sup> Consultado en [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar) Fecha de consulta: 7 de marzo de 2013.

<sup>41</sup> TCPBA, Sala III, RSD-529-6 S, CARATULA: S.,R. s/ Recurso de Casación 10-10-2006 , Juez MAHIQUES (MI), consultado en [www.gob.gba.gov.ar](http://www.gob.gba.gov.ar) fecha de consulta: 7 de marzo de 2013.

### 3.4.2 Colombia

Mediante Decreto 2700 de 30 de noviembre de 1991 emitido por el presidente de la República Colombiana, se expidieron normas del Procedimiento Penal entre las que se incluyó el artículo 293 de dicho decreto, publicado en el *Diario Oficial* No. 40.190, del 30 de noviembre de 1991; a partir de dicha reforma se incluye en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano, entre otras como la de *juez oculto*, la figura del testigo de identidad reservada; el citado texto legal permite la reserva de la identidad del testigo que interviene en procesos de competencia de los jueces regionales a fin de garantizar su protección. Para ello, se autorizará que coloque su huella digital en vez de firma al pie de su declaración. El Ministerio Público certificará que la huella corresponde al declarante. Excepcionalmente, la reserva podrá extenderse a apartes de la declaración que permitieren la identificación del testigo, con autorización del fiscal.

Al respecto de la interpretación de la citada norma procesal penal, la Corte Constitucional de Colombia en el caso *Municipio Chinú* (Córdoba), comunidad indígena Zenú, en la sentencia T-008/92, en la que se analizó la figura del testigo de identidad reservada prevista en el citado artículo 293, sostuvo que la validez constitucional de las declaraciones de testigos con reserva de identidad **depende**, por entero, de la aplicación cabal de las garantías que rodean la realización y valoración de la prueba, así como de la posibilidad cierta de que esta pueda ser ampliamente controvertida por la defensa técnica, así como estableció, conforme a la normatividad en estudio, que *si el juez no puede conocer esa identidad para valorar adecuadamente la declaración y* si, por ello, la defensa no puede contrainterrogar al testigo,

la prueba será nula por violación del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia T-008, enero 22/98).<sup>42</sup>

Posteriormente, mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial* No.41.098, de 2 de noviembre de 1993, se publicó la Ley 81 de 1993, que reformó normas del procedimiento penal y particularmente el citado artículo 293 del Código de Procedimientos Penales, relativo al testigo de identidad reservada, en cuanto a la forma de valorar dicha prueba, particularmente que la misma sería valorada por los juzgadores conforme a las reglas de la *sana crítica y sin perjuicio de las reglas sobre confrontación de testimonio contenidas en tratados públicos de derechos humanos ratificados por Colombia*.

El artículo 293 del Código de Procedimientos Penales fue modificado por el artículo 17 de la Ley 504 de 1999, publicada en el *Diario Oficial* No. 43.618, del 29 de junio de 1999.<sup>43</sup> Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, el 6 de abril de 2000, emitió sentencia C-392-00, en la que nuevamente analizó la constitucionalidad de las normas (entre otras) relativas a la reserva de identidad de testigos, en la que determinó de manera destacada lo siguiente.<sup>44</sup>

(...)

*Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicado se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del **debido***

---

<sup>42</sup> Consultado en: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-008-98.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-008-98.htm). 8 de marzo de 2013.

<sup>43</sup> Consultado en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley\\_0504\\_1999.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0504_1999.html). 8 de marzo de 2013.

<sup>44</sup> Consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-392-00.htm>. 8 de marzo de 2013.



***proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad (...) para nadie es desconocido que las condiciones personales del testigo como órgano de la prueba, pueden ser también materia de debate en el ejercicio del derecho de contradicción, (...) la relación personal del testigo con el sindicado, con las autoridades o con quienes eventualmente puedan resultar afectados o beneficiados con su declaración, puede ser objeto de confrontación y examen en la contradicción de la prueba. Además, el contacto directo de las partes con el testigo durante la recepción de la declaración de este, permite al procesado o a su apoderado la percepción inmediata de la reacción anímica del deponente ante las preguntas que se le formulan, (...) la reserva de identidad de los investigadores, juzgadores y testigos resulta violatoria del derecho a la publicidad del proceso, a la imparcialidad de los funcionarios y a la contradicción de la prueba y, en tal virtud, de la garantía constitucional al debido proceso (...).***

(Énfasis con negritas añadido)

Así, el sistema de enjuiciamiento penal colombiano ha sentado un precedente valioso en pro de la defensa del derecho de defensa y se ha erigido como un Órgano progresista en materia de protección de derechos fundamentales, en cuanto que la figura de testigo de identidad reservada ha sido proscrita del ordenamiento colombiano, por considerar que viola, en perjuicio de los

imputados, los derechos fundamentales de publicidad del proceso, a la imparcialidad de los funcionarios y a la contradicción de la prueba y, en tal virtud, de la garantía constitucional al debido proceso.

### ***3.5 Los testigos de identidad reservada en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos***

#### **3.5.1 Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Los organismos internacionales en materia de protección de Derechos Humanos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no se han pronunciado abiertamente sobre la necesidad de proscripción de la figura de los testigos de identidad reservada; sin embargo, han analizado diversos aspectos relacionados con las *garantías judiciales* previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), particularmente el derecho que toda persona inculpada tiene dentro de un proceso judicial relativo a *interrogar a los testigos de cargo*.<sup>45</sup>

Al respecto de la justicia *sin rostro* y particularmente respecto al testigo de identidad reservada, la Comisión

---

<sup>45</sup> CADH: Artículo 8. *Garantías Judiciales (...)* 2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (...)* PIDCP: Artículo 14. *(...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; (...)*

Interamericana de Derechos Humanos en el Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia de 1990-1992,<sup>46</sup> cuando ya se encontraba en ese país vigente la Ley 81 de 1993 (*vide supra*), señaló que en relación con la problemática de la justicia secreta, que persigue el buen propósito de proteger la integridad y la vida de los jueces, pero que puede afectar muy seriamente las garantías del debido proceso y eleva la proporcionalidad del margen de error judicial al punto de exponer gravemente a quienes se someten a ella a ser víctimas de una injusticia, por lo que el citado órgano internacional exhortó al Gobierno de Colombia a continuar en su empeño de seguir buscando fórmulas que permitan armonizar el doble y no contradictorio objetivo de lograr garantizar plenamente la protección a la vida e integridad personal de los jueces sin afectar las garantías del debido proceso. Aunque cabe precisar que la propia Comisión en el citado informe expresó que no está en contra de las medidas que protegen la vida del testigo y de los que intervienen como auxiliares en la investigación judicial, pero dejó en claro que solo en casos excepcionales es indispensable que se adopten medidas tendentes a proteger la identidad de los testigos, pero siempre y cuando no se afecten las garantías judiciales básicas del debido proceso.<sup>47</sup>

### **3.5.2 En la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sostuvo que el inculpado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. En el mismo sentido se ha pronunciado

---

<sup>46</sup> Consultado en [www.oas.org/es/informes/pais](http://www.oas.org/es/informes/pais). Fecha de consulta: 9 de marzo de 2013.

<sup>47</sup> *Ídem*.

la Corte Europea.<sup>48</sup> Este tribunal ha establecido que *en todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio.*<sup>49</sup>

En el mismo sentido, en el Caso Castillo Peruzzi Vs. Perú, al analizar la violación del Estado Parte, al artículo 8.2.F de la Convención Americana de Derechos Humanos, determinó que el artículo 13 del Decreto-Ley No. 24.575 de Perú, imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación y precisó que tal como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa.<sup>50</sup>

También, en aras de establecer criterios que protejan el derecho a la defensa y la igualdad procesal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, invocó el derecho de los acusados, conforme al artículo 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos, de *interrogar a los testigos presentados contra ellos y aquellos que declaran a su favor bajo las mismas condiciones que el Estado, a fin de defenderse*<sup>51</sup>, y destacó que no existe impedimento alguno para que los Estados adopten medidas adicionales con el propósito de garantizar el debido proceso.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Cfr. Caso Palamara, op. cit., nota 15, párr. 178.

<sup>49</sup> Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 132.

<sup>50</sup> Cfr. Caso Castillo Peruzzi Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs.154 y 155. Consultado en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

<sup>51</sup> Cfr. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.30.

<sup>52</sup> *Ídem.*

#### **IV. Proporcionalidad entre reserva de identidad del testigo como ejercicio del poder punitivo del Estado y los principios de debido proceso, defensa, publicidad y contradicción**

De acuerdo con la teoría constitucional, el principio de proporcionalidad es un esquema de razonamiento que permite determinar si existe una afectación ilegítima de un derecho fundamental o de un bien constitucionalmente protegido.<sup>53</sup> Este *test* tiene dos vertientes: el *test* de prohibición del exceso y el *test* de protección deficiente; en el caso utilizaremos el primero de ellos para demostrar que las disposiciones que establecen la reserva de la identidad de testigos en un proceso penal, violan de manera injustificada los principios de debido proceso, defensa, publicidad y contradicción. El principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios:<sup>54</sup>

**a) Idoneidad:** que el acto que afecte un derecho fundamental sea idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo;

**b) Necesidad:** que el acto que afecte un derecho fundamental se realice en la medida más favorable para el derecho afectado de entre todas las medidas que resistan la misma idoneidad para alcanzar el fin inmediato conseguido con ese acto; y

**c) Proporcionalidad** (*stricto sensu*): que las ventajas que se obtengan con la afectación del derecho fundamental compensen los sacrificios que ello implica para su titular y la sociedad<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Orduña Sosa, H.: *Interpretación Constitucional...*, cit. pág. 102.

<sup>54</sup> *Ibidem*, págs. 104-105.

<sup>55</sup> El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado las reglas del principio de proporcionalidad, en la Jurisprudencia 130/2007, de rubro: *GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA*.

Es conveniente precisar que el citado principio de proporcionalidad es útil para solucionar posibles conflictos entre principios, así como para determinar la legitimidad de conflictos entre bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

En razón de lo anterior, cuando analizamos la regulación normativa en nuestro país de la figura de los testigos de identidad reservada, se precisó que en la vigente redacción del artículo 20, apartado A, fracción III, Constitucional, se establece como uno de los derechos del inculpado que se encuentre sometido a un proceso penal, el que se le haga saber en audiencia pública el nombre de su acusador (desde la declaración preparatoria), consecuentemente en este caso, la posible contradicción que exista entre dicha norma constitucional con las diversas disposiciones legales que regulan la figura del testigo de identidad reservada se soluciona mediante el empleo del principio de jerarquía normativa; es decir, si la concesión del derecho del inculpado a conocer el nombre de su acusador (testigo) se encuentra prevista como un mandato de optimización en la propia Constitución, entonces toda disposición normativa secundaria como lo son la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la Ley Federal para la Protección de Personas que Intervienen en un Procedimiento Penal, así como la Ley Federal para Prevenir Delitos de Secuestro y cualquiera otra disposición legal secundaria, deberá someterse al mandato supremo de la Constitución, de conformidad con el artículo 133 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, en este caso, no es necesario acudir al principio de proporcionalidad al que se ha hecho referencia.

Sin embargo, cuando se está en presencia de colisión de principios, como en el caso previsto en el artículo 20,

apartado B, fracción VI, de la Constitución mexicana, reformada mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, en el que se establece la posibilidad de reservar la identidad del testigo que deponga en contra del inculpado en casos relacionados con delincuencia organizada, como mecanismo para combatir el crimen organizado mediante incentivos como la reserva de identidad de testigos a efecto de preservar su integridad personal, y por otra parte en la misma carta fundamental se establecen principios como el de debido proceso, defensa adecuada, publicidad y contradicción a que se ha hecho referencia (*vide supra*), es necesario acudir a mecanismos de interpretación diversos, como el de proporcionalidad en su vertiente de prohibición del exceso.

Así, tenemos que el derecho a un debido proceso y el de defensa adecuada, son derechos fundamentales cuya efectividad se materializa, además, mediante los principios constitucionales de publicidad y contradicción cuyo estudio se ha abordado en apartados anteriores, por lo que todo inculpado, dentro de un proceso penal, goza de dichos derechos fundamentales de los que es titular; ahora, esos derechos fundamentales se ven afectados cuando en un mismo proceso penal se le niega el derecho a conocer el nombre y datos de identificación de la persona que depone en su contra (acusador), porque se le priva del derecho a interrogar al testigo respecto aspectos personales que pudieran desacreditarlo, como conocer si el mismo ha sido condenado por falsedad en declaraciones, o bien para conocer los móviles que lo impulsaron a declarar en su contra, como podría ser el caso de que se tratara de un testigo que tuviera motivos personales para imputar falsamente hechos al inculpado, en cuyo caso, ante la reserva de la identidad del testigo,

el imputado estaría imposibilitado materialmente para demostrar los motivos que orillaron al testigo a deponer en su contra simplemente porque no tiene conocimiento de quién se trata, o incluso podría tratarse de una persona que dijo haber visto un hecho siendo que se trata de un testigo ciego, etcétera.

Además, el hecho de que se reserve la identidad del testigo acusador, si bien persigue un bien constitucionalmente legítimo como lo es el ejercicio del poder punitivo del estado en aquellos casos de que se trate de delitos de delincuencia organizada o delitos graves así clasificados por la ley, a efecto de preservar la integridad personal de los testigos e incentivar a estos para que declaren para desarticular organizaciones criminales y capturar a los responsables (fin constitucionalmente legítimo); también lo es que la reserva de la identidad de testigos acusadores no es idónea para alcanzar ese fin. Esto es así porque, si el fin inmediato es combatir la delincuencia organizada, este no se alcanza con la reserva de la identidad de testigos, pues el Estado cuenta con mecanismos e instituciones jurídicas como los *infiltrados*, inteligencia policial, cateos, intervención de comunicaciones, utilización de prueba científica cruzada, obtención de información financiera, empleo de cuerpos de seguridad y de personal especializado, con el que, mediante su empleo racional y adecuada utilización, pueda alcanzar el fin inmediato previsto por la norma fundante, consistente en combatir al crimen organizado.

Del mismo modo, si el fin mediano con la reserva de identidad de los testigos acusadores es preservar la integridad personal de los atestados y de sus familias, ese fin no es idóneo mediante la delación de los datos de identidad de los testigos, pues el Estado mismo cuenta con todo un aparato de cuerpos militares y policiales que



pueden otorgarle seguridad a los testigos, a efecto de que no se vean afectados en su vida o integridad, tan es así que en las normas analizadas en apartados anteriores, se ha señalado la posibilidad, incluso, de cambiar la identidad de los testigos que han declarado en un proceso en contra de miembros de la delincuencia organizada o incluso su residencia puede ser cambiada a lugares en los que se resguarde la vida e integridad de los testigos.

Sumado a lo anterior, la reserva de la identidad de testigos no es necesaria para alcanzar el fin inmediato que persigue; esto es así, pues como se ha expresado existen diversos mecanismos legalmente establecidos mediante los cuales el poder punitivo del Estado puede conseguir la desarticulación de organizaciones criminales, incluso mediante la reserva de identidad de testigos durante la etapa de investigación pero no durante el proceso penal (como un medio alternativo de afectación en menor grado de los derechos fundamentales del inculpado), de tal forma que la utilización de esos mecanismos conduzca a conseguir el fin inmediato constitucionalmente legítimo, pero no en detrimento de principios fundamentales como el debido proceso, adecuada defensa, publicidad y contradicción, pues de ser así, lejos de favorecer el sistema democrático de derecho al que aspira nuestro país, se convierte en un poder inquisitivo en el que el poder estatal está por encima de los derechos y libertades de los ciudadanos, al impedírseles contradecir la prueba de cargo y defenderse en consecuencia, así como imposibilita al juzgador conocer las reacciones anímicas del testigo de cargo al momento de ser interrogado o careado con el inculpado, lo que desde luego trasciende en el sentido de la valoración legal que al respecto haga el juzgador en torno a dicho testigo.

## **V. Conclusiones**

**Primera.** El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma a diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de protección de los derechos humanos; con esta se incorporan al orden jurídico nacional los estándares internacionales de protección a los derechos humanos, los cuales tienen como una de sus finalidades realizar una tutela judicial efectiva.

**Segunda.** Respetar las formalidades esenciales del procedimiento penal (debido proceso) implica, entre otras, la posibilidad del inculpado a defenderse de las acusaciones presentadas en su contra por el Ministerio Público y de aportar las pruebas conducentes a ella, a efecto de que el juzgador esté en condiciones de emitir una sentencia equilibrada y justa.

**Tercera.** La figura del testigo de identidad reservada se ha implementado en el sistema jurídico mexicano a partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, por lo que diversas legislaciones, como la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y la Ley Federal para la Protección de Personas que intervienen en el Procedimiento Penal, contemplan la posibilidad de preservar la identidad de los policías, aprehensores y testigos de cargo, durante todas las etapas del proceso penal.

**Cuarta.** El testigo de identidad reservada ha sido considerado como una norma inconstitucional en países como Argentina y Colombia, por violación al derecho de debido proceso y a los derechos de defensa, contradicción y publicidad.

**Quinta.** Los órganos protectores en materia de Derechos Humanos en el Sistema Americano de Derechos Humanos, no se han pronunciado explícitamente sobre

la inconvencionalidad de la figura del testigo de identidad reservada, aunque han expresado en jurisprudencia y opiniones consultivas, la necesidad de su adecuada regulación a efecto de respetar los derechos de debido proceso, defensa y contradicción que le asisten a los acusados.

**Sexta.** La figura del testigo de identidad reservada no se encuentra prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, anterior a la reforma de 18 de junio de 2008 vigente actualmente en materia federal, por lo que su regulación en normas secundarias es contraria al derecho que, conforme a dicho texto, le asiste al inculpado de conocer el nombre de su acusador.

**Séptima.** La reserva de la identidad de testigos de cargo se instauró en el sistema jurídico mexicano con la finalidad de combatir al crimen organizado y los delitos graves, así como para proteger la vida e integridad personal de los testigos.

**Octava.** La reserva de la identidad de los testigos no es un medio idóneo para garantizar la vida e integridad de las personas que deponen en un procedimiento penal.

**Novena.** La reserva de la identidad de policías y testigos de cargo durante todas las etapas del proceso penal, conforme a la normatividad mexicana surgida a partir de la reforma Constitucional de 18 de junio de 2008, viola los derechos de debido proceso penal, defensa, publicidad y contradicción que le asisten al imputado, al no permitirle conocer el nombre y datos de identificación de su acusador, imposibilitando así que pueda contradecir su dicho y demostrar las cualidades del testigo que permitan al juez valorar justa y racionalmente el testimonio.

## **VI. Bibliografía**

- Colín Sánchez, Guillermo: *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, Décimo Cuarta Ed., México 1993, pp.786.
- Comisión Internacional de Juristas: *Principios Internacionales sobre la independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales. Guía para Profesionales*, n° 1, Génova, Suiza, 2007, pp. 243.
- Constantino Rivera, Camilo: *Introducción al estudio del Proceso Penal Acusatorio*, MaGister, 4ª. Ed., México, 2010, pp.255.
- García Ramírez, Sergio: “El debido proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Consultado en [www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadsitinerantes/procesoSGR.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadsitinerantes/procesoSGR.pdf).
- Martín García, Pedro: “La prueba en el proceso penal”, *Revista General de Derecho*, España, 2000, pp. 756.
- Kielmanovich, Jorge: *Teoría de la prueba y Medios Probatorios*, Rubinzal-Culzoni, 3ª.ed., Argentina, 2004, pp. 708.
- Orduña Sosa, Héctor: *Interpretación Constitucional, una aproximación a las tendencias actuales*, Porrúa, México, 2010, pp. 274.

## **Medios Informáticos**

<http://gaceta.diputados.gob.mx>.

<http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=2245>

<http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=2453>

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/  
basedoc/ley/1999/ley\\_0504\\_1999.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0504_1999.html)

IUS 2010

[www.academia.org.mx](http://www.academia.org.mx)

[www.cidh.oas.org/](http://www.cidh.oas.org/)

[www.corteidh.or.cr/](http://www.corteidh.or.cr/)

[www.corteconstitucional.gov.co/  
relatoria/1998/T-008-98.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-008-98.htm)

[www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx)

[www.gob.gba.gov.ar](http://www.gob.gba.gov.ar)

[www.gob.gba.gov.ar/legislación/](http://www.gob.gba.gov.ar/legislación/)

[www.ijf.cjf.gob.mx](http://www.ijf.cjf.gob.mx)

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

[www.oas.org/es/informes/pais](http://www.oas.org/es/informes/pais)

[www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

[www.scjn.gob.mx/red2/expedientes](http://www.scjn.gob.mx/red2/expedientes)

[www.senado.gob.mx/](http://www.senado.gob.mx/)

[www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)

---

## **Una aproximación a los mecanismos de solución de controversias entre México y la Unión Europea**

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

RESUMEN: Es evidente que los conflictos son inherentes a las relaciones humanas. Tanto en núcleos familiares como en la sociedad y en el concierto de las Naciones, la forma en la que los afrontamos y los medios que usamos para solucionarlos dependen, en gran medida, de nuestra madurez y de las habilidades de comunicación con que contamos. Líderes mexicanos de diversos sectores coinciden en señalar que uno de los principales obstáculos para el desarrollo de México es la falta de acuerdos y espacios para un diálogo constructivo. El presente trabajo académico se refiere a las controversias que se han suscitado entre las naciones desde tiempos muy remotos, donde los países, al ver tales fricciones, crearon medios diplomáticos para la solución pacífica de controversias, lo anterior, en razón de que en las últimas décadas se han observado dos fenómenos: la globalización y la democracia. En este orden de ideas, nos referiremos a algunos antecedentes del Tratado de Libre

---

\* Asesor Jurídico Federal.

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

Comercio entre México y la Unión Europea y la creación de los modelos de mecanismos de solución de controversias.

De igual manera se analiza el procedimiento de los mecanismos y modelos de solución de controversias, y los previstos en el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea, cómo está integrado el panel, requisitos para llevar a cabo la integración del panel, cómo habrá de llevarse a cabo el cumplimiento del informe del panel y cuándo se da y a qué se refiere la suspensión de beneficios.

Independientemente del enfoque internacional citado en el párrafo anterior, deseamos que sirvan estas líneas como marco referencial en nuestro actual sistema jurídico mexicano interno, donde estimamos se requieren juzgadores que interpreten las normas, fijen sus alcances en caso de duda y asignen los derechos y las obligaciones correspondientes, ya que una gran cantidad de conflictos que se litigan en los tribunales no son problemas, sino divergencias de opiniones o intereses que pueden ser resueltos a través de la mediación, de manera satisfactoria para ambas partes; sin embargo, este sería tema de otra colaboración editorial.

SUMARIO: Introducción. I. Generalidades de las controversias entre Estados y medios diplomáticos para su solución. II. Sobre el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea. III. Análisis de los mecanismos de solución de controversias. IV. Conclusiones. V. Fuentes consultadas.

## Introducción

La necesidad de satisfacer las exigencias de la sociedad contemporánea, trae como consecuencia la apertura de las fronteras comerciales de los distintos países, para importar mercancía indispensable que no se podía producir dentro de su territorio, o que se producían, pero no contaban con los mismos estándares de calidad que tenían los externos y al igual tener un medio para aliviar la sobreproducción de determinado producto y obtener utilidades. Otros aspectos fundamentales que influyeron en este proceso fueron el desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual. La comunidad internacional ha sufrido diversos cambios transcendentales, ya que, al paso de los años, los países se vieron obligados a establecer reglas al tráfico de mercancías y así evitar malas prácticas comerciales que afectan a la producción nacional, mermando las utilidades y el desarrollo internos de cada Estado. Sin lugar a dudas, en la actualidad, el conflicto se considera algo negativo. La Real Academia Española lo define como: *combate, pelea, lucha, enfrentamiento armado, apuro, situación desgraciada y de difícil salida, problema, cuestión o materia de discusión*.<sup>1</sup> En el lenguaje psicológico, el conflicto se define como: *la coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos*.<sup>2</sup> El conflicto surge cuando se rompen las expectativas previstas por los sujetos. En la ideología oriental, el conflicto no es visto solo como un problema o algo negativo. El significado del conflicto es doble: por un lado, significa crisis u obstáculo; por el otro, oportunidad. Es así como Sun Tzu concebía

---

<sup>1</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, volumen I, p. 621.

<sup>2</sup> Faber A. y Mazlish, E.: “Cómo hablar...cit., pp.126-127.



la definición de conflicto: *Es luz y sombra, peligro y oportunidad, estabilidad y cambio, fortaleza y debilidad, el impulso para avanzar y el obstáculo que se opone. Todos los conflictos contienen la semilla de la creación y la destrucción.*<sup>3</sup> Ahora bien, para poder adentrarnos al estudio de esta temática, es necesario comprender cómo el ámbito normativo del Estado se ve afectado en el contexto global. También de la misma manera, examinaremos cuál fue el efecto directo del Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea en nuestro país. Asimismo, se explican monográficamente las nociones básicas de lo que significan los diversos tipos de controversias, los medios diplomáticos para su solución. –como la mediación, el arbitraje y la conciliación–, sus principales características, y sus antecedentes respectivos, así como la jurisdicción internacional, para tener un contexto histórico de cómo se fueron desarrollando cada una de estas figuras jurídicas.

## **I. Generalidades de las controversias entre Estados y medios diplomáticos para su solución**

### **A. La controversia entre Estados**

La palabra controversia se deriva del latín *controversia*; significa *discusión larga y reiterada entre dos o más personas*.<sup>4</sup> En la vida internacional se han suscitado controversias entre los Estados, las cuales pueden resolverse pacíficamente, o en términos bélicos; siendo preferible obtener una solución sosegada obtenida mediante mecanismos de solución de controversias.

Para que pueda existir tal arreglo, los Estados en todo momento deberán respetar los derechos de autonomía,

---

<sup>3</sup> Sun Tzu, *El arte de la guerra*, <http://www.leergratis.com/clasicos/el-arte-de-la-guerra-sun-tzu.html>, (Consulta en línea 2e de marzo de 2013).

<sup>4</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*, p. 833.

acatar los deberes morales y apegarse a las reglas de cortesía internacional hacia los demás Estados; actos que evitarán las controversias entre naciones, pero, si se llegase a suscitar un malentendido, tales como la intrusión en asuntos de otro Estado, interpretación de una norma jurídica internacional, la intención de conservar ideas antagónicas o adquirirlas en su caso, incumplimiento de deberes jurídicos, se logrará el nacimiento de la controversia internacional.

Lo idóneo sería que los Estados hicieran todo lo posible para evitar las controversias internacionales, evadiendo el enfrentamiento de distintos puntos de vista, y si no se pudiese llegar a conciliar, se debe evitar la contienda.

### ***B. Controversias políticas y controversias jurídicas***

Desde tiempos de Vattel, se había sostenido que ciertas disputas internacionales importantes no eran susceptibles de arreglo pacífico, ni adecuadas para ser sometidas a la decisión de terceras partes, idea que fue desarrollándose hasta que a finales del siglo XIX, cuando empezaron a surgir los modernos medios de arreglo de las controversias entre Estados, y apareció la teoría sostenida hasta nuestros tiempos, de la separación de las *disputas o controversias políticas internacionales* y *disputas o controversias políticas*. Así que, con los pactos bilaterales de arbitraje, las naciones excluían mediante el arreglo de las controversias jurídicas o políticas el arreglo de infinidad de controversias, ya que tenían temor de que algún pacto que realizaren pudiese afectar sus intereses vitales, honor nacional, independencia o jurisdicción doméstica, dando como resultado que los Estados se negaran a arreglar una controversia, alegando que una disputa determinada era política, o sea relacionada con intereses y no con derechos.

Entre los simpatizantes de las controversias jurídicas y políticas, se expone que las controversias políticas no pueden ser resueltas por la aplicación de las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, y con ello automáticamente implican la deficiencia de este orden jurídico. Pero la división entre las disputas jurídicas y políticas no tiene una base técnica o científica.

Las controversias políticas son llamadas así por exclusión de las controversias jurídicas, disputas que versan sobre problemas e intereses políticos, sociales y económicos, y por lo tanto no sujetas ni a la jurisdicción ni al arbitraje. En realidad, todas las cuestiones que afectan a los Estados, aun las más mínimas, tienen efecto político, pues el Estado es una institución política.

Ahora bien, las controversias jurídicas según Arellano García *son aquellas en la que los Estados centran sus diferencias en una diversa interpretación a normas jurídicas internacionales, en la invocación de diversas normas jurídicas internacionales*,<sup>5</sup> es decir, aquellas que pueden resolverse por procedimientos de arreglo jurídicos.

Por otro lado, a pesar de que los tratadistas consideran que las controversias son políticas, también son jurídicas, en tanto que todas esas disputas pueden resolverse por algún medio legal, en tanto se reconozca que existen normas de derecho internacional.

Continúa citando al respecto Arellano García:

*Oppenheim profundiza sobre la distinción entre ambas controversias señalando lo siguiente:*

- a) Puede basarse en la opinión de que algunas controversias son políticas o no justificables porque, debido al defectuoso desarrollo del Derecho*

---

<sup>5</sup> Arellano García, C.: *Segundo...cit.*, p. 224.

*Internacional, no pueden ser decididas por las reglas vigentes del derecho;*

- b) Puede fundarse en la opinión de que ciertas controversias son políticas en tanto que afecten tan vitalmente a la independencia y soberanía de los Estados, que hacen inviable la decisión basada exclusivamente en consideraciones jurídicas, y;*
- c) Puede hacer referencia a la actitud de la parte que presenta una reclamación o que hace una objeción. De acuerdo con este último criterio, solamente son controversias jurídicas aquellas en las que partes basan su reclamación o alegato en el derecho en vigor, mientras las controversias que reconocidamente se refieren a una reclamación de una modificación del derecho son diferencias relativas a conflictos de intereses, y como tales políticas y no justificables. Es claro que una controversia que es jurídica o justiciable en virtud de un criterio puede ser política por referencia a cualquiera de los otros criterios.<sup>6</sup>*

A pesar de que las controversias jurídicas y las controversias políticas son distintas, el Derecho Internacional tiene por objetivo fundamental que ambas sean resueltas pacíficamente, evitando con ello resultados bélicos, a los cuales nos referimos en este trabajo. En otras palabras, son disputas no susceptibles a arreglarse por medios legales.

### **C. Medios diplomáticos para solución pacífica de controversias**

La comunidad internacional, en la búsqueda de instrumentos para evitar que las controversias deterioren y conduzcan a situaciones de arreglo difícil, ha ido

---

<sup>6</sup> *Ídem.*

desarrollando un cuerpo de instituciones para ajustar pacíficamente muchas de las disputas entre los Estados.

El término arreglo pacífico de las disputas internacionales, que es generalmente empleado por los tratadistas, surgió en la Conferencia de Paz de la Haya, en 1899, infiltrándose fuertemente en el lenguaje internacional.

Los llamados medios pacíficos de solución de controversias son procedimientos para ajustar las disputas entre los Estados. Estos medios son relativamente modernos, ya que solo pueden darse en una comunidad internacional más o menos integrada. Se admite tradicionalmente que existen dos clases de medios de arreglo, los políticos y los jurídicos, lo cual no implica que los procedimientos políticos solo sirvan para arreglar disputas políticas y viceversa, pues pueden emplearse indistintamente, y los cuales a continuación mencionaremos como medios diplomáticos para solución pacífica de controversias.

### **1. Negociación diplomática o fase negocial**

Del latín *negotiatio, negotiationis*, es la acción y efecto de negociar.<sup>7</sup> A su vez, negociar, en una de sus acepciones es “tratar los asuntos por la vía diplomática, de potencia a potencia”,<sup>8</sup> para el mejor logro de sus asuntos.

Esta fase es el método más antiguo, más simple y el mayormente utilizado, en que los Estados interesados tratan directamente los diversos aspectos del conflicto y establecen fórmulas aceptables para ellos, a efecto de obtener una separación del antagonismo. Es a través de la negociación diplomática que se soluciona el volumen

---

<sup>7</sup> Palomar de Miguel, J.: *Diccionario...cit.*

<sup>8</sup> *Diccionario de Lengua Española, op. cit.*, p. 1573.

más grande de diferencias, en virtud de que cuando surge un conflicto, normalmente los Estados tratan de resolverlo mediante negociaciones diplomáticas directas, antes de recurrir a los otros medios de solución pacífica. En muchos pactos se especifica que deben agotarse las negociaciones diplomáticas, antes de recurrir al arreglo judicial o al arbitraje obligatorio, tal es el caso de la carta de las Naciones Unidas en su artículo 33, en relación con el 37,<sup>9</sup> señala que antes de someter una controversia al Consejo de Seguridad se intentará arreglarla primeramente por negociación.

Tales negociaciones diplomáticas se llevan a cabo utilizando los canales que les ofrecen los agentes diplomáticos respectivos, a través de conversaciones entre los ministros de Asuntos Exteriores.

Aunque no es el sistema más seguido, nada se opone a que el asunto objeto del conflicto sea examinado por los jefes de Estado; últimamente, y como consecuencia del desarrollo que ha tomado la práctica de intercambio de correspondencia entre los jefes de Estado o los jefes de Gobierno, muy a menudo se trata en dicha correspondencia acerca de los problemas que pueden existir entre los Estados, y si no siempre, o raras veces, se llega a una solución, frecuentemente se allana el camino para hacerlo más sencillo antes de recurrir a otros procedimientos.

Es muy práctica para terminar conflictos menores, pero muestra insuficiencia cuando se trata de controversias importantes. No puede ser un método imparcial, ya que se está respetando en todo caso el interés nacional, para cada una de las partes, y cada una de ellas tiene en su

---

<sup>9</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Capítulo VI, artículo 33 y artículo 37, “*Arreglo Pacífico de controversias*”.

territorio el control de los medios de información. Tampoco parece eficaz en el caso de diferencias entre una nación grande y una pequeña, pues aquella intentará siempre imponer su voluntad. En nuestro tiempo, la negociación padece de innumerables insuficiencias atribuibles a la diplomacia.

## **2. Los buenos oficios**

Se entiende por buenos oficios la intervención amistosa de una tercera potencia, por propia iniciativa o a petición de una o de las dos partes, para ayudarlas a encontrar una solución al conflicto, cuando los Estados hayan agotado el recurso de negociación diplomática porque ha fracasado, o bien, no se recurre, a ella, lo cual puede dar como resultado de que se obtenga un arreglo por la ligera injerencia del tercer país y el antagonismo no finalice en una contienda armada o si ya inició alguna contienda bélica ésta cese.

## **3. La mediación**

La mediación se puede confundir con los buenos oficios. La diferencia entre ambos, es que la mediación es más formal y entraña una mayor injerencia de la tercera potencia que realiza una conducta altruista tendiente a evitar el surgimiento de mayores problemas o el agravamiento de los existentes. A diferencia de lo que ocurre en los buenos oficios, en la mediación, el tercer Estado interviene en la negociación y puede formular propuestas positivas para ayudar a las partes contendientes a llegar a un arreglo. Pero en la práctica, es usual observar que se emplean indistintamente ambos términos.

En la actualidad, la mediación es poco utilizada, debido a la ausencia de un cuadro jurídico internacional como el que existe para el arbitraje, y a que el efecto

obligatorio de la convención de mediación no está garantizado y las convenciones o transacciones reguladas por la mediación no son cuasi ejecutorias como el caso de la sentencia arbitral.<sup>10</sup>

Son elementos de la mediación:

- a) Puede ser espontánea desde el punto de vista del Estado mediador, o puede ser requerida cuando se le ha invitado a intervenir como mediador.
- b) La mediación puede ser individual o colectiva, según sea uno o varios los Estados terceros que tengan el carácter de mediadores.
- c) La potencia tercera no se limita a emitir sus propios puntos de vista, sino que por acuerdo de los Estados que sufren la controversia participa en las negociaciones y hacen proposiciones.
- d) La mediación se puede realizar en todo tipo de controversia, salvo aquellas que pudiesen afectar el honor de los intereses vitales de los Estados contendientes.
- e) La propuesta formulada por el Estado mediador no es obligatoria para los Estados en conflicto.
- f) El Estado que ofrece o acepta la mediación, en su carácter de mediador, no está obligado a ser mediador.
- g) Los Estados que se hallen inmersos en la contienda tienen derecho libremente a aceptar o rechazar la mediación.<sup>11</sup>

De lo anterior se deduce que los elementos de los buenos oficios y la mediación son los siguientes:

- a) Nunca puede ser considerado acto inamistoso el ofrecimiento de los buenos oficios o de la mediación de una tercera potencia.

---

<sup>10</sup> Véase “Reglamento alternativo...cit., p. 6.

<sup>11</sup> Arellano García, C.: *op. cit.*, p. 235.



- b) Cualquier Estado puede ofrecer sus buenos oficios o mediación.
- c) Cualquiera de los Estados en conflicto puede solicitar a cualquier Estado su intervención en este sentido.
- d) Los terceros Estados solicitados pueden aceptar o negarse a intervenir.
- e) Los dos Estados en conflicto, o uno de ellos puede negarse a aceptar los buenos oficios o la mediación que el tercer Estado ofrece.

#### **4. Las comisiones de investigación**

Las comisiones de investigación fueron establecidas desde la Conferencia de La Haya, en 1899, como una institución formal para esclarecer los hechos que condujeron a la controversia. En efecto, en la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, suscrita en La Haya, el 29 de junio de 1899 y ratificada por México el 17 de abril de 1901, se dedicó el Título III para regular las comisiones internacionales de investigación.

Posteriormente, en la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, firmada en La Haya, el 18 de octubre de 1907, ratificada por México el 27 de noviembre de 1909, con la experiencia del caso de los buques pesqueros de Hull, se perfecciona el régimen jurídico de las comisiones de investigación y aumenta el número de disposiciones relativas, que significaron un gran progreso y reforzamiento del procedimiento de arbitraje, en el no uso de la fuerza, la igualdad jurídica de los Estados, el fortalecimiento de la jurisdicción internacional y el acceso directo de los individuos a la justicia internacional.

La investigación tiene la virtud de que, mientras se desarrolla, se suscita una época de pausa de la

controversia. Un mejor conocimiento de los hechos, a través de una investigación escrupulosa, objetiva e imparcial, conduce a una eliminación, o por lo menos reducción del acaloramiento impulsivo, lo cual resulta mucho más factible para obtener una solución favorable y definitiva, y el cual no tiene carácter obligatorio y solo sirve para arrojar luz sobre la disputa.

A diferencia de las instituciones que hemos estudiado, la investigación no tiene más finalidad que la de establecer los hechos que han dado lugar a los conflictos, sin entrar en ninguna calificación jurídica, que corresponde a los Estados interesados.

Las características del procedimiento de las comisiones de investigación son:

- a) Las comisiones son establecidas a posteriori.
- b) No podrán ocuparse más que de establecer la realidad de los hechos.
- c) El recurso a este procedimiento es voluntario.
- d) Los Estados se reservan la facultad de no someter a estas comisiones los litigios en los que estimen envueltos su honor o sus intereses vitales.
- e) El informe de la comisión no es obligatorio para las partes.<sup>12</sup>

Máxime que este medio tiene resultados favorables, en la actualidad se utiliza de manera eventual.

## **5. La conciliación**

La conciliación emerge cuando los hechos ya se han investigado y así lograr exhortar a las partes a un punto de advenimiento.

El origen de esta institución lo encontramos en un tratado concluido por Francia el 10 de febrero de 1908, y

---

<sup>12</sup> Seara Vázquez, M.: *Derecho...cit.*, pp. 320-321.

comienza a desarrollarse a partir de los Tratados Bryan, del 5 de agosto de 1914, entre el secretario de Estado de los Estados Unidos William Jennings Bryan y el ministro plenipotenciario de la República de Nicaragua, general Emiliano Chamorro; las partes se comprometían a no recurrir a medios hostiles sino hasta que se hubiera hecho público el informe de la Comisión de la Conciliación. Este período de enfriamiento era bastante práctico, pues muchas de las controversias se terminaban cuando había la oportunidad de que las contiendas de las Naciones recapacitasen.

El principio contenido en los Tratados Bryan fue incorporado en el Artículo 12<sup>13</sup> del Pacto de la Sociedad de las Naciones, estableciéndose la prohibición de recurrir a la guerra, sino hasta la expiración de un plazo de tres meses desde el fallo arbitral o judicial, o el informe del Consejo, mejorándose la técnica de los Tratados Bryan y se crearon comisiones permanentes de conciliación, previamente creadas por disposiciones convencionales y a las cuales los Estados en conflicto deberán someter forzosamente sus diferencias si uno de ellos lo pide.

La comisión de conciliación estudia los hechos que originan el conflicto y redacta un informe que es aprobado por mayoría de sus miembros. En la redacción se propone una fórmula de arreglo, no intervienen las partes. Las propuestas de las comisiones de conciliación no son obligatorias para las partes, teniendo el camino abierto para acudir al arbitraje o a la jurisdicción internacional. Sin embargo, mientras dura el procedimiento de conciliación, las partes se comprometen a no iniciar ninguna acción de carácter violento, sometiéndose expresamente a lo

---

<sup>13</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/6/bib/bib14.pdf>. Consulta en línea 25 de marzo de 2013.

que se llama moratoria de guerra, es decir *Negociaciones para la Paz*.

Son características de la conciliación:

- a) Es un medio menos formal que el arbitraje.
- b) En la parte inicial de la conciliación es menester que los hechos se esclarezcan, proponiendo puntos de advenimiento.
- c) Mediante un Tratado Internacional es obligatorio agotar el procedimiento de Conciliación, pero no es obligatorio acatar la propuesta a la que se llegue, en virtud de que los laudos no tienen el carácter de arbitrales o judiciales obligatorias.
- d) Funciona a través de comisiones de conciliación, que tienen como característica la permanencia y colegialidad, en virtud de que ya se encuentran constituidas previamente en cada Tratado.
- e) Se considera que las comisiones de conciliación son más aptas para resolver los conflictos de intereses, a diferencia de los conflictos jurídicos en los que se pueden resolver las controversias mediante la aplicación de normas jurídicas.
- f) Es obligatorio someterse al procedimiento de conciliación, pero no es forzoso y mucho menos obligatorio acatarse a la propuesta.
- g) Se fijan los puntos necesarios para que las partes lleguen a un acuerdo.
- h) Las partes no tienen obligación jurídica de adoptar las propuestas de arreglo pacífico que les hayan sugerido.

La utilización de este método cada vez es mucho menor, y sus resultados recientes no han sido satisfactorios, además se acude a los Tribunales de Arbitraje y de Jurisdicción, que tienen por tarea emitir un fallo obligatorio.

## 6. Arbitraje

La palabra arbitraje proviene del latín *arbitrari*, que significa:

*técnica legal para el arreglo de disputas y debe distinguirse de los métodos políticos que comprenden alguna forma de negociaciones diplomáticas, tales como buenos oficios, mediación, averiguación y conciliación.*<sup>14</sup>

Se define como un instrumento de impartición de justicia, acordado por las partes, fundamentadas en la legislación que así lo autoriza, alternativo al procedimiento judicial, en el que las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o a un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de derecho internacional, y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final.

Consiste, pues, en el ajuste de las controversias internacionales, por métodos y reglas legales, por árbitros escogidos por las partes contendientes. Se diferencia de la mediación en que el árbitro debe pronunciar una resolución en una cuestión de derecho, en tanto que el mediador propone un compromiso, o recomienda lo que mejor se debe hacer, no lo más justo.

La historia del arbitraje internacional se remonta a tres mil años antes de Cristo; se origina cuando los seres humanos toman conciencia de la necesidad de organizar su vida de relación y de confiar en un tercero la solución de sus conflictos, tal es el caso del tratado internacional celebrado entre las ciudades-estado de Lagash y Umma, en Sumeria, respecto de problemas fronterizos y que fue fallado por un tercero, el rey de Kish.

---

<sup>14</sup> C. Plano, J.: *Diccionario...cit.*, p 341.

El arbitraje comienza a tomar el lugar que a la fecha conserva, con el Tratado de Jay o también conocido como Tratado de Londres de 1794, celebrado entre Inglaterra y los Estados Unidos de América, para resolver las controversias surgidas a raíz de la Guerra de Independencia, es el primer caso de funcionamiento de la figura del procedimiento de arbitraje.

El recurso de arbitraje experimentó un gran impulso a lo largo del siglo XIX, pero solo se trataba de casos aislados, y fue hasta la Conferencia de La Haya, en 1889, cuando empezó a ser considerado como una institución respetable, y susceptible de generalizarse, otorgándole el nombre de la Corte Permanente de Arbitraje, nombre que es erróneo, ya que ni es permanente y mucho menos se trata de un Tribunal.

Pero desde la tercera década del siglo XX, el arbitraje perdió mucho impulso y hoy se encuentra relegado a una posición secundaria, ya que actualmente cuenta con pocos partidarios.

El arbitraje es actualmente la norma para regular los litigios internacionales, debido particularmente a los trabajos de las Naciones Unidas, a la Convención de Nueva York, a la directriz de los principios de los contratos preparados bajo los auspicios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), a la promoción por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y finalmente a los esfuerzos de las instituciones mismas del arbitraje.

Según los especialistas, son problemas del arbitraje los siguientes:<sup>15</sup>

- a) El procedimiento no es suficientemente rápido.
- b) Hay ausencia de apelación sobre el mismo.

---

<sup>15</sup> Véase “Reglamento alternativo...cit., p. 6.

- c) Hay temor de parcialidad de árbitros.
- d) La intervención de los tribunales para ordenar las medidas preventivas y para evaluar el foro escogido por el arbitraje (*fórum non conveniens*).
- e) El procedimiento está más adaptado a los litigios que involucran múltiples partes.

Son sus características:

- a) Se trata de resolutores elegidos por las partes en la controversia.
- b) El procedimiento que se sigue está regido por normas jurídicas preestablecidas o establecidas por las partes en conflicto.
- c) La decisión se dictará conforme a las normas jurídicas de fondo que las partes hayan determinado o que sean aplicables conforme al Derecho Internacional.
- d) Para que la disputa pueda someterse al arbitraje, debe existir el consentimiento de las partes contratantes.
- e) El consentimiento de un Estado para resolver una diferencia de arbitraje puede referirse en especial a esa controversia o puede haberse emitido en forma general para cierto tipo de controversias, o para toda controversia, con o sin reservas.
- f) Los árbitros pueden ser uno o varios, según se haya determinado.
- g) Para que los Estados puedan someterse al arbitraje, es menester hacerlo mediante un tratado internacional.
- h) Es motivo de acuerdo entre los Estados que lleven una controversia al arbitraje lo siguiente:
  - El número de los árbitros, si es uno o varios.
  - 1. La forma de designación de los árbitros.
  - 2. Normas de procedimientos para llevar a efecto el arbitraje.

3. Normas de fondo aplicables para resolver el conflicto.
- i) Los árbitros no deben exceder los límites que les hayan sido señalados en el compromiso arbitral.
  - j) Solo procederán recursos contra el laudo arbitral si así se ha convenido; en caso contrario, el laudo será definitivo.
  - k) Al Estado vencido le corresponde dar cumplimiento a la resolución desfavorable, no existe un órgano internacional que pueda hacer efectivo tal laudo mediante la coacción, pero el Estado vencedor sí tendrá la facultad de ejercer las medidas coactivas<sup>16</sup> que permite el Derecho Internacional.

## **7. La jurisdicción internacional**

En la jurisdicción internacional se tiende a la *solución de una disputa por decisión de un tribunal establecido y funcionando*<sup>17</sup>; quedan incluidos por costumbre los tribunales de justicia, que solo se diferencian de los tribunales arbitrales por el carácter formal y orgánico de aquellos comparados con las características de flexibilidad e improvisación de los otros.

En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece que: *Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas estamos resueltos a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*.<sup>18</sup>

La Corte Internacional de Justicia<sup>19</sup> es un tribunal de jurisdicción estrecha y limitada pues solo puede conocer

---

<sup>16</sup> Pérez-Prat Durbán, L., *Derecho Internacional*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 221.

<sup>17</sup> Romero García Mora, G.: *Perspectivas...*cit., p. 398.

<sup>18</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo, “*Nota introductoria*”

<sup>19</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Capítulo XIV, “*La Corte Internacional de Justicia*”.



de controversias que surjan entre Estados, según lo dispone el artículo 34<sup>20</sup> de la Carta de las Naciones, y de aquellos que lleguen a ser parte de la Carta, según la fracción 2 del artículo 93<sup>21</sup> del aludido Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Así mismo el artículo 62<sup>22</sup> del Estatuto establece que las partes contratantes solo podrán utilizar eventualmente la Corte, siempre y cuando un Estado considere que tiene un interés de orden jurídico que pueda ser afectado por la decisión de un litigio ante la Corte. Fuera de estos casos, la jurisdicción no puede utilizarse para resolver una diferencia entre dos grandes organismos internacionales especializados, ya que la jurisdicción del tribunal es bastante específica y excepcional.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General determinó las condiciones en las que los Estados que no eran miembros de las Naciones Unidas podrían entrar a formar parte del estatuto de la Corte Internacional de Justicia mediante los siguientes requisitos:

- Aceptación del estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- Aceptación de todas las obligaciones derivadas para los miembros de las Naciones Unidas, del artículo 94 del estatuto de la Corte.
- Compromiso de pagar la cuota de mantenimiento de la Corte Internacional de Justicia, que le fije la Asamblea General.

Los miembros de las Naciones Unidas se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en los litigios que

---

<sup>20</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Capítulo V, El Consejo de Seguridad, “*Procedimiento*”.

<sup>21</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Capítulo XIV, “*La Corte Internacional de Justicia*”.

<sup>22</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Capítulo X, El Consejo Económico y Social, “*Funciones y Poderes*”.

sean partes, y si no lo hicieren, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá hacer recomendaciones o dictar medidas destinadas a que se respete la decisión de la Corte Internacional. Por lo anterior se deduce que el Tribunal Internacional es competente solo para conocer de controversias y situaciones de carácter internacional, exceptuando los casos en que la competencia contenciosa de la Corte se extiende también a aquellos asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los Tratados y Convenciones vigentes,<sup>23</sup> conservando la característica de voluntaria que tenía la Corte Permanente; es decir, que para someter un conflicto a la Corte es necesario un compromiso previo de las partes, a menos que hubiesen aceptado la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria.

## **II. Sobre el Tratado de Libre Comercio México- Unión Europea**

### ***A. Antecedentes históricos de acuerdos bilaterales entre México y la Unión Europea***

La relación institucional entre México y la Comunidad Económica Europea comenzó a formalizarse hasta el mandato del presidente Adolfo López Mateos, ya que se llevó a cabo la misión especial mexicana ante la Comunidad Económica Europea, dándose un primer impulso al establecimiento de relaciones diplomáticas con la presentación de credenciales del embajador mexicano, Primo Vills Michel. Sin embargo, a pesar de la constante solicitud mexicana para abrir vínculos comerciales con la Comunidad Económica Europea, dichos actos eran

---

<sup>23</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Capítulo VI, Artículo 37, “*Arreglo Pacífico de las controversias*”.

casi imposibles, en virtud de que en esa época, la referida Comunidad estaba enfocada a sus ya antiguas relaciones con las colonias africanas.

En el sexenio del presidente Luis Echeverría se iniciaron entrevistas con François Xavier Ortoli, presidente de la Comisión Europea, lo cual provocó posteriores reuniones de trabajo, culminando en junio de 1974 con el Acuerdo de Cooperación entre México y la Comunidad Económica Europea para *ampliar su cooperación comercial y económica*,<sup>24</sup> y hasta el 15 de septiembre de 1975, se inició una relación formal, a través de la concertación de un primer acuerdo de cooperación, firmado en Bruselas por Emilio O. Rabasa y por Mariano Rumor, al cual le llamaron de *segunda generación*,<sup>25</sup> donde establecían un Comité Mixto, conformado por representantes de ambas partes, para supervisar y formular recomendaciones para el adecuado funcionamiento, implementando la cláusula de la nación más favorecida, basado en la voluntad de los contrayentes para efecto de desarrollar y equilibrar el comercio recíproco y ampliar la cooperación comercial y económica, y con esto lograr una política comercial que constituyera un instrumento eficaz para la fomentación en el desarrollo de las relaciones económicas internacionales, cuyas facultades giraban en torno al propósito de fomentar el comercio y resolver cualquier impedimento a las mismas, estableciéndose un período de cinco años para su vigencia prorrogable, si no era denunciado por alguna de las partes.

Desde 1975 a 1989, el Comité Mixto de la Comunidad Europea y México se reunieron en ocho ocasiones:

---

<sup>24</sup> Véase *Diario Oficial de la Federación* del 11 de febrero de 1976.

<sup>25</sup> *Acuerdo celebrado el 15 de septiembre de 1975 entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Económica Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, NL247, 23 de septiembre de 1975.

### Bruselas

- Diciembre de 1975
- Noviembre de 1983
- Noviembre de 1985
- Julio de 1989

### Ciudad de México:

- Noviembre de 1978
- Noviembre de 1979
- Diciembre de 1984
- Febrero de 1987

Se empezó a reconocer a México como país en desarrollo, conteniendo la cláusula evolutiva, permitiendo la vigencia del Acuerdo de Cooperación.<sup>26</sup>

La Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos Mexicanos experimentaron confluencia de intereses, que tuvo efecto positivo sobre el desarrollo de su relación política. En el ámbito europeo, otro factor contribuyó en la intensificación de la relación política con la República Mexicana, fue el ingreso de España y Portugal a la Comunidad en 1986, teniendo como consecuencia el aumento del interés Europeo por América Latina. Además, México en el año de 1986 ingresó al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio<sup>27</sup> (GATT).

---

<sup>26</sup> Sobre estos antecedentes en cuestión, véase Gazol Sánchez, Antonio: *El Tercer Mundo frente al Mercado Común Europeo*, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 104-108; Martínez Le Clainche, Roberto, *La Comunidad Económica Europea*, El Colegio de México, 1975, pp. 98-106.

<sup>27</sup> *General Agreement on Tariffs and Trade GATT* (Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles) fue creado en la Conferencia de Habana, en 1947, firmado en 1948, por la necesidad de establecer un conjunto de normas comerciales y concesiones arancelarias, y está considerada como el precursor de la Organización Mundial de Comercio. El GATT era parte del plan de regulación de la economía mundial tras la Segunda Guerra Mundial, que incluía la reducción de aranceles y otras barreras al comercio internacional, *GATT de 1947*, basado en el texto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio Original.

Poco más de quince años duró el Acuerdo de Cooperación, y por el acercamiento político entre México y la Comunidad Económica Europea, decidieron negociar un nuevo acuerdo, más amplio, con la finalidad de aumentar sus intercambios comerciales, económicos y de reforzar el aspecto político de su relación, por lo que en el mes de noviembre de 1991, fue sustituido con el Acuerdo de Marco de Cooperación entre la Comunidad Europea y México, también llamado *Acuerdo Global o Tercera Generación*, que representaba, en la época en la que se firmó, el modelo más avanzado de los acuerdos contraídos entre Europa y un país latinoamericano. Su objetivo era ampliar los temas comerciales, la cooperación económica, tecnológica, agricultura, medio ambiente, financiera, científica, comunicaciones y otros más, con el tratamiento de nación más favorecida.

Fue así, que empezó a existir la presencia constante de empresas europeas en nuestro país, tales como los ingleses en la industria minera y la banca; los franceses en la industria textil y comercio; españoles con la industria hotelera, restaurantes, creando una preocupación de ambas naciones, ya que deseaban el respeto de los derechos humanos. A pesar de que México rechazó la inclusión de una cláusula democrática, por considerarla contraria a su soberanía, se ha considerado de que es el país que más se ha beneficiado del programa europeo para la financiación de inversiones conjuntas, ya que es un gran receptor de Inversión Extranjera Directa (IED), canalizándose en empresas privadas e inversiones o coinversiones en la industria maquiladora.

Es el caso que México, ha estado en un constante cambio, ya que la globalización mundial lo ha inducido a una nueva meta de desarrollo, pues en el año de 1991, los Estados Unidos de América comenzaron a

promover el Acuerdo de Libre Comercio de América Latina, posteriormente el Tratado De Libre Comercio de América del Norte y la Organización Mundial de Comercio (OMC), lo que ocasionó que la Comunidad Económica Europea y la Unión Europea empezaran a buscar nuevos acuerdos con México, tales como la declaración conjunta efectuada en París del 2 de mayo de 1995; el llamado del Presidente Europeo en la cumbre de Madrid a finales del año de 1995, acuerdos que no fueron nada sencillos, ya que la Unión Europea hizo muchos requerimientos hasta antes de formalizar los acuerdos que se tenían planeados concertar entre ambas naciones.

En Bruselas, a mediados de 1997, se logró concretizar y formalizar:

- a) Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación.
- b) Acuerdo Interino de Comercio Exterior y de Temas Relacionados.
- c) La Declaración Conjunta de las Partes.

Logrando ser aprobado el primero de ellos por el Senado de la República hasta el 6 de junio del 2000, Tratado que quedó plasmado en once capítulos:

- I. Acceso a mercados
- II. Reglas de Origen
- III. Normas Técnicas
- IV. Normas Sanitarias y Fitosanitarias
- V. Salvaguarda
- VI. Inversión y Pagos relacionados
- VII. Comercio de Servicios
- VIII. Compras del Sector Público
- IX. Competencia
- X. Propiedad Intelectual
- XI. Solución de controversias

Sin que se pudiera concretizar el tema de prácticas

desleales, en virtud de que lo que buscaba la Unión Europea era lograr el acceso al mercado, teniendo paridad en las desgravaciones arancelarias a las del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y proteger sus inversiones de la mejor manera; en cuanto a México, los negociadores insistieron en que los aranceles deberían vincularse estrechamente a las reglas de origen y a las normas técnicas, sanitarias y fito-zoosanitarias, basándose en la Organización Mundial de Comercio.<sup>28</sup>

***B. Las principales reglas en materia de inversión contenidas en el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea (TLCUE) son las siguientes:***

- El inversionista extranjero gozará de un trato no discriminatorio en los países de la región, con respecto a su establecimiento, adquisición, expansión y administración. Se excluyen las actividades que de acuerdo a la normatividad nacional estén reservadas a los mexicanos. Se establecen límites permanentes a la participación extranjera en algunas actividades.
- Las Partes extenderán a los inversionistas de la zona de libre comercio los beneficios que se otorguen a los de otros países.
- Los gobiernos no impondrán requisitos de desempeño que distorsionen el comercio, como

---

<sup>28</sup> La Organización Mundial del Comercio, conocida como OMC, fue establecida en 1995; la OMC administra los acuerdos comerciales negociados por sus miembros, en concreto el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT) y el Acuerdo sobre Comercio de Propiedad Intelectual (TRIPs); la OMC es un foro de negociaciones comerciales multilaterales; administra los procedimientos de solución de diferencias comerciales (disputas entre países); supervisa las políticas comerciales y coopera con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional con el objetivo de lograr una mayor coherencia entre la política económica y comercial a escala mundial.

condición para aprobar la inversión u otorgar un incentivo a las inversiones.

- Se garantizará la libre convertibilidad de moneda y las transferencias al exterior, incluyendo la remisión de utilidades y dividendos, el pago de intereses y regalías, y los pagos por asistencia técnica, entre otros.
- Los gobiernos de los países signatarios del Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea podrán expropiar las inversiones realizadas en su territorio por causa de utilidad pública, de manera no discriminatoria. El pago por la indemnización corresponderá al valor del mercado del bien importado.

### **1. Inversiones y pagos relacionados**

En materia de pagos relacionados con la inversión directa, se establecen los siguientes compromisos:

- Consolidar la apertura actual plasmada en las legislaciones nacionales;
- Para México, no implicará una apertura adicional a la inversión extranjera directa en ningún sector; y
- Se reiteran los compromisos internacionales en materia de inversión y se establecen los compromisos de promover recíprocamente la inversión.
- En el Tratado se establecen medidas de emergencia que paren los flujos de capital en caso de que alguno de los países de la Unión Europea o México enfrenten problemas o riesgos cambiarios, monetarios o de balanza de pagos, el Título III sobre Inversiones y Pagos Relacionados establece los mecanismos de salvaguarda que las Partes podrán activar en materia de inversiones.



En el artículo 31 del Título III se establece:

*Cuando México o uno o más Estados miembros enfrenten dificultades fundamentales de balanza de pagos, o una amenaza inminente de la misma, podrán adoptar medidas restrictivas con respecto a pagos, incluyendo transferencias de montos por concepto de la liquidación total o parcial de la inversión directa..., Tales medidas deberán ser equitativas, no discriminatorias, de buena fe, de duración limitada y no irán más allá de lo que sea necesario para remediar la situación de la balanza de pagos(...)*<sup>29</sup>.

Asimismo, el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea dispone que las naciones firmantes o el país del bloque que adopte las medidas restrictivas a las transferencias de capital deberán informar sin demora a su socio en el Acuerdo y presentará, lo más pronto posible, un calendario para su eliminación.

Dichas medidas deberán ser tomadas según otras obligaciones internacionales de la parte de que se trate, incluyendo aquellas que se han contraído al amparo del Acuerdo de Marrakech, por el que se crea la Organización Mundial de Comercio y los artículos constitutivos del Fondo Monetario Internacional (FMI).

Por su parte, el artículo 30 del Título III previene que:

*Cuando en circunstancias excepcionales los pagos relacionados con la inversión entre las Partes causen o amenacen con provocar serias dificultades para la operación de la política cambiaria o monetaria de una*

---

<sup>29</sup> Véase *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Relaciones Exteriores, *Decreto Promulgatorio del Acuerdo de Asociación Económico, Concentración Político y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea*, 26 de junio de 2000, p. 12.

*Parte, esta podrá aplicar las medidas de Salvaguarda que sean estrictamente necesarias por un periodo no mayor a seis meses. La aplicación de las medidas podrá ser prolongada mediante su nueva introducción formal.*<sup>30</sup>

Es decir, una de las condiciones que se establecen en el tratado es la temporalidad en la aplicación de una medida de salvaguarda. Por otra parte, los países firmantes se comprometen a desarrollar un entorno jurídico favorable a la inversión, en caso necesario, mediante la celebración de acuerdos bilaterales de promoción y protección de la inversión y de acuerdos destinados a la doble tributación. Además, se comprometen a crear procedimientos administrativos armonizados y simplificados para facilitar las inversiones y poner en marcha mecanismos de inversión conjunta, particularmente con las pequeñas y medianas empresas de ambas partes, así como respetar sus obligaciones internacionales en materia de inversión, y en especial los Códigos de Liberación y el Instrumento de Trato Nacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de acuerdo a lo previsto en el artículo 34 del Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea.

## **2. Reglas de competencia**

Para garantizar un ambiente propicio para la actividad empresarial, se promoverá la competencia y se combatirán las prácticas monopólicas. Sin embargo, las partes podrán

<sup>30</sup> Véase *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Relaciones Exteriores, *Decreto Promulgatorio del Acuerdo de Asociación Económico, Concentración Político y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea*, 26 de junio de 2000, p. 11.

adoptar o mantener medidas, conforme a sus propias legislaciones, en contra de prácticas comerciales no competitivas y se establece el compromiso de cooperar en la aplicación y ejecución de las leyes de esta materia. En Políticas de Competencia se establecieron medidas apropiadas para evitar distorsiones o restricciones que afecten significativamente el comercio bilateral. En ese sentido, México y los países integrantes de la Unión Europea se comprometen a eliminar las prohibiciones y restricciones cuantitativas, tales como las cuotas o cupos y los permisos de importación. Sin embargo, cada país se reserva el derecho de imponer restricciones limitadas para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal o del medio ambiente. Existen además, reglas especiales que se aplican a los productos agropecuarios, textiles, automotrices y energéticos.

Este capítulo previene el establecimiento de un Grupo de trabajo para:<sup>31</sup>

- Promover la cooperación técnica e intercambio de información;
- Coordinar la realización de estudios en la materia y consultas específicas; y
- Considerar asuntos sobre la relación entre las políticas y leyes de competencia y el comercio para evitar la aplicación de medidas que restrinjan el comercio entre las Partes.

---

<sup>31</sup> Véase *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Relaciones Exteriores, *Decreto Promulgatorio del Acuerdo de Asociación Económico, Concentración Político y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea*, 26 de junio de 2000, Título V, artículo 11, pp. 4-13.

### **3. Propiedad intelectual**

En materia de propiedad intelectual, lo más destacado del Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea es el establecimiento de un mecanismo de consulta y el respeto a los convenios internacionales en la materia, aceptados por ambas partes. Sin embargo, cada país se reserva el derecho de proteger adecuada y efectivamente los Derechos de Propiedad Intelectual, con base en el principio de *Trato Nacional*, y asegurará el cumplimiento efectivo de esos derechos. El Tratado en comento define compromisos específicos sobre la protección de: derechos de autor, incluyendo los fonogramas; patentes; marcas; derechos de los obtentores vegetales; diseños industriales; secretos industriales; circuitos integrados; e indicaciones geográficas.

Respecto a los derechos de autor, las obligaciones de los países signatarios son: proteger los programas de cómputo como obras literarias, y las bases de datos como compilaciones; conceder derechos de renta para los programas de cómputo y fonogramas; y estipular un plazo de protección de por lo menos cincuenta años para los fonogramas. Asimismo, se otorga protección a las invenciones, requiriendo a cada país: conceder patentes para productos y procesos en prácticamente todo tipo de inventos, incluidos los farmacéuticos y agroquímicos; eliminar cualquier régimen especial para categorías particulares de productos, cualquier disposición para la adquisición de los derechos de patentes, y cualquier discriminación en la disponibilidad y goce de los derechos de patentes que se otorguen localmente y en el extranjero; y brindar la oportunidad a los titulares de las patentes, para que obtengan protección en los inventos relativos a productos farmacéuticos y agroquímicos.

#### **4. Salvaguardas**

En este capítulo del Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea se establecen reglas y procedimientos conforme a los cuales los países miembros de la zona de libre comercio podrán adoptar *medidas de salvaguarda* para proteger temporalmente a sus industrias que se vean afectadas por incrementos súbitos y sustanciales en las importaciones, derivados del propio Tratado, de éste se consideran dos tipos de salvaguardas:

- a. Bilateral*, que se aplica a medidas de emergencia que se adopten ante incrementos súbitos y sustanciales de importaciones que resulten de reducciones arancelarias derivadas del Tratado; y
- b. Global*, que se adoptará frente a incrementos súbitos en las importaciones provenientes del resto del mundo. Los procedimientos que rigen las medidas de emergencia disponen que la Salvaguarda solamente podrá ser establecida por un tiempo limitado máximo de tres años para brindar alivio temporal a un sector que pudiese enfrentar daño serio o amenaza de daño por incrementos sustanciales en las importaciones entre México y la Unión Europea.

Se exige al país que adopte una medida de emergencia otorgar una compensación a la contraparte contra cuyos bienes se aplica la medida. Si los Estados no llegan a un acuerdo sobre el monto de la compensación, el país exportador podrá adoptar una medida con efectos equivalentes para compensar el efecto comercial de la medida de emergencia.

**5. Procedimiento que establece el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea para la administración de las medidas de emergencia, es el siguiente:**

- a. Atribución de la facultad de determinación de daño a una autoridad competente; y
- b. Requisitos formales y sustantivos de las solicitudes y desarrollo de las investigaciones, incluyendo la celebración de audiencias públicas para brindar a todas las partes interesadas la oportunidad de presentar alegatos, así como la notificación y publicación de las investigaciones y decisiones.

**6. Cláusula de escasez**

En los países de la Unión Europea y en México, las compras que realizan los gobiernos son una parte importante de sus economías. Los sistemas públicos de adquisiciones en los países comunitarios, constituyen mercados muy amplios que ofrecen a los exportadores mexicanos oportunidades de ampliar las escalas de operación en muchos sectores. En México, las compras del sector público están abiertas a la competencia internacional para asegurar las mejores condiciones en la oferta, sin embargo, las adquisiciones gubernamentales en los países de Unión Europea no lo están para los proveedores mexicanos. El Título VIII del Tratado establece las condiciones de acceso de los proveedores de bienes, servicios y obra pública a los sistemas de compras gubernamentales de las partes. Define las normas que deberán observar las entidades y dependencias públicas en sus adquisiciones y contrataciones, con el fin de asegurar un trato no discriminatorio. Incluyéndose tres temas básicos: cobertura, disciplinas y reservas.

Finalmente, México y los países miembros de la Unión Europea se comprometen a entregar estadísticas

desagregadas para las compras del sector público de, por lo menos, ciento cincuenta empresas públicas cubiertas por este capítulo, como condición necesaria para que pueda entrar en vigor, así como la información necesaria para apoyar a los proveedores en cada país de tal forma que aprovechen las oportunidades de compras generadas por el Tratado. Asimismo, establecerán un Comité para que apoye a las micro, pequeñas y medianas empresas a identificar las oportunidades de compra en los países miembros del Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea.

## **7. Prácticas desleales y solución de controversias**

En el correspondiente a la solución de controversias derivadas de la interpretación y aplicación del Tratado, se estableció un procedimiento específico compatible con los mecanismos para la solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, consistente en consultas, funciones del Comité Conjunto e inicio del procedimiento ante los tribunales.

### **a) Consultas.**

Cuando se presente un asunto que pudiera afectar los derechos de un país derivados del Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea, el gobierno de ese país podrá solicitar consultas a los otros gobiernos involucrados, los cuales deberán atender con la prontitud debida dicha solicitud. Se concede prioridad a la conciliación como forma para resolver una controversia.

### **b) Comité conjunto.**

Si las consultas no resuelven la controversia en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, cualquier país podrá convocar al Comité Conjunto a una reunión plenaria. Esta Comisión procurará una solución pronta mediante el uso de los *buenos oficios*, la mediación, la conciliación,

u otros mecanismos alternativos que permitan dirimir los conflictos entre las Partes. Este Comité emitirá una decisión en un plazo máximo de treinta días a partir de la celebración de consultas.

c) Inicio de procedimiento ante tribunales.

Si después de la intervención del Comité Conjunto no se logra una resolución mutuamente satisfactoria entre las partes, cualquiera de los países involucrados podrá solicitar el establecimiento de un tribunal que considere la controversia. En el caso de los temas que son responsabilidad de los países miembros del tratado relacionados con el comercio de servicios; los movimientos de capital y de pagos, incluyendo la inversión; así como los relacionados con la propiedad intelectual, en la mencionada Declaración Conjunta se establece su negociación en el marco del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino.

El Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea establece un marco institucional para la administración y seguimiento de los acuerdos alcanzados, para ello:

- Se establece un Consejo Conjunto integrado por miembros a nivel ministerial del gobierno de México, del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión Europea para supervisar la aplicación del Tratado.
- El Consejo Conjunto será presidido alternadamente por México y la Unión Europea y se reunirá periódicamente o en sesiones extraordinarias, cuando las circunstancias así lo demanden.
- El Consejo establecerá a su vez un Comité Conjunto para apoyarlo en el desempeño de sus funciones. Este Comité celebrará reuniones cuando menos una vez al año, alternadamente en México y Bruselas.



Por lo tanto el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea permitirá a la nación mexicana lo siguiente:

- a. Garantizar un acceso amplio, preferencial y seguro de las exportaciones mexicanas al bloque comercial más grande del mundo.
- b. Diversificar las relaciones económicas, el destino de nuestras exportaciones y nuestras fuentes de insumos.
- c. Generar mayores flujos de inversión extranjera y promover alianzas estratégicas, lo que permitirá la creación de nuevos empleos y mejor remunerados.

### **III. Análisis de los mecanismos de solución de controversias**

Surgida una controversia, simultáneamente emerge el deber a cargo de los Estados participantes de tratar de solucionarla; si tal conflicto es susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, y esa búsqueda de solución ha de manejarse por los medios pacíficos de solución.

#### ***A. Modelos para la solución de controversias***

##### **1. Diplomático político**

Privilegia la flexibilidad de la negociación directa, por lo tanto los mecanismos que siguen este modelo no cuentan con procedimientos o plazos detallados y las soluciones se basan en la posibilidad de lograr un acuerdo aceptado para los intervinientes. Son mecanismos políticos, en donde la posición de cada uno de los Estados relativa al poder y la naturaleza del conflicto es determinante en la posibilidad de lograr una solución efectiva.

## **2. Orientado por reglas**

En este modelo participa un tercer Estado imparcial, y su decisión se basa en reglas del procedimiento, las cuales se encuentran previamente establecidas, y dicha resolución no requiere del consentimiento de las partes y se tienen que acatar de manera obligatoria.

Es cierto que ambos modelos de solución de controversias tienen sus similitudes y diferencias, lo cual permite un amplio juego en el contexto de aplicación, y no se limita a uno del otro y viceversa. Un claro ejemplo de esa similitud y ayuda entre ambos mecanismos se aplica al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que se ha desarrollado de una manera gradual pasando de ser un modelo diplomático político a uno orientado por reglas, cuya efectividad se alcanzó con el amplio entendimiento de las normas y procedimientos con los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, en donde se acordó un mecanismo que se encuentra entre un sistema arbitral y uno judicial; modelo que comparten todos los países miembros de dicha organización.

## **3. Los mecanismos de solución de controversias**

El Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea combinó ambos mecanismos, distinguiéndose de la siguiente manera: en cuanto a las secciones políticas y de cooperación, se aplica el mecanismo diplomático político; mientras que en la parte comercial, se aplica el carácter arbitral.

## **4. Mecanismo diplomático político**

Dicho mecanismo tiene amplia cobertura, comprende las controversias que tengan que ver en materia política o de cooperación, las cuales serán resueltas ante el Consejo

Conjunto, por lo que se le considera el procedimiento idóneo para la sociedad europea por ser práctico y flexible y sin acudir a las cláusulas de seguridad nacional, de derivadas de la cooperación o a la democrática.

Esta medida es sencilla, en virtud de que si una de las partes llegase a considerar que la otra ha incumplido en alguna de las obligaciones pactadas, se le dará aviso al Consejo Conjunto, para que trate de encontrar una solución favorable en un plazo no mayor de tres días, al menos que sea un asunto de suma urgencia, procedimiento que contrasta con las disciplinas contenidas en el convencional mecanismo comercial.

## **5. Mecanismo comercial**

Este mecanismo forma parte integral de las decisiones del Consejo, y es a lo que coloquialmente se le conoce el Tratado de Libre Comercio.

Las Consultas se desarrollan de la siguiente forma:

La *primera etapa* consiste en consultas directas entre las partes, y sirve para estudiar cualquier asunto concerniente a bienes, comercio de servicios, movimientos de capital y pagos, contratación pública y competencia; donde cualquier interesado puede solicitar su realización, y el Consejo se deberá reunir a los treinta días siguientes para entregar la solicitud. Una vez reunidos se tratará de llegar a una solución de la controversia, la cual podrá efectuarse en cualquier momento ya que este mecanismo no cuenta con plazos establecidos; por lo tanto, las partes lo podrán acordar libremente, a excepción de que si han transcurrido cuarenta y cinco días desde la entrega de la solicitud y cabe la posibilidad de que no se llegara a ningún acuerdo, entonces se podrá iniciar la *segunda etapa* arbitral. México y la Unión Europea estuvieron de acuerdo en otorgarse una amplitud de materia

de consultas para resolver cualquier tipo de asuntos derivados del Acuerdo.

## **6. Procedimiento arbitral**

Este procedimiento tiene una cobertura más limitada que las consultas. Solo podrá iniciarse cuando algún incumplimiento se considere violación de los asuntos jurídicos abarcados y que no se hubieran podido resolver en el mecanismo de consulta.

Las materias que pueden ser objeto del procedimiento arbitral, solo podrán ser las de comercio de bienes, servicios y compras gubernamentales, quedando excluidas las cuestiones concernientes al *antidumping*<sup>32</sup> y compensatorias,<sup>33</sup> obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, balanza de pagos, uniones aduaneras y zonas de libre comercio, propiedad intelectual, reconocimiento de mutuo de licencias, los compromisos internacionales sobre inversión derivados de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos<sup>34</sup> (OCDE), las aludidas exclusiones se deben a que estas materias están reguladas por los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio.

---

<sup>32</sup> Véase Acuerdo relativo a Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en el Anexo 1 A del Acuerdo de la OMC resultante de la Ronda Uruguay y que implementa el artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

<sup>33</sup> Acción adoptada por el país importador, generalmente bajo la forma de mejores derechos para compensar subsidios otorgados a los productores o exportadores en el país exportador. Derechos adicionales establecidos por el país importador para compensar subsidios gubernamentales en el país exportador cuando las importaciones subsidiarias causan daño material a la industria nacional del país importador.

<sup>34</sup> La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), es una organización de cooperación internacional compuesta por 30 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fue fundada en 1961 y su sede central se encuentra en la ciudad de París, Francia. Su antecesor fue la Organización Europea para la Cooperación Económica.

El Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea establece que si una parte considera que una medida aplicada por la otra viola los instrumentos jurídicos abarcados y el asunto no pudo ser resuelto durante los quince días posteriores a las consultas realizadas en el seno del comité en conjunto o cuarenta y cinco días posteriores a la entrega de la solicitud de la reunión de consultas, de reunirse los requisitos, el afectado podrá solicitar por escrito, a la otra parte y al Comité Conjunto, el establecimiento del panel arbitral. Este es un aspecto esencial en los mecanismos de solución de controversias orientados por reglas y es, sin duda, un éxito de la negociación.

Una vez presentada la solicitud, se inicia el procedimiento de integración de panel, siguiendo las siguientes reglas:

- Se notificará la designación de un árbitro y propondrá hasta tres candidatos para fungir como presidente del panel.
- La otra parte deberá designar un segundo arbitro dentro de los quince días siguientes y, a su vez, propondrá otros tres candidatos para fungir como presidente del panel.
- Las partes tendrán, a partir de la designación del segundo árbitro, el término de quince días para acordar la presidencia del panel, normalmente dentro de la lista de los candidatos propuestos, sin existir prohibición de que podrán designar a cualquier otra persona.
- El panel estará establecido en el momento de la designación del presidente del panel.
- En caso de que una parte no designe panelista, este se designará por sorteo entre los candidatos propuestos.

- Si no existiere acuerdo entre las partes en la designación del presidente dentro del plazo de quince días, este será designado dentro de la semana siguiente por sorteo de la lista de los candidatos propuestos.
- Es previsible que el panel se integre por un mexicano y un nacional europeo, y un presidente de una nacionalidad neutra.
- El proceso otorga certidumbre y claridad.
- Las reglas se basan en el modelo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (funcionamiento panel, reglas de interpretación, acta misión, las notificaciones y la presentación de los escritos, las formas de desarrollar las audiencias, la carga de la prueba, la confidencialidad del procedimiento, la función de los expertos, la traducción y la interpretación, el cómputo de plazos y el informe del panel arbitral).
- Una vez constituido el panel, y después de haber recibido el escrito de las partes y celebrada la audiencia, el panel deberá de presentar un informe preliminar que contenga sus conclusiones, a más tardar tres meses posteriores a la fecha de establecimiento del panel, no podrá exceder más de cinco meses.
- Las partes tienen un término de quince días para presentar un escrito con sus observaciones de las conclusiones realizadas por el panel.
- El panel deberá de rendir un informe final treinta días contados a partir de la presentación del informe preliminar.
- Todas las decisiones se toman por mayoría, correspondiendo un voto por árbitro.

## **7. Integración del panel arbitral**

- Tres árbitros.
- Los árbitros deberán de ser elegidos de manera que se asegure la independencia e imparcialidad.
- Los árbitros actuarán a título personal, nunca como representantes de un gobierno u organización.
- Los árbitros están sujetos a un estricto código de conducta.
- No se establecieron requisitos específicos para poder ser panelista, solamente se establece que estos deberán de tener una formación suficientemente variada y amplia experiencia en campos diversos.<sup>35</sup>
- Libertad en la selección de árbitros.

## **8. Cumplimiento del informe del panel**

- Cada parte está obligada a tomar las medidas pertinentes para cumplir con el informe final.
- Corresponde a los países involucrados negociar la resolución de las controversias.
- La parte que perdió el caso deberá de cumplir con el informe final sin demora, otorgándosele un plazo de treinta días posteriores a la entrega del informe final para que notifique a la otra parte sus intenciones al respecto. En el caso de que no sea posible cumplir de inmediato, se podrá acordar un plazo razonable para hacerlo.
- Si la parte culposa no quisiere cumplir, el panel podrá intervenir para la gestión necesaria de cumplimiento.
- La parte responsable de su cumplimiento deberá notificar a la otra las medidas adoptadas para

---

<sup>35</sup> Artículo 4 de las reglas de procedimiento TLCUE.

cumplir el informe final, Una vez hecha la notificación en caso de desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar de nueva la intervención del panel original para que este determine, en un término de sesenta días la conformidad de las medidas adoptadas con el informe final.

- En caso de que la parte responsable no notifique las medidas antes de la conclusión del plazo, o bien que el panel determine que las medidas adoptadas son incompatibles, con la decisión, la parte reclamante podrá solicitar consultas con objeto de acordar una compensación que ponga fin al conflicto.
- La falta de acuerdo lleva a la última etapa que corresponde a la suspensión de beneficios.

## **9. Suspensión de beneficios**

Esta suspensión se da cuando una de las partes al no haber solicitado consultas para acordar una compensación, o al haberla solicitado no se alcanzó acuerdo alguno dentro de los veinte días siguientes a la petición de dicha solicitud, esto podrá suspender los beneficios de efectos equivalentes a aquellos afectados por la medida que se resolvió es violatoria de los acuerdos. Los beneficios se deberán suspender primero en el sector o sectores en su caso afectados por la medida violatoria; en caso de que no sea práctico suspenderá en otros sectores de igual manera.

Esta suspensión no se lleva a cabo de manera automática, a diferencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, deberá ser notificada a la otra parte en un término de sesenta días antes de que se llevase a cabo, dentro de los quince días posteriores a la notificación que determine si los beneficios que se suspenderán son



equivalentes a aquellos por la medida violatoria. El panel tiene cuarenta y cinco días para emitir su dictamen. Los beneficios no podrán suspenderse hasta que el panel emita su dictamen.

#### **IV. Conclusiones**

PRIMERA: La globalización ha jugado un papel muy importante en el derecho de los diferentes países y sus poderes judiciales y más específicamente en la modernización del sistema jurídico mexicano, ya que gracias a estos cambios y a la celebración de tratados comerciales, nuestro país ha experimentado un desarrollo económico, y aunque ha sido gradual, ahora podemos disfrutar de productos y servicios de mejor calidad, de desarrollos tecnológicos y de nuevos empleos. Podemos decir que este es el primer gran paso para que la apertura comercial internacional nos lleve a la eliminación de barreras y fronteras al comercio y así mejorar la seguridad comercial para que aumenten las inversiones y los niveles de vida de las personas que habitan estos países.

SEGUNDA: Como consecuencia de la apertura comercial, se han originado prácticas desleales al comercio, por lo que se han tenido que crear sistemas de defensa, los cuales si bien no han logrado acabar con estas prácticas las han disminuido y regulado. Podemos decir, que todavía no hemos alcanzado todos los objetivos por los cuales hemos celebrado los distintos tratados, pero estos cambios tienen que darse poco a poco ya que es muy difícil que las leyes de los diversos países se acoplen con los nuevos mecanismos previstos, tal y como lo hemos analizado monográficamente en este trabajo académico.

TERCERA: La reducción relativa del comercio recíproco entre México y los países de la Unión Europea en los últimos años ha sido complicada, entre otros

factores, por la evidente existencia al trato comercial discriminatorio que, con respecto a terceros países, se otorgan entre sí.

CUARTA: Los países de la Unión Europea conceden mejores condiciones arancelarias y no arancelarias a los productores de aproximadamente cien países, que a sus similares mexicanos. De la misma forma, los tratados de libre comercio que ha suscrito México con otros países, prevén mejores condiciones de acceso a los exportadores de los países beneficiarios que a sus similares europeos. En ese contexto, tanto México como los países miembros de la Unión Europea coincidieron que para terminar con ese trato discriminatorio, la vía más rápida era la creación de una zona de libre comercio, la que permitiría no solo un mejor acceso recíproco al mercado de cada una de las partes, sino que también permitiría diversificar el origen y destino del intercambio comercial de bienes y servicios, lo que es particularmente importante para México, dada su estrecha relación comercial con Estados Unidos de América. Se destaca que, como lo ha demostrado la experiencia de México en los tratados de libre comercio que ha suscrito, el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea permitió la creación de comercio y no su desviación de este.

QUINTA: Estimamos que el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea permite establecer un marco jurídico que brinda certidumbre a los empresarios e inversionistas de ambas partes; así mismo, incorpora a México de manera más eficiente en el proceso de globalización mundial de los mercados, ya que cuenta con mayores opciones tanto en los insumos utilizados en los procesos productivos, como en las opciones de tecnologías disponibles y en el establecimiento de alianzas estratégicas. Para México, la suscripción del Tratado de

Libre Comercio con la Unión Europea, le permite acceder de manera preferencial al mercado más grande del mundo, integrado por países desarrollados, permitiendo que México incremente de manera importante sus exportaciones hacia los países miembros de la Unión Europea en aquellos productos en los que ha demostrado ser competitivo, tales como los vehículos, los productos petrolíferos, los motores para automóvil, las partes para computadoras, la plata, el café y las autopartes, entre otros; por lo que la entrada en vigor del Tratado dio como resultado que llegasen más empresas europeas a México, con el consecuente impacto en la creación de empleos, representando un gran avance en el desarrollo de sus relaciones comerciales. En dicho Tratado se prevén metas mucho más amplias y complejas que en otros acuerdos comerciales existentes, pues además del comercio se incluyen temas relacionados con las inversiones, la propiedad intelectual y desarrollo y la cooperación económicas, teniendo el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea como requisitos básicos que la liberalización del comercio sea recíproca y progresiva, con una planeación detallada del proceso de desgravación arancelaria, que ambas partes mantengan a terceros países las condiciones actuales de acceso a sus mercados; y el establecimiento de normas de origen estrictas que impidan a los países miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte triangular a través de México sus exportaciones a los países de la Unión Europea.

SEXTA: Además, para lograr la pacífica interacción entre ambos, se establecieron dos mecanismos de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea, el mecanismo diplomático pacífico y el orientado por reglas, mecanismos que han tenido un gran éxito por ser muy flexibles, entendibles y manejables de manera segura y confiable; pero al igual de ser sencillo

el manejo de estos mecanismos de solución, también han tenido sus deficiencias en su diseño; en particular la dificultad para integrar los paneles arbitrales en los plazos previstos por el tratado.

## V. Bibliografía

- Arellano García, Carlos: *Segundo Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1998.
- Ávila Moreno, Felipe: *Tácticas para la negociación arbitral*, Editorial Trillas, México, 2005.
- C. Plano, Jack: *Diccionario de Relaciones Exteriores*, Editorial Limusa, España, 1965.
- Cruz Miramontes, Rodolfo: *Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio en la Unión Europea*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México), 1ª edición, México, 2003.
- *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, dos volúmenes. Editorial Espasa Calpe, vigésima segunda edición, España, 2001, pp. 2368.
- Faber, Adele y Elaine Mazlish: *Cómo hablar para que los niños escuchen y cómo escuchar para que los niños hablen*. Editorial Diana, México, 2005.
- Gómez Robledo, Antonio: *México y el Arbitraje Internacional*, Editorial Porrúa, México, 1965.
- Gonzalo Quiroga, Martha: *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial (Arbitrabilidad y Derecho Aplicable al Fondo de la Controversia Internacional)*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2003.
- \_\_\_\_\_: *Arbitrabilidad de la Controversia Internacional*, Editorial Granada, Alhulia, 2003.

- Osmañczyk. Edmund Jan: *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
- Palomar de Miguel, Juan: *Diccionario para Juristas*, Editorial Mayo, S.R.L, México, 1982.
- Pérez Fernández del Castillo, Othón: *Manual básico del conciliador*, Editado Vivie en Paz ONG, 1ª edición, México, 2003.
- Romero García-Mora, Guillermo: *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho Europeo de Contratos*, INC Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2003.
- Seara Vázquez, Modesto: *Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, 17ª edición, México, 1998.

### **Hemerografía**

- “Centro Internacional de Mediación para el Medio Ambiente y el Desarrollo”, *Revista Diálogos por la Paz al servicio de la mediación y la conciliación*, México, número 6, septiembre 2002.
- “Reglamento alternativo de los conflictos internacionales”, *Escribano, Revista de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano*, A.C, México, número 26, noviembre del 2002.
- “Instituciones distinguidas con la Bandera Internacional de la Paz en la Ciudad de México”, *Revista Diálogos por la Paz al servicio de la mediación y la conciliación*, México, número 5, junio-julio-agosto del 2004.
- “Derecho Mexicano dentro de la perspectiva global”, *Revista Mexicana del Derecho*, McGraw Hill, México, número 1, año 1.
- “Régimen Informe de la Comisión Nacional de

Arbitraje”, *Revista Presidencia de la República*, Dirección General de Comunicación Social, México, 1997.

- “Unión internacional del Notariado”, *Asociación Nacional del Notariado Mexicano*, México, número 5, marzo de 1998.
- “Arbitraje regulado e importación paralela de productos farmacéuticos en la Unión Europea”, *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2005.
- “Cómo resolver las controversias mediante el arbitraje”, *Revista Jurídica Boletín Informativo*, número 10, México, enero del 2005.
- “Países que han adoptado la Ley Modelo de Arbitraje comercial internacional”, *Revista Jurídica Boletín Informativo*, número 1, México, septiembre del 2001.
- “Jurisprudencia comentada. Arbitraje, cuando el accionante ocurra ante el Juez a presentar su demanda y el reo de contestación a ésta o reconvencción, quedará extinguido el compromiso arbitral, siempre que no se oponga la excepción de incompetencia”, *Revista Jurídica Boletín Informativo*, 2ª época, número 3, México, septiembre de 2001.

### **En internet**

- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/6/bib/bib14.pdf>
- <http://www.leergratis.com./clasicos/el-arte-de-la-guerra-sun-tzu.html>

---

## **Artículo 90 último párrafo de la Ley de Amparo, ¿inconstitucional?**

*Jorge Alberto Cerón Cardaña\**

*El acceso a la justicia, es una garantía constitucional.*

RESUMEN: Las decisiones que toman los titulares de los órganos jurisdiccionales y los señores ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encuentran su justificación en la Constitución General de la República, en los instrumentos internacionales y en las leyes secundarias que contemplan los casos hipotéticos que les corresponde resolver. La legislación los ha dotado de la alta responsabilidad de ser los intérpretes de las discusiones que los legisladores han codificado en nuestras leyes y cuentan con la facultad valorativa de las pruebas existentes en las controversias que resuelven día a día en su quehacer jurídico cotidiano.

SUMARIO: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

### **I. Introducción**

En nuestro país, el juicio de amparo es el equilibrio en las controversias que son puestas a consideración de los órganos jurisdiccionales, y es pilar del gobernado ante la arbitrariedad de la autoridad.

---

\* Defensor Público Federal.

La substanciación del juicio de amparo requiere de amplios conocimientos jurídicos, para poder plantear en los conceptos de violación, cuáles son los actos de las autoridades que han transgredido las garantías individuales y ahora también actos que vulneren los derechos humanos.

Este es el nuevo paradigma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que el artículo 1° de la Constitución General de la República ha dado acogida y que ha sido motivo de la participación de académicos y juristas, al plantearnos el significado de la interpretación conforme y el control de convencionalidad en el marco del respeto a los derechos humanos.

En el quehacer jurídico, los órganos jurisdiccionales tienen la noble y difícil tarea de interpretar las normas jurídicas nacionales e internacionales, en las diversas formas existentes (literal, sistemática, teleológica, etc.). De esta manera cumplen con su deber de desentrañar los motivos que tuvo el legislador tanto en los asuntos de la política criminal, familiar, económica, entre otras.

Recae en el Poder Judicial de la Federación la importante facultad de conocer y resolver de los juicios de amparo, indirectos y directos, que pongan a su consideración.

## **II. Planteamiento del problema**

Ahora bien, considero que la multa a que hace alusión el artículo 90 de la Ley de Amparo vulnera un instrumento internacional que protege la labor de los abogados que intentan controvertir las decisiones que emitan en su caso los H. Tribunales Colegiados de Circuito.

Me permito citar el numeral 90 de la Ley de Amparo.

**ARTÍCULO 90.-** *El Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o el Tribunal Colegiado de*



*Circuito, según corresponda, calificará la procedencia del recurso de revisión, admitiéndolo o desechándolo. (REFORMADO, D.O.F. 7 DE ENERO DE 1980)*

*Admitida la revisión por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia o por los Presidentes de las salas de la misma, y hecha la notificación relativa al Ministerio Público, se observará lo dispuesto por los artículos 182, 183 y 185 a 191.*

*(REFORMADO, D.O.F. 7 DE ENERO DE 1980)*

*Admitida la revisión por el Tribunal Colegiado de Circuito y hecha la notificación al Ministerio Público, el propio Tribunal resolverá lo que fuere procedente dentro del término de quince días.*

*(REFORMADO, D.O.F. 16 DE ENERO DE 1984)*

*Siempre que el Presidente de la Suprema Corte de Justicia o, en sus respectivos casos, el Pleno, o la Sala correspondiente, desechen el recurso de revisión interpuesto contra sentencias pronunciadas por Tribunales Colegiados de Circuito, por no contener dichas sentencias decisión sobre la constitucionalidad de una ley o no establecer la interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal, impondrán, sin perjuicio de las sanciones penales que procedan, al recurrente o a su apoderado, o a su abogado, o a ambos, una multa de treinta a ciento ochenta días de salario.*

Ciertamente se advierte que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado al respecto y ha sentado jurisprudencia de observancia obligatoria de conformidad con el artículo 192 de la Ley de Amparo, misma que me permito transcribir.

**TESIS JURISPRUDENCIAL 11/2011.**

**MULTA EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. EN**

**LOS CASOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 90 DE LA LEY DE AMPARO, PROCEDE IMPONER POR LO MENOS LA MEDIA, CUANDO EL RECURRENTE SEA UN PERITO EN DERECHO CON CÉDULA PROFESIONAL.**

*Cuando el recurso de revisión en amparo directo sea interpuesto por un profesional en derecho que cuente con la cédula correspondiente, que por esa razón es perito en la materia, y no exista una interpretación directa de un precepto constitucional, es procedente imponerle una multa que importe por lo menos la sanción media prevista en el citado numeral, pues resulta innegable que al ser perito en derecho, sabe cuándo un órgano jurisdiccional realiza o no una interpretación directa de alguna norma de la Constitución Federal, lo cual evidencia que la interposición del recurso se hace con la intención de retardar el procedimiento de que se trate.*

**Amparo directo en revisión 1451/2006.** \*\*\*\*\*.  
27 de septiembre de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

**Amparo directo en revisión 851/2007.** \*\*\*\*\*.  
27 de junio de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Miriam Flores Aguilar.

**Amparo directo en revisión 2047/2009.** \*\*\*\*\*.  
13 de enero 2010. Unanimidad de cuatro votos. Impedido: Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

**Amparo directo en revisión 2311/2009.** \*\*\*\*\*.  
20 de enero 2010. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

***Amparo directo en revisión 1856/2010. \*\*\*\*\*.***

*3 de noviembre 2010. Unanimidad de cuatro votos.*

*Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario:*

*Fernando A. Casasola Mendoza.*

Sin embargo, el último pronunciamiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según se advierte en la jurisprudencia antes transcrita, fue a finales del año 2010; es por eso que ahora considero que pudiera darse una nueva interpretación al artículo 90 referido, en donde se contempla una multa a imponer a quien, a juicio de nuestro Máximo Tribunal, haya recurrido una ejecutoria de mala fe, al pretender retardar su cumplimiento.

Para poder justificar lo anterior, es importante destacar lo aportado por los juristas encargados de estudiar la argumentación jurídica, porque ellos han diferenciado la manera en que se forma un juzgador y el perfil que reúne el abogado litigante, postulante o los defensores en términos genéricos.

El juzgador es quien determina el alcance y aplicación de una ley, así como también tiene la facultad de declarar la inaplicación *ex officio* de alguna norma, hasta llegar a la declaratoria de inconstitucionalidad. El abogado defensor, a quien se le considera perito en la materia, no tiene ninguna facultad de interpretación, en él recae la ética de conducirse con profesionalismo al estudiar los asuntos que le confiere el gobernado, si bien tiene el deber de conocer las leyes, los términos, plazos, recursos procedentes, etc.

El transmitirle la responsabilidad de ser sabedor cuando en una resolución o ejecutoria se ha hecho o no una interpretación directa de la Constitución o persiste un problema de constitucionalidad, es una responsabilidad enorme, al no tener facultades interpretativas de la ley, es

por eso que esa decisión recae en el órgano jurisdiccional que fija la política jurídica del país.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, conoce de las controversias quizás de mayor importancia en el orden jurídico; el aplicar una multa por desechar un recurso de revisión podría considerarse violatorio de los derechos humanos.

El artículo 1° de la Constitución General de la República, dice actualmente lo siguiente:

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

*(ADICIONADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)*

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

*(ADICIONADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)*

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

*(ADICIONADO, D.O.F. 14 DE AGOSTO DE 2001)*

*Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.*

*(REFORMADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)*

*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

Ahora bien, me voy a permitir transcribir el siguiente instrumento internacional que protege la función de los abogados, considero que no solo en la materia penal.

*Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).*

*Considerando que los pueblos del mundo afirman en la Carta de las Naciones Unidas, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclaman como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en la promoción y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial,*

*y el derecho de toda persona acusada de un delito a todas las garantías necesarias para su defensa, Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama, además, el derecho de las personas a ser juzgadas sin demoras injustificadas y a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,*

*Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recuerda que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,*

*Considerando el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, que estipula que toda persona detenida tendrá derecho a la asistencia de un abogado, a comunicarse con él y a consultarlo,*

*Considerando que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos recomiendan, en particular, que se garantice la asistencia letrada y la comunicación confidencial con su abogado a los detenidos en prisión preventiva, Considerando que las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte reafirman el derecho de todo sospechoso o acusado de un delito sancionable con la pena capital a una asistencia letrada adecuada en todas las etapas del proceso, de conformidad con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,*

*Considerando que en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos*

*y del Abuso de Poder se recomiendan medidas que deben adoptarse en los planos nacional e internacional para mejorar el acceso a la justicia y el trato justo, la restitución, la compensación y la asistencia en favor de las víctimas de delitos,*

*Considerando que la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente, Considerando que las asociaciones profesionales de abogados tienen que desempeñar la función esencial de velar por las normas y la ética profesionales, proteger a sus miembros contra persecuciones y restricciones o injerencias indebidas, facilitar servicios jurídicos a todos los que los necesiten, y cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público,*

*Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados que figuran a continuación, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales, y deben señalarse a la atención de los juristas así como de otras personas como los jueces, fiscales, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se aplicarán también, cuando proceda, a las personas que ejerzan las funciones de la abogacía sin tener la categoría oficial de abogados.*

### ***Acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos***

1. *Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.*

2. *Los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción, como discriminaciones por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica u otra condición.*

3. *Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas. Las asociaciones profesionales de abogados colaborarán en la organización y prestación de servicios, medios materiales y otros recursos.*

4. *Los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados promoverán programas para informar al público acerca de sus derechos y obligaciones en virtud de la ley y de la importante función que desempeñan los abogados en la protección de sus libertades fundamentales. Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado.*



### **Salvaguardias especiales en asuntos penales**

5. Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.

6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.

7. Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.

8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

### **Competencia y preparación**

9. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos

*por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.*

*10. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que no haya discriminación alguna en contra de una persona, en cuanto al ingreso en la profesión o al ejercicio de la misma, por motivos de raza, color, sexo, origen étnico, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento, situación económica o condición social, aunque no se considerará discriminatorio el requisito de que un abogado sea ciudadano del país de que se trate.*

*11. En los países en que haya grupos, comunidades o regiones cuyas necesidades de servicios jurídicos no estén atendidas, en especial cuando tales grupos tengan culturas, tradiciones o idiomas propios o hayan sido víctimas de discriminación en el pasado, los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza deberán tomar medidas especiales para ofrecer oportunidades a candidatos procedentes de esos grupos para que ingresen a la profesión de abogado y deberán velar por que reciban una formación adecuada a las necesidades de sus grupos de procedencia.*

### **Obligaciones y responsabilidades**

*12. Los abogados mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión en su calidad de agentes fundamentales de la administración de justicia.*

*13. Las obligaciones de los abogados para con sus clientes son las siguientes:*

*a) Prestarles asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones, así como con respecto al funcionamiento del ordenamiento jurídico, en tanto sea*

*pertinente a los derechos y obligaciones de los clientes;*  
*b) Prestarles asistencia en todas las formas adecuadas,*  
*y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o*  
*defender sus intereses;*

*c) Prestarles asistencia ante los tribunales judiciales,*  
*otros tribunales u organismos administrativos, cuando*  
*corresponda.*

*14. Los abogados, al proteger los derechos de sus*  
*clientes y defender la causa de la justicia, procurarán*  
*apoyar los derechos humanos y las libertades*  
*fundamentales reconocidos por el derecho nacional e*  
*internacional, y en todo momento actuarán con libertad*  
*y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas*  
*y normas éticas reconocidas que rigen su profesión.*

*15. Los abogados velarán lealmente en todo momento*  
*por los intereses de sus clientes.*

### **Garantías para el ejercicio de la profesión**

*16. Los gobiernos garantizarán que los abogados: a)*  
*puedan desempeñar todas sus funciones profesionales*  
*sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias*  
*indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente*  
*con sus clientes tanto dentro de su país como*  
*en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos*  
*a persecuciones o sanciones administrativas,*  
*económicas o de otra índole a raíz de cualquier*  
*medida que hayan adoptado de conformidad con las*  
*obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen*  
*a su profesión.*

*17. Cuando la seguridad de los abogados sea*  
*amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones,*  
*recibirán de las autoridades protección adecuada.*

*18. Los abogados no serán identificados con sus*  
*clientes ni con las causas de sus clientes como*

*consecuencia del desempeño de sus funciones.*

*19. Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.*

**20. Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo.**

*21. Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible.*

*22. Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional.*

### ***Libertad de expresión y asociación***

*23. Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular, tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos, así como a unirse o participar en organizaciones*

*locales, nacionales o internacionales y asistir a sus reuniones, sin sufrir restricciones profesionales a raíz de sus actividades lícitas o de su carácter de miembro de una organización lícita. En el ejercicio de estos derechos, los abogados siempre obrarán de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.*

### **Asociaciones profesionales de abogados**

*24. Los abogados estarán facultados a constituir asociaciones profesionales autónomas e incorporarse a estas asociaciones, con el propósito de representar sus intereses, promover su constante formación y capacitación, y proteger su integridad profesional. El órgano ejecutivo de las asociaciones profesionales será elegido por sus miembros y ejercerá sus funciones sin injerencias externas.*

*25. Las asociaciones profesionales de abogados cooperarán con los gobiernos para garantizar que todas las personas tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios jurídicos y que los abogados estén en condiciones de asesorar a sus clientes sin injerencias indebidas, de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.*

### **Actuaciones disciplinarias**

*26. La legislación o la profesión jurídica, por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas.*

*27. Las acusaciones o reclamaciones contra los*

*abogados en relación con su actuación profesional se tramitarán rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados. Los abogados tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección.*

*28. Las actuaciones disciplinarias contra abogados se sustanciarán ante un comité disciplinario imparcial establecido por la profesión jurídica, ante un organismo independiente establecido por la ley o ante un tribunal judicial, y serán objeto de revisión judicial independiente.*

*29. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias se registrará por el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas reconocidas a la profesión, y tendrá presentes estos principios.*

### **III. Conclusiones**

El acceso a la justicia es una garantía que no debe ser condicionada mediante la aplicación de multas a los abogados que pretenden muchas veces ser escuchados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tomar esas medidas podría desalentar el intento de recurrir las ejecutorias de los H. Tribunales Colegiados de Circuito, en materias que no sean de característica penal, por temor a ser acreedores a una multa, máxime que esa medida persiste en el proyecto de la nueva Ley de Amparo.

La interpretación de la ley en materia de Amparo, al ser una alta responsabilidad de los juzgadores federales y de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son los indicados para decidir si existe una interpretación directa de la Constitución o persiste un problema de Constitucionalidad, el transmitirle ese conocimiento al abogado recurrente, le confiere una responsabilidad de la

autoridad, porque la intención de acudir ante el Máximo Tribunal del país, es por considerar que las resoluciones que dictan los H. Tribunales Colegiados de Circuito, aún pueden ser analizadas.

#### **IV. Bibliografía**

- Constitución General de la República.
- Ley de Amparo.
- Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

---

## **Problemática de los tipos penales en blanco y sus implicaciones en el Sistema Jurídico Mexicano**

*Manuel Homero Estrada Palma*

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto. III. Antecedentes y planteamiento de la problemática de las normas penales en blanco. IV. Conclusiones. V. A manera de epílogo. Bibliografía.

### **I. Introducción**

El tratadista argentino Carlos S. Nino, en la introducción de su obra *Los límites de la responsabilidad penal*, afirmaba que el derecho penal de un cierto Estado no constituye un sistema autosuficiente de soluciones para cualquier caso concebible y en otros casos. Continúa señalando el prestigiado jurista que la posibilidad de que las normas penales, presenten lagunas y contradicciones lógicas y otras clases de indeterminaciones, dan lugar a que los jueces no puedan justificar sus decisiones sobre la base exclusiva de las propias normas jurídicas positivas, sino que deban recurrir a premisas adicionales.<sup>1</sup>

Lo anterior es indudablemente cierto, y viene a colación porque en nuestro país ha sido recurrente la práctica legislativa de los tipos penales en blanco, es decir, aquellos que se refieren a la remisión a otra norma de igual jerarquía pero extra penal, y que en nuestro país esta remisión es a un reglamento o disposición de naturaleza administrativa.

---

\* Defensor Público Federal.

<sup>1</sup>Santiago Nino, C.: *Los límites...*cit., p. 1.



Cabe señalar que los distintos operadores, defensores e intérpretes de la norma han tenido que lidiar con este problema que genera incertidumbre, es contrario al principio de legalidad y por lo mismo, resulta a nuestro juicio violatorio de derechos humanos del justiciable constitucional y convencionalmente reconocidos.

No hay que olvidar que el principio de legalidad resulta fundamental para el derecho penal, pues tiene que ver con la descripción de un delito o conducta antisocial, en una norma que lo sea desde el punto de vista formal y material y no en un reglamento, como ocurre con los tipos penales en blanco.

Sentado lo anterior, resulta pertinente señalar que en este trabajo nos proponemos fundamentalmente analizar la problemática de los tipos penales en blanco, en cuanto a su concepto, causas e implicaciones en el sistema jurídico mexicano, así como la posición de nuestro Máximo Tribunal, cuando este fenómeno resulta ser violatorio de un derecho humano previsto en nuestra Carta Magna y tratados internacionales.

Por último, nos centraremos en este trabajo en el delito contra la biodiversidad, previsto en el artículo 420, del Código Penal Federal.

## **II. Concepto**

Es profusa y abundante la literatura jurídica por lo que respecta a este tema. Para autores como José Ángel Brandariz García, las normas penales en blanco son aquellas:

*Que no contienen una descripción cerrada del supuesto hecho prohibido, de modo que conforman normas incompletas que requieren la integración con otra instancia reguladora, de naturaleza en principio legal o reglamentaria.*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Brandariz García, J. Á.: *La problemática de las normas penales en blanco*, p. 1. Consultado en <http://www.ecrim.es/publications/2011.penalesblanco.pdf>

Para este mismo autor, la remisión a normas extra penales para la integración del supuesto hecho típico, sobre todo cuando emanan de autoridades administrativas, vulnera el principio de reserva de ley como garantía criminal del principio de legalidad.<sup>3</sup>

Zaffaroni no define lo que es la norma penal en blanco, pero sí los principios que son gravemente afectados por esa anomalía legislativa: en primer término, el de legalidad, que significa que la única fuente productora de la ley penal en el sistema argentino (aplicable a nuestro país), son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución; y, en segundo término, el principio de reserva de ley, que significa que ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe;<sup>4</sup> lo anterior se expresa en la formula latina *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también *Pacto de San José*, en su artículo noveno, establece el principio de legalidad como: *un límite o escollo insalvable de las llamadas normas penales en blanco*, pues define tal principio como: *que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable*.<sup>5</sup>

Inclusive la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en jurisprudencia respecto de las normas penales en blanco, en el sentido de que *no son inconstitucionales cuando remiten a otros que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material*,

---

<sup>3</sup> *Ídem*.

<sup>4</sup> Raúl Zaffaroni, E.: *Derecho...*cit., p. 112.

<sup>5</sup> Compilación de Instrumentos Internacionales: *Sobre Protección...*cit., p. 169.

*sino cuando reenvían a otras normas que no tienen ese carácter, como los reglamentos, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.*<sup>6</sup>

Del contenido de las consideraciones que se detallan con antelación, se concluye que las normas penales en blanco son inconstitucionales, porque la conducta delictiva no está íntegramente descrita en una ley, desde el punto de vista formal y material, sino en una disposición reglamentaria de naturaleza administrativa, vulnerándose con ello los principios de legalidad y el de reserva de ley que implica que el legislativo no puede delegar su atribución en otro poder distinto, siendo inaceptable la intervención del ejecutivo en la creación de tipos penales; pues como ya se dijo, independientemente de lo anterior, las normas penales en blanco son violatorias del artículo 14 y 73, fracción II de la Constitución mexicana.

### **III. Antecedentes y planteamiento de la problemática de las normas penales en blanco**

El delito ambiental denominado correctamente como: *Contra la Biodiversidad*, está previsto en el artículo 420 del Código Penal Federal, que establece:

*Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:*

*I. Capture, dañe o prive de la vida o algún ejemplar de tortuga o mamífero marino, o recolecte o almacene de cualquier forma sus productos o subproductos;*

*II. Capture, transforme, acopie, transporte o dañe*

---

<sup>6</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.: Tesis de Jurisprudencia 10/2008, p. 411. Tomo XXVII, febrero de 2002, Materia Penal, Novena Época.*

*ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda; II- BIS. De manera dolosa capture, transforme, acopie, transporte, destruya o comercie con las especies acuáticas denominadas abulón y langosta, dentro o fuera de los periodos de veda, sin contar con la autorización que corresponda, en cantidad que exceda a 10 kilogramos de peso y cuando las conductas a que se refiere la presente fracción se cometan por una asociación delictuosa, en los términos del artículo 164, del Código Penal Federal, se estará a lo dispuesto en el artículo 194, del Código Federal de Procedimientos Penales.*

*III. Realice actividades de caza, pesca o captura con un medio no permitido, de algún ejemplar de una especie de fauna silvestre, o ponga en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestre.*

*IV. Realice cualquier actividad con fines de tráfico o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas de veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte o, V. Dañe algún ejemplar de las especies de flora o fauna silvestre, terrestres o acuáticas señaladas en la fracción anterior.*

*Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales.<sup>7</sup>*

---

<sup>7</sup> Código Penal Federal: Artículo 420, p. 255 y 256.

En un principio y respecto de la conducta delictiva que se señala, los órganos jurisdiccionales federales y de control constitucional consideraron la misma como inconstitucional y violatoria del artículo 14 de nuestra Carta Magna, que establece en su segundo párrafo: *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 que se trata.*<sup>8</sup>

Ahora bien, respecto del numeral que se transcribe, los órganos jurisdiccionales federales y de control constitucional, así como la Primera Sala, han construido argumentos contradictorios: el primero se refiere al numeral que prevé el delito contra la biodiversidad en sus distintas fracciones, como un tipo penal en blanco y por lo mismo inconstitucional, al vulnerar el principio de reserva de ley; y el segundo que establece el contraargumento respectivo; en el sentido de que el numeral en cuestión no viola el mencionado principio, ya que en tesis aisladas precedentes a la tesis jurisprudencial 23/2012, se consideró que el objeto del delito que nos ocupa es claro y preciso, ya que el bien jurídico tutelado indirectamente es todo aquello que sea declarado en veda por la autoridad administrativa, pues el propósito directo es la conservación jurídica de las especies la cual reviste un interés de carácter superlativo y de reconocimiento universal.

Ya establecidos en forma genérica el mencionado argumento y su correspondiente contraargumento, me permito precisar las consideraciones de los mismos en los términos siguientes:

---

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**A. Primer argumento (defendido en un principio por jueces federales y de control constitucional)**

El delito previsto en el artículo 420, es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad en su vertiente de reserva de ley, por las razones siguientes:

- a) El dispositivo en cuestión es contrario a lo dispuesto en los artículos 14, III párrafo y 73, fracciones XXI, XXIX-G de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que del contenido de los mismos se desprende que las leyes penales deben provenir del órgano legislativo y tienen que describir con claridad y precisión las conductas delictivas y las sanciones correspondientes, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, por lo que es indispensable que tanto los delitos como las sanciones estén previstos en una ley en sentido formal y material.<sup>9</sup>
- b) En el dispositivo en cuestión se advierte que, para que se actualice la conducta delictiva, se requiere la precisión de lo que es veda, especies protegidas o en vías de extinción y fauna sujeta a protección especial; en consecuencia estamos en presencia de un tipo penal en blanco, que te remite a una disposición reglamentaria de naturaleza administrativa que es donde se definen tales conceptos y que lo es precisamente la norma oficial mexicana NOM- 059-SERMARNAT-2010, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre del 2010.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Autos de libertad por falta de elementos para procesar, dictados en las causas penales 40/2010 y 35/ 2012, de 20 de abril de 2010 y 17 de marzo de 2012, respectivamente, por el Juez Segundo de Distrito en el Estado de Tabasco.

<sup>10</sup> *Ídem*.

- c) En consecuencia de lo anterior, en el presente caso se está ante lo que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, denominó como *Norma Penal en Blanco* supuesto hipotético en el que la conducta que se califica como delictiva está precisada en términos abstractos pues se requiere de un complemento para quedar plenamente integrada.<sup>11</sup>

Por último, el argumento anterior se sustenta fundamentalmente en la Tesis de Jurisprudencia 10/2008, que aparece publicada en la página 411, del tomo XXVII, febrero del 2008, novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* cuyo rubro dice: *NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRA QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL.*<sup>12</sup>

### **B. Contraargumento**

En sentido contrario al argumento precisado en el punto uno; la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis aisladas<sup>13</sup> XXVII, XXVIII, XXIX y XXX del año 2012, Novena Época y tesis jurisprudencial 23/2012 determinó lo siguiente:

- a) Que el artículo 420 no viola el principio de exacta aplicación de la ley, toda vez que la formulación normativa que contiene el término *en veda* como predicado de las especies protegidas, no puede generar indeterminación, pues no se advierte ningún problema de ambigüedad terminológica ni

---

<sup>11</sup> *Ídem.*

<sup>12</sup> *Ídem.*

<sup>13</sup> Tesis aislada XXVII/2012: *DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL. EL ARTÍCULO 420, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL.*

de vaguedad conceptual que genere inseguridad jurídica en el destinatario de la norma; además, el hecho de que para su aplicación la ley utilice el elemento normativo de valoración cultural *veda*, interpretado con la ayuda de criterios ofrecidos por disciplinas no penales, no impide que sus destinatarios entiendan perfectamente que dicho elemento se refiere indefectiblemente a la prohibición de realizar cualquier actividad que afecte a ciertas especies, lo que no hace que el tipo sea impreciso o indeterminado ni lo convierte en transgresor del orden constitucional, pues ello no se hace para integrar el núcleo social de la prohibición, sino que la transgresión deriva de la cuestión del legislador de establecer cuestiones jurídicas y terminológicas que escapan a toda posibilidad de una regulación jurídica.

- b) Que el delito contra el ambiente y la gestión ambiental no viola el principio de reserva de ley, pues en materia de protección del medio ambiente, las normas en blanco no suponen inseguridad jurídica, pues por la complejidad de aquella son las únicas que pueden conseguir certeza y seguridad, ya que tratándose de delitos ambientales, la ley es insuficiente por sí sola para proteger el bien jurídico tutelado, porque en ese campo existen múltiples cuestiones que escapan a las posibilidades de una regulación jurídica y, por tanto, en dicha materia, la actuación de juzgador adquiere especial relevancia para llenar el contenido sobre la base de aspectos no jurídicos, para lo que forzosamente habrá de remitirse, con limitaciones precisas, a ordenamientos administrativos; de ahí que el citado artículo 420



- fracción IV, al utilizar el elemento normativo de valoración cultural *declaradas en vedas* que ha de interpretarse con la ayuda de disciplinas no penales, no viola el principio de la reserva de ley.
- c) Delito contra el ambiente y la gestión ambiental no viola el principio de exacta aplicación de la ley penal, toda vez que la formulación normativa que contiene el término *en veda* como predicado de las especies protegidas, no puede generar indeterminación, y el hecho de que se utilice el elemento normativo de valoración cultural *veda*, que debe interpretarse con la ayuda de criterios ofrecidos por disciplinas no penales, no impide que sus destinatarios entiendan perfectamente que se refiera la prohibición de realizar cualquier actividad que afecte a ciertas especies, lo que no hace que el tipo penal sea impreciso o indeterminado, ni lo convierte en transgresor del orden constitucional, pues ello no se hace para integrar el núcleo esencial de la prohibición, sino que la remisión deriva de la imposibilidad del legislador de establecer cuestiones científicas y tecnológicas que escapan a toda posibilidad de una regulación jurídica.
- d) Que el delito contra el ambiente y la gestión ambiental no viola el principio de reserva de ley, pues a juicio de nuestro Máximo Tribunal se considera legítimo conceder al Poder Ejecutivo un espacio de intervención limitado, relacionado con cuestiones técnicas, científicas o con especificaciones de datos, en consecuencia, en materia de protección penal del medio ambiente, las normas en blanco no suponen ni seguridad jurídica, pues por la complejidad de aquella

son las únicas que pueden conseguir certeza y seguridad, ya que la ley es insuficiente por sí sola para proteger el bien jurídico tutelado a nivel constitucional, porque en ese campo existen múltiples cuestiones que escapan a las posibilidades de una regulación jurídica, siendo necesario la remisión con limitaciones precisas a ordenamientos administrativos.

- e) Y por último en delitos contra el ambiente y la gestión ambiental, el bien jurídico protegido tutelado indirectamente es todo aquello que sea declarado en *veda* por la autoridad administrativa, lo cual tiene como propósito directo la conservación de las especies, lo cual reviste un interés de carácter superlativo, ya que la protección jurídica del medio ambiente es una necesidad universalmente reconocida y porque en nuestro país dicha protección tiene rango constitucional en los artículos 4 y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De lo anteriormente señalado se advierte un conflicto de principios constitucionales; en efecto, por un lado se encuentra el principio de legalidad, en su vertiente de reserva de ley, que se refiere a que las normas penales deben provenir del órgano legislativo y tienen que describir con claridad y precisión las conductas delictivas y las sanciones correspondientes, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, término y plazos, por lo que es indispensable que tanto los delitos como las sanciones estén previstos en una ley en su sentido formal y material; tal principio se encuentra en pugna con el principio de que la conservación del medio ambiente reviste un interés de carácter superlativo y que la protección del mismo es una necesidad universalmente

reconocida y porque en nuestro país dicha protección tiene un rango constitucional en los artículos 4 y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, respecto de este tipo de conflictos acerca de los principios constitucionales, es pertinente señalar la opinión de algunos autores como Fernando Silva García, quien hace aportaciones interesantes en relación con la forma de resolverlos por lo cual refiere: *que un conflicto entre reglas puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de adhesión que elimina el conflicto o declarando inválida una de las reglas*. En cambio, la colisión de principios merece un tratamiento diferente porque tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso. La solución de un conflicto entre principios requiere de una actividad de ponderación para decidir cuál de los intereses posee el mayor peso en el caso concreto. Este mismo autor señala también que: *la ponderación es susceptible de contribuir a proporcionar un criterio adecuado para la solución de conflictos entre bienes constitucionales, por su vinculación con la teoría de la argumentación jurídica*. Asimismo señala: *una solución constitucional de los conflictos entre derechos fundamentales, no significa en ningún caso señalar cuál de los derechos que colisionan es el más importante, sino cuál de las dos normas en conflicto resulta más necesaria en el caso concreto que se plantea, desde una perspectiva sistemática; y por último, este autor refiere: que el principio de proporcionalidad parte del supuesto de que no es posible determinar una decisión abstracta de preferencia entre los bienes constitucionales en conflicto dada su equivalencia de rango normativo*.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Silva García F.: *Deber de...cit.*, pp. 8, 25.

En este mismo tenor, no deja de tener importancia lo señalado por los autores Juan N. Silva Meza y Fernando Silva García, en su libro *Derechos Fundamentales*, donde señalan que el presupuesto filosófico del Estado liberal, entendido como Estado limitado en contraposición al Estado absoluto, es la doctrina de los Derechos del hombre elaborada por la doctrina del iusnaturalismo racionalista. Para esta teoría, es el Derecho Natural aprehensible a través de la razón humana, el que confiere validez a las normas que son anteriores a la conformación de cualquier grupo social, resultando reconocibles mediante la búsqueda racional. En este derecho (natural) hallan su origen todas las libertades del ser humano que, por tanto, deben ser concebidas como inherentes a esa cualidad, de lo cual resulta que cualquier individuo está en posibilidad de desprenderlas a través de la reflexión filosófica. Desde la óptica de esta teoría, *la fundamentalidad de los derechos tiene un sentido que podría calificarse de antropocéntrico: serán fundamentales los derechos que se entiendan esenciales del ser humano; aquellos que se consideren inherentes al desarrollo de su personalidad: La fundamentalidad de los derechos emanaría del ser del individuo, del ser humano, no del deber ser de la norma constitucional. Para esta teoría, la fundamentalidad de los derechos fundamentales está desvinculada del derecho positivo.*<sup>15</sup>

En consecuencia de lo anterior, los derechos fundamentales tienen el más alto rango constitucional; por lo mismo el ejercicio de estos, no podrá restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones previstas; además, no hay que olvidar que conforme al principio *pro homine*, la interpretación de los principios

---

<sup>15</sup> Silva Meza, J. N. y Silva García, F.: *Derechos...cit.*, pp. 2 y 3.

constitucionales debe ser la más amplia posible en favor de las personas, es decir, las autoridades deben atender a las reglas de interpretación de los principios, que disponen que en la interpretación de los principios se debe favorecer en todo tiempo a las personas, procurando en beneficio de estas una protección más amplia y que las autoridades, en el ámbito de sus competencias legales, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; inclusive se fija la obligación del estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. Con base en lo anterior, es claro que en el Estado mexicano toda persona goza de una serie de derechos oponibles frente al poder público, todos de superlativa importancia, entre los que podíamos mencionar: el derecho que tiene una persona de ser juzgada por conductas delictivas precisadas en todos sus elementos, en una ley que lo sea desde el punto de vista formal y material, pues así está establecido en el artículo 14 constitucional, así como en el numeral 9, de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* llamada también *Pacto de San José*.

En el caso que nos ocupa, la doctrina es realmente abundante y en gran parte coincidente, en cuanto a que el método más eficaz para resolver este tipo de conflictos entre principios constitucionales es la ponderación, siendo que no es menos importante el principio de proporcionalidad en la solución de los mismos.

Luís Prieto Sanchís hace aportaciones no menos interesantes en relación con este tema, por la importancia que tienen para los fines de este trabajo, me voy a permitir citarlas. Este autor refiere *que de las distintas acepciones que presenta el verbo “ponderar” y el sustantivo*

*“ponderación” en el lenguaje común, tal vez sea el que mejor se ajusta al uso jurídico, es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas.*<sup>16</sup>

Es importante señalar que el mismo autor menciona: *En el mundo del derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones, tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto de validez; en principio, han de ser todos del mismo valor; pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor.*

Ponderar es pues buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones confirmatoria, conflictivas y del mismo valor.<sup>17</sup>

Por otra parte, resulta ser igual de acertado lo señalado por el tratadista en cuestión cuando señala: *que en el supuesto de existencia de un conflicto constitucional, nos hallamos en presencia de razones de sentido contradictorio, y el intérprete en principio no puede prescindir de las consideraciones de ninguna de ellas pues son razones constitucionales, ni tampoco afirmar que alguna o algunas deben ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una regla y excepción que no está en la constitución.*<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Prieto Sanchís, L.: *El Juicio...*cit., pp. 77 y 78.

<sup>17</sup> *Ídem.*

<sup>18</sup> Prieto Sanchís, L.: *Argumentación...*cit., p. 78.

En este tenor, como bien lo señala Héctor Orduña Sosa: *la norma jurídica suele formularse como regla que correlaciona un supuesto normativo a una consecuencia normativa*. Con base en esta forma de estructurar las normas jurídicas como reglas, la solución jurídica de un problema que se plantea al juzgador se obtiene a partir de la verificación de que en el plano factico ocurrió el supuesto previsto en la norma, y la posterior aplicación de la consecuencia normativa al caso concreto. Esta forma de solucionar los problemas exige que el juzgador recurra al método deductivo, al silogismo jurídico y a la subsunción.<sup>19</sup> A contrario de lo anterior, *la norma jurídica expresada como principio se caracteriza por estar formulada de manera vaga o indeterminada; carece de un supuesto que se relaciona con una consecuencia o solución jurídica*. Por eso los principios son susceptibles de ser completados, a fin de que puedan aplicarse a un caso concreto.<sup>20</sup>

En vista de lo anterior, podemos decir que las normas como reglas están contenidas fundamentalmente en la legislación ordinaria; en tanto que los principios son reconocidos por la Constitución Mexicana y tratados internacionales, siendo que una colisión de los mismos requiere una solución jurisdiccional distinta a la prevista para las reglas, y tiene mucho que ver con aquellos casos complicados y difíciles en el que el intérprete debe construir un argumento sólido fundado en el peso específico de los valores, razones y circunstancias, que permitan la solución del conflicto, sin que ello signifique la prevalencia de uno respecto de la eliminación del otro de los principios en pugna.

---

<sup>19</sup> Orduña Sosa, H.: *Interpretación...cit.*, p. 71.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 72 y 73.

Es importante señalar que en los casos en que el examen de la constitucionalidad de una ley genere un conflicto entre una o varias normas constitucionales, debe descartarse una solución que implique, sin más, la elección unilateral de uno de los dos intereses constitucionales para regir el caso a través de la eliminación o inaplicación del orden.<sup>21</sup>

Lo anterior es así porque el juez constitucional no se encuentra facultado para inobservar normas constitucionales. Una norma constitucional no puede dejar sin efectos el contenido de otra, porque ambas tienen la misma jerarquía; y por otra parte, porque el principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene deben interpretarse de manera sistemática. Es por ello que cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es posible armonizar y balancear ambas disposiciones con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia en alguna medida.<sup>22</sup>

Por todas las razones señaladas, en la ponderación, adquiere especial relevancia el principio de proporcionalidad, que no implica necesariamente la prevalencia o triunfo, por llamarlo así, de un principio sobre otro, pues como ya se mencionó, ambos tienen la misma jerarquía; de lo que se trata es de armonizar ambos principios, esto es la búsqueda de una solución intermedia que, en puridad, no diera satisfacción plena a ninguna, sino que procurara la más liviana lesión de ambos.<sup>23</sup>

Por último, es necesario advertir, como lo hacen algunos tratadistas, en especial, Ignacio Villaverde Menéndez quien señala: *el reproche que cabe hacerle a la*

---

<sup>21</sup> Silva García, F.: *op. cit.*, p. 65.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>23</sup> Prieto Sanchis, L.: *Argumentación...cit.*, p. 80.



*técnica de la ponderación de bienes estriba en que resuelve los conflictos entre derechos no a partir de los límites que la Constitución impone a los Derechos Fundamentales, sino de los datos del caso concreto que son los que determinan cuál de los derechos, bienes o intereses en conflicto debe prevalecer. También señala este autor, en su ensayo. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad que: el conflicto no se resuelve examinando los límites de unos y otros, sino decidiendo en cada caso cuál de esos valores o intereses debe prevalecer, en fin jerarquizando los valores o intereses en presencia.*

En consecuencia, a su juicio, la ponderación conduce inevitablemente a la jerarquización entre los derechos fundamentales, por cuanto la resolución de sus conflictos no se solventará examinando sus recíprocos límites, sino postergando la aplicación de uno en beneficio de la aplicación del otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen. Por lo mismo, concluye: *que esta es una forma incorrecta de resolver esos conflictos, Primero, porque relativiza el valor normativo de los derechos fundamentales, y en segundo término, el de la Constitución misma; en segundo lugar, porque para resolver el conflicto debe jerarquizar los derechos, ya que uno de ellos debe ceder en su aplicación frente al de valor preferente; y en tercer lugar, porque plantea los conflictos como una colisión entre los valores e intereses jurídicos en aquellos derechos, fundamentales y no fundamentales, bienes e intereses constitucionales e infraconstitucionales, cuando en realidad ni siquiera hay colisión por cuanto se trata de fijar los límites del derecho fundamental en cuestión. Por lo que para este autor resulta incorrecto la solución de estos conflictos en base a una jerarquización de valores, y se pregunta, ¿puede llegar a justificarse el uso de la tortura*

*y el trato inhumano y degradante si con ello se pueden salvar cientos de vidas inocentes?*, respondiendo tal cuestionamiento en el sentido de que, para la ponderación este conflicto no se puede resolver en abstracto sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto, de forma que en este caso concreto debe prevalecer el derecho de los ciudadanos inocentes frente a los del detenido, ya que solo así se podría salvar la vida de los primeros.<sup>24</sup> En este mismo orden de ideas, tendría que coincidir parcialmente con el tratadista Villaverde Menéndez, fundamentalmente en cuanto a que la técnica de la ponderación debe hacerse a partir de los límites que la Constitución impone a los Derechos Fundamentales, pues no solamente resulta incorrecto, por lo cual añadiría hasta peligroso, una jerarquización entre los derechos fundamentales, en cuanto a aspectos de delimitación axiológica subjetiva del intérprete, al considerar, por ejemplo, que unos tienen una importancia superlativa en función de la cantidad de personas que se benefician o podrían beneficiarse de ese derecho, pero en detrimento de otros, que no tienen tales valores; pues ese tipo de ponderación llevaría a la afirmación a todas luces inaceptable de que, por ejemplo, la tortura o el trato degradante están justificados si con ellos se salvan miles de vidas humanas, como lo menciona el autor en cuestión o como en el caso que nos ocupa, la protección del medio ambiente resulta ser un principio universalmente reconocido y por lo mismo justificativo de que a una persona no se le reconozca su derecho fundamental de ser juzgado por delitos establecidos en una ley de carácter formal y material, en menoscabo del principio de legalidad en su vertiente de reserva de ley, constitucional y convencionalmente reconocidos.

---

<sup>24</sup> Villaverde Menéndez, I.: *Argumentación...*cit., pp. 104 y 105.

Por otra parte tendría que disentir con el antes mencionado tratadista, en cuanto a que la ponderación necesariamente trae la ingrata consecuencia a la que se refiere con el ejemplo de la justificación de la tortura para salvar vidas humanas, primero, porque lo mencionado por el tratadista Villaverde Menéndez es cuando la ponderación a que se refiere, (que en realidad no es ponderación) se hace respecto de principios en colisión como si estos fueran reglas, lo que a todas luces es incorrecto e inaceptable, pues no hay que olvidar que los principios no pueden valorarse como reglas, y son enunciados tan amplios e incompletos, que requieren ser interpretados, desentrañados y complementados, en una suerte de concretización de los mismos, como lo refiere Orduña Sosa<sup>25</sup> y, en segundo lugar, porque como también ya se dijo, la ponderación se aplica cuando existe una pugna entre normas que constituyen principios no reglas, sin que deba soslayarse, que tales principios al ser de igual jerarquía, la ponderación de los mismos no trae como consecuencia que uno deje sin efecto el otro, pues como lo dice acertadamente Prieto Sanchí, esto implicaría afectar la unidad constitucional, y lo conveniente en estos casos, es armonizar ambos principios, lograr un equilibrio entre los mismos.<sup>26</sup>

#### **IV. Conclusiones**

En el caso que nos ocupa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas tesis aisladas; pero sobre todo en la tesis jurisprudencial 23/2012, determinó, en lo que interesa, que el bien jurídico tutelado es la eficacia de la declaración de veda ordenada por la

---

<sup>25</sup> Orduña Sosa, H.: *op. cit.*, p. 73.

<sup>26</sup> Prieto Sanchí, L.: *Argumentación...cit.*, p 78.

autoridad administrativa, la cual es el producto final del procedimiento de elaboración de las normas oficiales mexicanas, la cual requiere la protección reforzada del Derecho Penal; y de lo anterior se concluye que el objeto del delito se actualiza cuando no se acata la resolución administrativa que declara la veda; de ahí que el bien jurídico tutelado indirectamente es todo aquello que sea declarado en veda por la autoridad administrativa, lo cual tiene como propósito directo la conservación de las especies, lo cual reviste un interés de carácter superlativo ya que la protección jurídica del medio ambiente es una necesidad universalmente reconocida y porque en nuestro país dicha protección tiene rango constitucional en los artículos 4 y 25.

Como se advierte del contenido de dicha tesis de jurisprudencia, nuestro más Alto Tribunal justificó en función de una jerarquización de valores, la afectación de otro principio de igual jerarquía constitucional, lo cual es incorrecto y por lo mismo inaceptable en la ponderación de un conflicto de principios constitucionales, pues en el caso que nos ocupa, se advierte, que por el interés superlativo que a juicio de la Sala tiene la protección del medio ambiente y el número de personas que en abstracto se benefician o podrían beneficiarse de tal derecho fundamental reconocido universalmente, se justifique la afectación de otro derecho humano concreto, como lo es el de legalidad a favor de las personas que tienen derecho a ser juzgadas por conductas delictivas previstas en todos sus elementos en una ley de naturaleza formal y material, el ejemplo de la tortura es *ad hoc* al respecto.

Por otra parte, estamos de acuerdo en que el derecho fundamental de protección del medio ambiente es, como bien lo señaló la Sala en la jurisprudencia en cuestión, un derecho de interés superlativo y universalmente

reconocido; pero sin que tal consideración justifique el menoscabo del principio de legalidad que prácticamente es el pilar en el que se sostiene el estado democrático de derecho. Es pertinente expresar, por su importancia, lo señalado por los tratadistas Juan N. Silva Meza y Fernando Silva García, en su libro *Derechos Fundamentales*, quienes respecto del aludido principio de legalidad, señalan que la SCJN ha resuelto que la garantía de legalidad exige a la autoridad jurisdiccional 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, y 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 esa premisa, por ejemplo, la Corte ha resuelto que la norma que establece como una de las sanciones previstas para el delito de falsedad en declaraciones ante autoridad distinta de la judicial, *que se impondrá de dos a seis años*, sin especificar la naturaleza de la pena a que se refiere dicho lapso, resulta violatoria de la garantía de seguridad jurídica, al no precisar la naturaleza de una de las dos penas que corresponde a la conducta sancionada.<sup>27</sup>

También resulta importante reconocer que el conflicto de principios constitucionales no tiene una solución en función de consideraciones de naturaleza cuantitativa, sino que deben provenir de la construcción de argumentos sólidos, convincentes, poderosos, centrados en los aspectos cualitativos, de lo que se concluye que un principio no debe necesariamente prevalecer sobre otro, pues como ya se dijo, ambos son de igual jerarquía

---

<sup>27</sup> Silva Meza, J.N. y Silva García, F.: *op. cit.*, p. 437.

(Fernando Silva); y en todo caso, de lo que se trata es que el intérprete debe en todo momento considerar la necesidad de realizar un proceso de armonización (Prieto Sanchís), a fin de evitar que el reconocimiento de un principio –como el de importancia superlativa– implique un grado de afectación desproporcionado en el disfrute de otro derecho fundamental, como ocurrió a nuestro juicio en el caso que nos ocupa.

A nuestro parecer, el principio que debió prevalecer en su justa dimensión jurídica, ética y moral es el de legalidad, considerado como el principal límite que impone el estado de derecho a la imposición de penas; pues no hay que olvidar que en el esquema de división de poderes, la reserva de ley establece la potestad de definir delitos y penas en el Poder Legislativo, pues de lo que se trata es de impedir que el Ejecutivo intervenga en la creación de conductas delictivas mediante la remisión de tipos a disposiciones de menor jerarquía, como en este caso, a reglamentos administrativos.

Resulta ser de particular importancia que los principios fundamentales en aparente colisión en realidad no lo están, pues inclusive, el principio de protección al medio ambiente como de interés superlativo y de reconocimiento universal, y el de legalidad, por ser ambos de rango constitucional se complementan y el reconocimiento de uno no debe implicar el desconocimiento del otro; lo que realmente ocurre en algunos casos como este es un problema de interpretación de tales principios, pues la misma frecuentemente se realiza, con base en la jerarquización cuantitativa de razones, valores, principios en detrimento o soslayo de otros.

En la especie se advierte por cierto, que se soslayó un principio de fundamental importancia para la existencia inclusive de un estado democrático de derecho,

que lo es precisamente la interpretación *pro homine*, que según criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta ser un criterio de fundamental importancia en la selección de la norma de derecho fundamental aplicable, pues de conformidad con el artículo 1° constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2011, *en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias:*

- a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*
- b) Todos aquellos derechos humanos establecidos en Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente las normas provenientes de ambas fuentes son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano.*

Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los Tratados Internacionales, la elección de la norma que será aplicable en materia de derechos humanos, *atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha señalado como principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto del segundo párrafo del artículo 1° constitucional.*<sup>28</sup>

En consecuencia y con base en la tesis antes transcrita, si el principio de legalidad se encuentra previsto en el artículo 14 constitucional y también en el numeral 9 del *Pacto de San José*, en el criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable en este asunto

---

<sup>28</sup> Materia Constitucional, Tesis 1a. /J. 107/2012 (10a.), Pág. 799, [J]: 10ª. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 799. PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

y, por lo mismo, prevaleciente, debió atender a lo que más favorece al individuo que constituye precisamente el aludido principio *pro persona*, lo cual no se hizo, y sí, por el contrario, en la tesis de jurisprudencia 23/2012, se consideró el principio de protección al medio ambiente como de importancia superlativa y de reconocimiento universal, hasta el punto de vulnerar el principio de legalidad y de reserva de ley con el artículo 420 del Código Penal Federal que establece una norma penal en blanco.

No hay que olvidar que el Estado mexicano, al firmar un tratado internacional como parte, se obliga a cumplirlo *pacta sunt servanda*, sin que le sea dable oponer su derecho interno para justificar el incumplimiento de las convenciones internacionales de las cuales sea parte; en consecuencia, lo que se busca es cumplir una de las finalidades o principios del sistema de convencionalidad que lo es precisamente el de subsidiariedad, que implica que solo se puede recurrir a la jurisdicción de los tribunales internacionales; siempre que el derecho interno no satisfaga el sistema interamericano de derechos humanos en favor del justiciable.

Asimismo, porque entre otras de las finalidades en el sistema de convencionalidad es que tenga un efecto útil, esto es, que el Estado que sea parte de un tratado internacional lo cumpla para no frustrar el sentido del mismo, pues el Estado parte se encuentra obligado a ejercer el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad a través de sus autoridades que tengan una función jurisdiccional.

Por ello, aunque rebasa el alcance original de este trabajo, los intérpretes de la ley, al analizar y valorar el artículo 420 en todas sus fracciones, debieron someterlo al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, pues, como ya se dijo hasta el cansancio, tal disposición



constituye un tipo penal en blanco que remite a una disposición reglamentaria de naturaleza administrativa, que es la que complementa la conducta delictiva típica, en consecuencia, vulnera derechos fundamentales constitucional y convencionalmente reconocidos.

En la situación actual, a estas alturas no existe en el derecho doméstico, acción constitucional por parte de los justiciables en contra de la tesis de jurisprudencia 23/2012 que establece que el derecho fundamental al medio ambiente es del interés jurídico superlativo y universalmente reconocido y que, por lo mismo, el artículo 420 del Código Penal Federal no viola el principio de reserva de ley, al considerar como bien jurídico tutelado la eficacia de la declaración en veda de una autoridad administrativa; en consecuencia, se tendría que recurrir al Derecho Internacional.

## **V. A manera de epílogo**

Pues bien, por todo lo antes señalado, solo me queda decir que el mundo está cambiando aceleradamente, prácticamente en todos los ámbitos del conocimiento, obviamente, también se producen cambios en el Derecho. Por eso, en efecto, es verdad que ningún sistema jurídico es autosuficiente<sup>29</sup>; en consecuencia, los problemas derivados de esta insuficiencia, tienen que ser resueltos por jueces con base en argumentos sólidos, precisos, poderosos, sobre todo, en la solución de casos complicados, que implican la colisión de principios constitucionales, como el que se analizó en este trabajo.

---

<sup>29</sup> Santiago Nino, C.: *op. cit.*

## **Bibliografía**

- Autos de libertad por falta de elementos para procesar dictados en las causas penales 40/2010 y 35/ 2012, de 20 de abril 2010 y 17 de marzo de 2012, respectivamente, por el Juez Segundo de Distrito en el Estado de Tabasco.
- Materia Constitucional, Tesis 1a. /J. 107/2012 (10a.), Pág. 799, [J]; 10ª. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 799. PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.
- Orduña Sosa, Héctor: *Interpretación Constitucional. Una aproximación a las tendencias actuales*. Porrúa, México, 2010, 274 pp.
- Prieto Sanchís, Luis: *El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*. Porrúa, México, 2012.
- \_\_\_\_\_: *Argumentación Jurídica. El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*. Porrúa, México 2012.
- Santiago Nino, Carlos: *Los Límites de La Responsabilidad Penal, Una Teoría Liberal del Delito*. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- Silva García, Fernando: *Deber de Ponderación y Principio de Proporcionalidad en la Práctica Judicial*. Porrúa, México,
- Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando: *Derechos Fundamentales*. Porrúa, México, 2009.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Compilación de Instrumentos Internacionales: sobre protección de la persona aplicables en México; Tomo I; Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

- Tesis Aisladas XXVII, XXVIII, XXIX y XXX/2012 9ª. DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL. EL ARTÍCULO 420, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. NO VIOLA EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY.
- Tesis de Jurisprudencia 10/2008, página 411, Tomo XXVII, febrero de 2008, Materia Penal, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.
- Tesis Jurisprudencial 23/2012 9ª. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 420, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.
- Villaverde Menéndez, Ignacio: *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. Porrúa, segunda edición, México, 2012.
- Zaffaroni, Raúl: *Derecho Penal*. Porrúa, México, 2005.

### ***Legislación federal***

- Código Penal Federal, Editorial Sista.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### **Página de internet**

- <http://www.ecrim.es/publications/2011.penalesblanco.pdf>

---

## **La presunción legal contenida en el párrafo tercero del artículo 195, del Código Penal Federal**

*Raúl Gutiérrez Cárdenas\**

RESUMEN: El tercer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal establece una presunción *iuris tantum* acerca de la existencia de un elemento del delito Contra la Salud, en su modalidad de posesión de narcóticos con una finalidad específica: la intención de cometer alguna de las conductas previstas en el numeral 194 del mismo código, cuando se posee un narcótico en cantidad igual o mayor a las establecidas en la tabla contenida en el artículo 479 de la Ley General de Salud, multiplicadas por mil. En este trabajo, se argumentará que esta presunción es contraria al derecho a una adecuada defensa, al derecho a la presunción de inocencia y que, por sí sola, no es suficiente para motivar una sentencia de condena.

SUMARIO: I. Introducción. II. El sistema probatorio en el proceso penal federal mexicano. III. El derecho a una defensa adecuada. IV. El derecho fundamental a la presunción de inocencia. V. ¿Cómo resolver el conflicto? VI. Bibliografía.

---

\* Defensor Público Federal.

## **I. Introducción**

El día 20 de agosto de 2009, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal (en adelante CPF) y del Código Federal de Procedimientos Penales. Entre ellas, se reformó el artículo 195, del CPF, quedando de la siguiente manera:

*Artículo 195. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, ambos de este código.*

*La posesión de narcóticos podrá ser investigada, perseguida y, en su caso sancionada por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.*

*Cuando el inculpado posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud, en cantidad igual o superior a la que resulte de multiplicar por mil las ahí referidas, se presume que la posesión tiene como objeto cometer alguna de las conductas previstas en el artículo 194 de este código.*

El artículo 479 de la Ley General de Salud contiene una tabla con narcóticos y señala la cantidad de dosis máxima de consumo personal e inmediato para cada uno<sup>1</sup>.

El delito tipificado en el artículo 195 del CPF, es el de posesión de narcóticos, siempre y cuando sea con la

---

<sup>1</sup> Anexo 1.

finalidad específica de realizar con ellos alguna de las conductas establecidas en el numeral 194 del mismo ordenamiento.

Es fácil advertir de la simple lectura del tercer párrafo del citado artículo 195 del CPF, que el legislador estableció una presunción legal con el fin de acreditar uno de los elementos del delito mediante la cantidad del narcótico poseído, señaló: la posesión que se haga de un narcótico en cantidad igual o mayor a las establecidas en la tabla citada, tiene como objeto cometer alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del mismo código. Este establece:

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

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

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

*Por suministro se entiende la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos.*

*El comercio y suministro de narcóticos podrán ser investigados, perseguidos y, en su caso sancionados por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.*

*II.- Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.*

*Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo.*

*III.- Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo; y  
IV.- Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las instancias comprendidas en el artículo anterior.*

*Las mismas penas previstas en este artículo y, además, privación del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por cinco años, se impondrán al servidor público que, en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo, permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas señaladas en este artículo.*

De acuerdo a la redacción del párrafo tercero del artículo 195, del CPF, el legislador tuvo la intención de que, en caso de posesión de narcóticos excediendo una cantidad establecida, la autoridad jurisdiccional presumiera la existencia del elemento subjetivo del delito, que esa posesión tiene una ulterior finalidad específica, siendo alguna de las señaladas en el artículo 194 del mismo código. A fin de ejemplificar, podemos decir que si a una persona se le encuentra en posesión de la cantidad de 5,100 gramos de marihuana –cantidad superior a la resultante de multiplicar por mil la de 5 gramos establecida para ese narcótico en el artículo 479 de la Ley General de Salud–, se presumirá que esa posesión tiene como objeto alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del CPF.

Esta presunción nos presenta varios problemas que debemos analizar, sin obviar que la posesión ilegal de narcóticos, su uso, abuso y todas las conductas derivadas de ello, han dañado a nuestra sociedad, debemos estudiar las normas penales críticamente, ya que no debemos considerar que están destinadas únicamente a delincuentes, sino a la sociedad en general; existe siempre la posibilidad de que el autor de la norma sea también su destinatario, por ello es que se han establecido derechos fundamentales a aplicarse a todas las personas; de no ser respetados, pueden traer como consecuencia posibles nulidades de procesos y absoluciones que generarían el descontento de la ciudadanía, al ver frustrada la acción persecutoria del Estado o, en caso contrario, la posibilidad de que cualquier persona sea víctima de las violaciones a esos derechos por haberlos consentido y aun aplaudido, al no sentirse destinatario de la norma general.

## **II. El sistema probatorio en el proceso penal federal mexicano**

¿Quién debe probar? Los principios procesales señalan que quien afirma está obligado a probar, en ese sentido, la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público,<sup>2</sup> a él corresponde probar, en tanto que al procesado y la defensa contraargumentar, y al juez resolver imparcialmente, constituyendo de esta manera el triángulo procesal, la tesis, antítesis y síntesis.

En cuanto a la estructura lógica de la prueba, Luigi Ferrajoli<sup>3</sup> ha señalado que exige tres condiciones:

*1) la carga de la acusación de producir datos o hechos probatorios que tengan el valor de confirmaciones*

---

<sup>2</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 21 y 102, apartado A.

<sup>3</sup> Ferrajoli, L.: *Derecho...*cit., p. 144.



*necesariamente consecuentes respecto de la hipótesis acusatoria y de generalizaciones o máximas de experiencia, que los enlacen con ella; 2) el derecho de la defensa de invalidar tal hipótesis, contradiciéndola mediante contrapruebas compatibles solo con hipótesis alternativas que la acusación tiene a su vez la carga de invalidar; 3) la facultad del juez de aceptar como convincente la hipótesis acusatoria (no si, sino) solo si concuerda con todas las pruebas y resiste a todas las contrapruebas recogidas.*

¿Cómo se valora la prueba? El Código Federal de Procedimientos Penales establece un sistema mixto de valoración de la prueba, otorgando valor probatorio pleno únicamente a los documentos públicos,<sup>4</sup> a la inspección y al resultado de los cateos,<sup>5</sup> en tanto que a todos los demás medios de prueba les confiere valor solamente de indicios,<sup>6</sup> que deben ser plurales y relacionarse de manera lógica y natural a fin de considerarse suficientes para *probar* un hecho.<sup>7</sup>

¿Es la presunción legal un medio de prueba? ¿Qué valor merece? Considero que no es realmente un medio de prueba, es una norma que presume por cierto un hecho desconocido, en nada contribuye a *probar*, averiguar una verdad, por el contrario, es una afirmación indeterminada y no vinculada con la realidad que se juzga, que revierte la carga de la prueba, pues el que acusa no debe probar lo inferido, es ahora obligación del acusado contra-argumentar, pero no contra una prueba, un dato o una hipótesis de hechos, sino contra una norma general y abstracta.

---

<sup>4</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 280.

<sup>5</sup> *Ibidem*, artículo 284.

<sup>6</sup> *Ibidem*, artículo 285.

<sup>7</sup> *Ibidem*, artículo 286.

Encuentro apropiada la afirmación de César Bonesana, Marqués de Beccaria, que desde el siglo XVIII postulaba:

*Parecerá extraño al que no reflexione que la razón casi nunca haya sido legisladora de las naciones: que los delitos, o más atroces o más oscuros y quiméricos, esto es, aquellos de que hay probabilidad menor, sean probados por conjeturas y otros medios defectuosos y equívocos; como si las leyes y el juez tuviesen interés, no en averiguar la verdad, sino en probar el delito, como si el condenar un inocente no fuera un peligro tanto mayor cuanto la probabilidad de la inocencia supera la probabilidad del reato.*<sup>8</sup>

Coincide también Ferrajoli en el problema planteado, al señalar:

*Queda el hecho de que en el entrelazamiento de “saber” y “poder” en el que he identificado la actividad jurisdiccional siempre hay márgenes de discrecionalidad potestativa más o menos amplios, pero irreducibles más allá de ciertos límites. Estos márgenes, en la medida en que resultan artificialmente excluidos por normas jurídicas –a través de ficciones o presunciones–, en la práctica son rellenados por vía de autoridad mediante “verdades sustanciales”, remitidas a la decisión discrecional del juez. Y pueden extenderse hasta el punto (pero en tal caso no son en absoluto “irreducibles”) de excluir del todo el carácter cognoscitivo de la motivación judicial y, por ello, las condiciones de uso, en el proceso, de la palabra “verdad”.*<sup>9</sup>

Como ya señalamos, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su capítulo de valoración

<sup>8</sup> Bonesana, C.: *Tratado...cit.*, p. 139.

<sup>9</sup> Ferrajoli, L.: *op. cit.*, nota 2, p. 63.

de la prueba, no hace referencia a un valor tasado de la presunción legal; por lo que, de ser estimada, debe considerársele indicio, como todos los demás medios de prueba cuyo valor no se especifica. Así pues, a fin de probarse el hecho presumido, debe relacionarse con los otros medios de prueba que han sido admitidos y practicados en el caso concreto, de lo contrario sería insuficiente para motivar una sentencia de condena, en la que el juzgador está obligado a absolver ante la existencia de duda.

En relación a otras presunciones establecidas en la ley penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que se trata de presunciones *iuris tantum*, como lo hizo en las siguientes tesis:

*BRUTAL FEROCIDAD, PRESUNCIÓN DE PREMEDITACIÓN EN PRESENCIA DE. ES IURIS TANTUM. La calificativa de premeditación opera cuando se dan los presupuestos del último párrafo del artículo 315 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, que dice: "... Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometen por ... brutal ferocidad", entendida esta como la ausencia de motivación determinante de la conducta lesiva, que en el homicidio se traduce en la privación de la vida de una persona, sin motivo que lo explique, actuando por un impulso sanguinario demostrativo de un absoluto desprecio hacia la vida humana. Esta circunstancia, la ley le atribuye el carácter de presunción de premeditación; sin embargo, el último párrafo del artículo 315 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, al decir que se presumirá la premeditación cuando las lesiones u homicidio se cometan en alguna de las*

*formas que enumera, está consignando presunciones iuris tantum, o sea, que admiten prueba en contrario. A tal conclusión se llega si se considera que el artículo 986 del código de 1929, consignaba la frase: “Es premeditado: todo homicidio cometido ...”; en cambio, el artículo 315, párrafo tercero, del código vigente de 1931, la sustituyó por la de “Se presumirá que existe premeditación...”, cambió este significativo de la intención perseguida por el legislador de transformar una presunción iuris et de iuris por una iuris tantum, más acorde con la realidad social en que no siempre la objetividad de una conducta lesiva revela el elemento subjetivo de la premeditación, misma que representa en el sujeto activo una mayor temibilidad, correlativa con una mayor desprotección de los integrantes de la sociedad. Es más, en los casos de brutal ferocidad, la ausencia de motivación que lo caracteriza elimina en la mayoría de los casos la concurrencia de la premeditación. Un apoyo más de que se admite prueba en contrario, se encuentra en disposiciones de carácter procesal, que determinan que el valor probatorio pleno de la presunción depende de la consistencia que otros elementos probatorios le proporcionen; ello indica que en nuestra legislación penal no existen presunciones iuris et de iuris, que se distinguen por ser en sí mismas suficientemente aptas para acreditar el hecho que de ellas se deduce.<sup>10</sup>*

**PREMEDITACIÓN PRESUNCIÓN LEGAL SOBRE LA EXISTENCIA DE LA CALIFICATIVA DE. ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO.** En el párrafo tercero del

---

<sup>10</sup> Localización: Séptima Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 145-150 Segunda Parte, página 47; tesis aislada; materia penal, registro número 234637.

*artículo 315 del Código Penal del Distrito Federal, se han incorporado al sistema represivo del mismo, a través de concepto de premeditación circunstancias en que la ley presume dicha calificativa, al estimar que cuando el homicidio se causa por alguno de los medios enumerados en ese dispositivo, el sujeto autor ha debido emplear medios que por su naturaleza son reveladores de que premeditó su acción delictiva, reflexionando previamente sobre las circunstancias de ejecución; pero resulta evidente que dicha presunción admite prueba en contrario (“juris tantum”), porque el supuesto legal puede ceder lógicamente ante el conocimiento exacto de la ausencia de espíritu reflexivo y de la reiteración en el propósito que caracteriza a la circunstancia calificativa de referencia.<sup>11</sup>*

Considerando los criterios citados y el sistema de valoración de la prueba establecido en nuestra normatividad, estimo que las autoridades jurisdiccionales concluirían también en este caso que la presunción señalada en el tercer párrafo del artículo 195 del CPF es de las que pueden desvirtuarse mediante prueba en contrario.

### **III. El derecho a una defensa adecuada**

El artículo 194 del CPF contiene cuatro fracciones, cada una de ellas establece diversas conductas que, de acuerdo al numeral 195 en su tercer párrafo, al darse el supuesto de posesión establecido, debe presumirse que la persona pretendía realizar una de ellas, sin que el legislador previera cuál; por tanto, surge la cuestión: ¿qué es lo que debe presumir el juzgador?

---

<sup>11</sup> Localización: Tesis Aislada; Materia: Penal; Séptima Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 163-168 Segunda Parte, página: 82; Registro número 234463.

En la jurisprudencia 164/2005 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de fecha dieciséis de noviembre de dos mil cinco, se resolvió que es obligación tanto del Ministerio Público como del juez precisar cuál de las conductas descritas en el numeral 194 es la que pretendía realizar el sujeto activo con el narcótico asegurado, en acatamiento a la garantía contenida en la fracción III del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que si dicha finalidad constituye un elemento subjetivo del tipo penal, debe informarse al inculpado el delito que se le atribuye; por ello extraña que el legislador ordinario, conociendo la existencia de esta tesis de jurisprudencia, por ser anterior a la reforma que se comenta, decidiera establecer que se presumirá *alguna* de las conductas.

*DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN, PREVISTO EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. PARA QUE SE ACTUALICE, TANTO EL MINISTERIO PÚBLICO COMO EL JUZGADOR, DEBEN PRECISAR CUÁL DE LAS CONDUCTAS DESCRITAS EN EL DIVERSO NUMERAL 194 DE DICHO CÓDIGO PRETENDÍA REALIZAR EL SUJETO ACTIVO CON EL NARCÓTICO ASEGURADO. Tanto el agente del Ministerio Público como el juzgador están constreñidos a precisar cuál conducta de las descritas en el artículo 194 del Código Penal Federal pretendía realizar el sujeto activo del delito, tratándose del reprochable previsto en el primer párrafo del artículo 195 de dicho Código –delito contra la salud en su modalidad de posesión de estupefacientes–, en acatamiento a la garantía contenida en la fracción III del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados*

*Unidos Mexicanos; toda vez que si dicha finalidad constituye un elemento subjetivo del tipo penal, debe informarse al inculpado el delito que se le atribuye; de ahí que deba especificarse cuál conducta de las descritas en el diverso artículo 194 pretendía realizar el activo, ya que sin dicho elemento no se actualiza el tipo penal referido, sino uno diverso. En efecto, el pronunciamiento del agente del Ministerio Público al formular su acusación y del Juez del proceso al dictar sentencia en relación con el elemento subjetivo mencionado es de gran trascendencia, porque ello provocará que en aquellos casos en que no encuentren elementos probatorios suficientes para determinar tal circunstancia, y cuando la cantidad del narcótico asegurado así lo permita, puedan imponerse las penas atenuadas previstas en el artículo 195 bis del citado Código y conceder los beneficios sustitutivos procedentes.*<sup>12</sup>

En el capítulo anterior concluimos que la presunción de que tratamos es de las que pueden ser desvirtuadas mediante prueba en contrario, sin embargo, cuando al inculpado se le dice que se le acusa de pretender realizar *alguna* conducta con un narcótico poseído, a fin de poder defenderse y desvirtuar esa presunción, se le impone la obligación de probar que no pretendía realizar todas y cada una de las hipótesis establecidas en el artículo 194 del CPF.

Tomando como ejemplo el contenido de la tesis antes citada de rubro *PREMEDITACIÓN PRESUNCIÓN LEGAL SOBRE LA EXISTENCIA DE LA CALIFICATIVA*

---

<sup>12</sup> Localización: Jurisprudencia; Novena Época; Primera Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXIII, Junio de 2006; Pág. 11; número de registro: 174914.

*DE. ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO*<sup>13</sup> –sin considerar que sea o no correcta la presunción–, en el caso ahí estudiado, lo presumido es en un hecho específico: que el sujeto activo premeditó su acción delictiva; sin embargo, admite que ese supuesto puede ceder lógicamente ante el conocimiento exacto de la acción.

En la hipótesis que tratamos, para el acusado no existe certeza respecto a cuál de las conductas es la que se presumiría que pretendía realizar, por tanto no sabremos cómo desvirtuarlo, cómo defender al inculpado de una acusación indeterminada o cómo hacerlo respecto a todas y cada una de las presuntas, que en su caso resultaría muy gravoso.

Algunas de las conductas tipificadas en el artículo 194 no pueden llegar a realizarse a través de una posesión de narcóticos, ni la posesión puede tener como finalidad cometer algunas de las conductas ahí establecidas. Por ejemplo *producir*, dado que el narcótico que se posee ya existe; *traficar*, ya que el tráfico requiere de varias conductas de traslación de dominio;<sup>14</sup> además de las señaladas en la fracción III, que se refiere a aportar recursos económicos o de cualquier especie, o colaborar de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos contra la salud de ese capítulo. Respecto a la posesión de semillas de marihuana, incluida también en la tabla contenida en

<sup>13</sup> Tesis aislada...*op. cit.*, nota 10.

<sup>14</sup> *DELITO CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE TRÁFICO. PARA QUE SE ACTUALICE DEBEN ACREDITARSE, POR LO MENOS, DOS ACTOS DE ENAJENACIÓN O TRASLACIÓN (POR CUALQUIER OPERACIÓN) DEL DOMINIO Y DE LA DISPONIBILIDAD DE LOS NARCÓTICOS*. Localización: Tesis aislada; Décima Época; T.C.C.; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3; página 1629; registro: 160912.



el artículo 479 de Ley General de Salud, que señala que el narcótico puede encontrarse en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones, tiene como finalidad idónea y lógica la siembra,<sup>15</sup> tipificada en el artículo 198 del CPF, por lo que no debería presumirse que con ella se realizará alguna de las conductas establecidas en el numeral 194.

Además de violar el derecho del inculpado a ser informado del delito que se le atribuye,<sup>16</sup> considero que esta presunción atenta gravemente contra el derecho a una adecuada defensa, garantizado en el artículo 20, apartado A, fracción IX,<sup>17</sup> de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues al no saber de qué se le acusa, si de poseer narcóticos con la intención de producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar aún gratuitamente, prescribir, introducir, extraer, aportar recursos para financiar o realizar actos de publicidad o propaganda para que se consuman, aun cuando tiene la posibilidad de desvirtuar la presunción legal mediante prueba en contrario, no sería posible para el justiciable defenderse y demostrar que no pretendía realizar alguna conducta indeterminada.

---

<sup>15</sup> *DELITO CONTRA LA SALUD. LA POSESIÓN DE SEMILLAS DE AMAPOLA, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO, SOLO PUEDE TENER COMO FINALIDAD IDÓNEA LA DIVERSA CONDUCTA DE SIEMBRA, QUE NO ES DE LAS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.* Localización: Tesis Aislada; Novena Época; T.C.C.; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XI, Marzo de 2000; Pág. 984, número de registro: 192287.

<sup>16</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20, apartado A, fracción III. Texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, vigente conforme al artículo segundo transitorio.

<sup>17</sup> *Ibidem*, artículo 20, apartado A, fracción IX.

#### **IV. El derecho fundamental a la presunción de inocencia**

El principio de presunción de inocencia ha sido reconocido como derecho fundamental del inculcado por los tratados internacionales, nuestra Constitución, la jurisprudencia y la doctrina.

Ha sido pluralmente establecido en los tratados internacionales, entre los que podemos citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>18</sup> la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,<sup>19</sup> la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>20</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>21</sup>

A partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, la presunción de inocencia fue incorporada expresamente en el texto constitucional, en su artículo 20, apartado B, fracción I.<sup>22</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido y delimitado este derecho en diversas tesis, entre las que podemos citar las de rubro:

*PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

<sup>19</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Artículo 9. Todo hombre será considerado inocente hasta que haya sido declarado culpable.

<sup>20</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 11.1. Toda persona acusada de un 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>21</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14.2. Toda persona acusada de un delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

<sup>22</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20, apartado B, fracción I.

<sup>23</sup> Tesis de jurisprudencia P. XXXV/2002, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, agosto 2002, página 14; número de registro 186185.

*PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.*<sup>24</sup>

*PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTÁ CONSIGNADO EXPRESAMENTE 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.*<sup>25</sup>

Luigi Ferrajoli ha dicho que si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.<sup>26</sup>

Así, la presunción de inocencia impone la carga de la prueba a quien acusa. Es una presunción *iuris tantum*, es decir, no es absoluta, puesto que las pruebas de cargo pueden desvirtuarla. Sin embargo, solo puede quedar desvirtuada definitivamente cuando se dicta una sentencia que tenga ese carácter.<sup>27</sup>

Del principio de presunción de inocencia se infiere:

*a) Que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas.*

*b) Que las pruebas tenidas en cuenta para fundar*

---

<sup>24</sup> Tesis aislada XXXV/2007; Novena Época; Segunda Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 1186; número de registro 172433.

<sup>25</sup> Tesis aislada I/2012; Décima Época; Primera Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3; Pág. 2917; número de registro 2000124.

<sup>26</sup> Ferrajoli, L.: *op. cit.*, nota 2, p. 549.

<sup>27</sup> Amparo en Revisión 89/2007, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Genaro David Góngora Pimentel, 21 de marzo de 2007, versión pública.

*la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas.*

*c) Que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia o de su participación en los hechos.<sup>28</sup>*

No queda ninguna duda respecto a la existencia y obligatoriedad del derecho fundamental a la presunción de inocencia, sin embargo, contrastado con la presunción que se estudia, la establecida en el tercer párrafo del artículo 195 del CPF, parecieran converger, en especial en estos últimos tres puntos.

Conforme al primero de ellos, la condena debe ir precedida de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas suficientes. En el caso al que me refiero, la norma determina que de la posesión de una cantidad específica de narcótico, se considere existente uno de los elementos del delito: la intención de realizar una conducta diversa, agravando la pena en razón de esa presunción, sin existir realmente una prueba como tal.

Como ya se estudió con anterioridad, una presunción legal no puede ser considerada bajo el concepto de medio de prueba, al menos no en materia penal, pues no abona a conocer la verdad de los hechos presumidos y, en esta materia, es necesario tener un fuerte grado de corroboración de los hechos que funden la sentencia de condena.

En cuanto al tercer punto, la norma penal que se analiza tiene como efecto revertir la carga de la actividad probatoria hacia el acusado ya que un elemento del delito –la intención de realizar una conducta determinada respecto a los narcóticos poseídos– se presumiría salvo prueba en contrario.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 14.

## **V. ¿Cómo resolver el conflicto?**

Hasta ahora se ha sostenido que la regla contenida en el tercer párrafo del artículo 195 del CPF, que hace presumir un elemento subjetivo del delito, no es suficiente para motivar una sentencia de condena, que es contraria al derecho del inculpado a ser informado del delito de que se le acusa, a tener una defensa adecuada y a que se presuma su inocencia.

Se ha dejado claro que los derechos con que pugna la presunción son verdaderos derechos fundamentales reconocidos y garantizados por nuestra Constitución, los tratados internacionales y la jurisprudencia.

A partir de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, se introdujo la obligación del Estado Mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en que el Estado sea parte, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, sin que esté permitido restringirse ni suspenderse su ejercicio, fuera de los casos de excepción establecidos en la propia Constitución.

La interpretación de los derechos humanos debe llevarse a cabo de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, atendiendo a cuál de ellos brinde una protección más amplia y, al interpretar, debe tomarse en cuenta, principalmente, el principio de progresividad.

A fin de salvaguardar la unidad del orden jurídico nacional a partir del respeto y observancia de las disposiciones de la Carta Magna, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que existen dos maneras de proceder ante el estudio de la constitucionalidad de una norma: una es declarando su inconstitucionalidad

y la otra realizando una interpretación conforme con la Constitución, que tendrá lugar cuando una norma legal admita distintas interpretaciones, adoptando o acogiendo la interpretación que hace a la norma impugnada compatible con la Constitución.<sup>29</sup>

Sin embargo, en cuanto a la materia penal, la Corte excluyó la aplicación de la interpretación conforme o integradora, en la tesis jurisprudencial:

*NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA. Si bien es cierto que al realizar el análisis de constitucionalidad de disposiciones generales es factible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación acuda a la interpretación conforme, e incluso emita resoluciones integradoras a efecto de corregir las omisiones que generan la inconstitucionalidad, también lo es que el empleo de dichas prácticas interpretativas es inadmisibles en materia penal, en atención a las particularidades del principio de legalidad en esta rama jurídica, como son: a) Reserva de ley, por virtud del cual los delitos solo pueden establecerse en una ley formal y material; b) La prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona (verbigracia, leyes que crean delitos o aumenten penas); y, c) El principio de tipicidad o taxatividad, según el cual las conductas punibles deben estar previstas en ley de forma clara, limitada e inequívoca, sin reenvío a parámetros extralegales, y que implica la imposibilidad de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, y la prohibición de tipos penales ambiguos. Además, la determinación que haga el legislador al emitir la norma*

<sup>29</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2009 y su acumulada 3/2009. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ministro Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Considerando décimo primero. 26 de marzo de 2009.

*constituye la esencia del respeto al principio de legalidad en materia de imposición de penas, pues acorde con los aspectos que abarca dicho principio aquel está obligado a estructurar de manera clara los elementos del tipo penal, delimitando su alcance de acuerdo a los bienes tutelados, imponiendo la determinación del sujeto responsable y de sus condiciones particulares y especiales, así como a establecer con toda claridad las penas que deben aplicarse en cada caso.*<sup>30</sup>

Por tanto, toda vez que la norma penal no es susceptible de la interpretación conforme o integradora, a fin de preservar la fuerza normativa de la Constitución, la consolidación de los valores constitucionales, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que no pueden ser restringidos y deben ser interpretados progresivamente, se hace necesario excluir del orden legal el párrafo tercero del artículo 195 del CPF.

A mi parecer, el legislador cometió un grave error al presumir un elemento subjetivo del delito partiendo de un elemento objetivo, como lo es una cantidad determinada de narcótico. Si la finalidad perseguida en el tipo penal era castigar con una mayor penalidad a quienes poseyeran narcóticos en grandes cantidades, simplemente debió establecer un tipo penal completamente objetivo, castigando la posesión de narcóticos en tales cantidades, sin necesidad de vincularlo con alguna finalidad específica. El legislador debió reservar sus inferencias para informar en su exposición de motivos las razones que lo llevaran a establecer ese tipo objetivo, y no, por el contrario, subjetivar una conducta objetiva. De esta manera existiría un tipo penal objetivo

---

<sup>30</sup> Jurisprudencia 33/2009; Novena Época; Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXIX, Abril de 2009; Pág. 1124; registro número 167445.

que no presentaría mayores dificultades para el Ministerio Público al probar a la autoridad jurisdiccional que una persona ha cometido el ilícito, que no violaría el derecho del inculpado a conocer el delito que se le imputa, a defenderse adecuadamente y a que sea presumida su inocencia hasta que se pruebe lo contrario.

La solución planteada, excluir del orden legal el dispositivo estudiado, no atenta contra el fin perseguido por las normas penales que castigan la posesión de narcóticos, pues tal como se establece en el primer párrafo del numeral 195 citado, aún será posible castigar a quien posea alguna droga y se pruebe –sin presumirlo– que tenía la finalidad de realizar alguna de las conductas establecidas en el artículo 194 del CPF. En caso contrario, de no existir prueba que demuestre esa intención, también será posible castigar la posesión de narcóticos conforme al tipo señalado en el dispositivo 195 bis del mismo ordenamiento.<sup>31</sup> Por ello, eliminar el precepto estudiado no crearía ningún vacío legal ni afectaría la preservación del orden social, por el contrario, fortalecería el régimen garantista de nuestra Constitución.

El Estado ya no es o no debe ser exclusivamente un Estado de derecho. Hoy es, ante todo, un Estado constitucional. La Constitución no solo es la norma superior sino que contiene un material jurídico sustantivo que obliga a todos. La Constitución limita la ley y, por tanto, a las mayorías legislativas y sociales.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Código Penal Federal. Artículo 195 bis.- Cuando por las circunstancias del hecho la posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización a que se refiere la Ley General de Salud, no pueda considerarse destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194, se aplicará pena de cuatro a siete años seis meses de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

<sup>32</sup> Cárdenas Gracia, J.: *La argumentación...*cit., p. 119.



## **VI. Bibliografía**

- Bonesana, César. Marqués de Beccaria: *Tratado de los delitos y de las penas*. Heliasta, Brasil, 1993, pp. 284.
- Cárdenas Gracia, Jaime: *La argumentación como derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, pp. 238.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta, España, 1995, pp. 991.

## **Legislación**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.

## Anexo 1

Artículo 479 de la Ley General de Salud:

*Para los efectos de este capítulo se entiende que el narcótico está destinado para su estricto e inmediato consumo personal, cuando la cantidad del mismo, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones no exceda de las previstas en el listado siguiente:*

Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	2 g	
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg	
Cannabis Sativa, Indica o Mariguana	5 g	
Cocaína	500 mg	
Lisergida (LSD)	0.015 mg	
MDA, Metilendioxi-anfetamina	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg	Una unidad con peso no mayor a 200 mg
MDMA, dl-34-metilendioxi-n-dimetilfeniletilamina	40 mg	Una unidad con peso no mayor a 200 mg
Metanfetamina	40 mg	Una unidad con peso no mayor a 200 mg

---

## **Principio de reserva de ley y subordinación jurídica**

*Omar Julián Román Peña\**

SUMARIO: I. Introducción. II. Jerarquía normativa. III. La Constitución. IV. La ley. V. El reglamento. VI. Principios de reserva de ley y subordinación jurídica. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

### **I. Introducción**

En el presente trabajo de investigación, analizaremos el sistema jurídico que rige en México, el cual está compuesto por normas jurídicas que se encuentran en diferente nivel jerárquico, toda vez que ello es lo que provoca que todo el sistema funcione.

Analizaremos los órganos competentes para crear las normas en sus diversos niveles, cómo se estructuran las competencias y cómo se regula la producción de las normas jurídicas.

Se hará un breve estudio de las diversas normas jurídicas, como lo es la Constitución, las leyes y los reglamentos, así como las características de cada una de estas normas.

Mas adelante nos referiremos a los diversos principios que rigen el sistema jurídico, entre los que destacan: el principio de legalidad, el principio de reserva de ley y el principio de subordinación jerárquica.

Estableceremos diversos conceptos sobre dichos principios constitucionales, se explicará a detalle la

---

\* Asesor Jurídico Federal.

diferencia entre cada uno de ellos y las consecuencias en caso de inobservancia.

También examinaremos lo referente a la facultad reglamentaria del Ejecutivo y la competencia para reglamentar algunas materias y la prohibición para reglamentar otras.

Comentaremos sobre los aspectos mas importantes en cuanto al principio de reserva de la ley y de subordinación jerárquica.

## **II. Jerarquía normativa**

Según Hans Kelsen, la jerarquía da unidad y validez al orden jurídico, es también un elemento de cohesión, así lo apunta en los siguientes términos: *El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción.*<sup>1</sup>

En el orden jurídico basado en el principio de jerarquía, la norma fundamental y fundante se encuentra en el más alto peldaño, y de ella derivan las demás, de modo que no admite ninguna otra norma superior, y en línea descendiente los actos de aplicación representan el fin de la cadena de validez y consumación del orden. En suma, la jerarquía es una directriz que ayuda a identificar las normas del sistema, su validez, también es un método para resolver incompatibilidades.

---

<sup>1</sup> Kelsen, H.: *Teoría...cit.*, p. 232.

*Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de coordinación; en la segunda un nexo de supra o subordinación. La existencia de las relaciones de este último tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez.<sup>2</sup> Esto es, que las normas jurídicas tienen un límite superior y otro límite inferior, en donde existe una norma suprema que provoca que se produzcan las demás normas inferiores, por una serie de facultades a diversas autoridades que señala la misma norma suprema.*

*El proceso de aplicación es una larga serie de situaciones que se escalonan en orden de generalidad decreciente. Toda situación jurídica hállese condicionada por una norma abstracta. Las de general observancia, que en relación con los actos jurídicos son condicionantes, encuéntrase, a su vez, condicionadas por otros preceptos de mayor rango. Una norma es condicionante de otra, cuando la existencia de esta depende de la de aquella. Los actos jurídicos son condicionados por las normas del derecho, porque tanto la formación cuanto la validez y consecuencias de los mismos derivan de dichas normas, y en ellas encuentran su fundamento. La existencia de un contrato está condicionada por ciertas disposiciones, de carácter general que establecen las formas de contratación, las reglas de capacidad, los requisitos de validez y las consecuencias jurídicas de los diversos negocios. Un negocio jurídico concreto, que en relación con tales normas se halla en un plano de*

---

<sup>2</sup> García Máynez, E.: *Introducción...cit.*, p. 83.

*subordinación, constituye, relativamente a las partes, y por lo que toca a las consecuencias de derecho, una norma o conjunto de normas determinantes. En este sentido se dice que los contratos son ley para quienes los celebran (lex inter partes). Dicha ley (norma individualizada, según la terminología de los juristas vieneses) es condicionante de las consecuencias del negocio las cuales, a su vez, se hallan condicionadas por ella.*

*Toda norma constituye, relativamente a la condicionante de que deriva, un acto de aplicación. El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que le están subordinados, tiene carácter normativo; en relación con los supraordinados, es acto de aplicación. Todas las normas (generales o individualizadas, abstractas o concretas), poseen dos caras, como la testa de Jano. Si se las examina desde arriba, aparecen ante nosotros como actos de aplicación; si desde abajo, como normas.*

*Pero ni todas las normas ni todos los actos ofrecen tal duplicidad de aspecto. El ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos determinantes y actos determinados, algo así como una cadena compuesta por un número infinito de eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero denominase norma fundamental; el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles ya de provocar ulteriores consecuencias.*

*La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. Por su parte, los actos postreros*

*de aplicación carecen de significación normativa, ya que representan la definitiva realización de un deber jurídico (un ser, por consiguiente).*

*El orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados:*

- 1. Normas constitucionales.*
- 2. Normas ordinarias.*
- 3. Normas reglamentarias.*
- 4. Normas individualizadas.*

*Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiérense a situaciones jurídicas concretas.<sup>3</sup>*

Así tenemos que en el sistema jurídico mexicano existe la jerarquía de normas, que va desde la más general, a la que se ha dado el nombre de norma fundamental, la cual dispone la forma en que se deberán producir las normas secundarias y otorga facultades a diversos órganos o poderes para crear la norma, atendándose principalmente a la forma de gobierno y a la teoría de la división de poderes, esto es, que la forma para producir las normas inferiores y las atribuciones de los poderes del Estado para hacerlo, necesariamente deberá estar dispuesta en la norma fundamental o norma suprema, en virtud de que de esta norma fundamental se deriva toda la producción del sistema jurídico.

Por tanto podemos señalar que existe una norma suprema, de la cual se deriva la ley y de esta a su vez se deriva el reglamento, hasta llegar a los decretos, circulares y acuerdos, pero estas deberán respetar los principios de subordinación jerárquica y principio de reserva de la ley, que mas adelante definiremos.

---

<sup>3</sup> *Ídem.*

### III. La Constitución

Respecto a la Constitución, el doctor Serra Rojas, en su obra *Derecho Administrativo* señala que: *Desde el punto de vista material, la Constitución está integrada por el conjunto de reglas jurídicas que determinan el arreglo y el funcionamiento de los órganos de la nación constituidos en Estado.*

*Siguiendo el criterio formal, una Constitución es la ley suprema, que se caracteriza por el hecho de que no puede ser modificada más que siguiendo el procedimiento especial que la misma señala.*

*La Constitución es la fuente por excelencia del derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y administrativos, los derechos básicos de una comunidad, elevados a la categoría de constitucionales, para mantenerlos permanentemente fuera de los vaivenes de los problemas políticos cotidianos.<sup>4</sup>*

*Se ha tratado de distinguir en los preceptos de la Constitución, aquellas normas que se refieren a la estructura permanente u orgánica de la Constitución, como su forma republicana, federal, democrática, representativa, considerando que esas normas políticas solo pueden ser modificadas por el poder constituyente. Y las demás normas que quedan bajo la competencia del poder constituyente constituido.<sup>5</sup>*

Así, tenemos que la Constitución es la norma fundamental que organiza a un Estado y que dispone la forma de gobierno que asumirá, la forma en que se dividirán los poderes del gobierno y establecerá las competencias y facultades que a cada uno de ellos

---

<sup>4</sup> Serra Rojas, A.: *Derecho...cit.*, p. 177.

<sup>5</sup> *Ídem.*



les corresponden, estableciéndose mecanismos para controlar dentro de los límites a dichos poderes, con la condicionante de que si exceden de sus facultades, dichos actos pueden ser declarados nulos o inválidos.

Por tanto, podemos señalar que las facultades o atribuciones de los diversos órganos de gobierno que no estén establecidas en la Constitución para crear normas, violan el artículo 16 del propio ordenamiento, toda vez que todo acto de autoridad necesariamente debe ser emitido por autoridad competente, la cual ha de fundar y motivar su actuación, que tiene que estar prevista en una norma jurídica; en caso de no ser competente o no contar con dichas facultades, ese acto podrá declararse nulo y para lograrlo, la misma Constitución prevé mecanismos de defensa contra posibles violaciones por parte de los órganos de gobierno o de los entes públicos.

#### **IV. La ley**

Según el Diccionario de la Real Academia Española, ley significa:

*Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política.*<sup>6</sup>

*La ley es una disposición o mandato imperativo, de carácter general, imperativo y permanente provista de una sanción política, en materia de interés común; elaborada, promulgada y publicada por los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo, federal o local según su competencia, e inspirados en propósitos de justicia social.*<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=constitución](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=constitución).

<sup>7</sup> Serra Rojas, A.: *op. cit.*, p. 181.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha afirmado: *Para que una disposición dictada por el poder público, tenga el carácter de ley, no solamente se necesita que sea de naturaleza general, abstracta y permanente, sino además, que emane del órgano constitucionalmente facultado.*<sup>8</sup>

*Esta norma general es obligatoria para todos, y es una regla que al fundarse en la Constitución, comparte con ella la superioridad de la norma.*<sup>9</sup>

Atento a lo anterior, podemos señalar que la Ley debe seguir el proceso de creación señalado en la norma superior y realizarse por el órgano facultado para ello, para que dicha ley sea obligatoria, compartiendo las mismas características de aquella, pero en caso de que no se cumplan esas formalidades, previstas por la Constitución, se violarían diversos principios fundamentales que deben regir en todo el sistema jurídico.

## **V. El reglamento**

*El reglamento es una norma o conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal que expide el Poder Ejecutivo en uso de una facultad propia y que tiene por objeto facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo.*<sup>10</sup>

*El reglamento es el conjunto de normas administrativas subordinadas a la ley, obligatorias, generales e impersonales, expedidas unilateral y espontáneamente por el Presidente de la República, [...] en virtud de facultades discrecionales que le han sido conferidas por la Constitución o que resulten implícitamente del ejercicio del Poder Ejecutivo.*

---

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Fraga, G.: *Derecho...*cit., p. 104.

*La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto: Los reglamentos que se expidan por el Ejecutivo tienden a la exacta observancia de las leyes, es decir, a facilitar su mejor cumplimiento; por tanto, son parte integrante de las disposiciones legislativas que reglamentan, y por tanto, participan de la naturaleza jurídica de la ley reglamentada, y aun cuando no sean expedidos por el Poder Legislativo, tienen todos los caracteres de una Ley.*<sup>11</sup>

*La Ley es un acto formal y materialmente legislativo, en cambio el Reglamento es un acto formalmente administrativo, realizado por el Presidente de la República. Difieren ambos en cuanto a sus respectivos autores.*<sup>12</sup>

Así mismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto en la siguiente tesis:

**FACULTAD REGLAMENTARIA. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN QUE SE REFIERAN A SU INFRACCIÓN, DEBEN ESTABLECER UNA CONTRARIEDAD O EXCESO DE LOS MANDATOS LEGALES POR LA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA, COMO CONDICIÓN PARA REVELAR UNA VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

*Mientras que la inconstitucionalidad de una ley solo puede derivar de su contradicción directa con los preceptos de la Constitución Federal, pero no con ordenamientos secundarios de igual o menor jerarquía normativa, por lo que la eficacia de los respectivos conceptos de violación está determinada por la circunstancia de que se encaminen a poner de manifiesto una contravención constitucional;*

---

<sup>11</sup> Serra Rojas, A.: *op. cit.* p. 197.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 203.

*tratándose de disposiciones del reglamento de una ley, la reclamación por violación al ejercicio de la facultad reglamentaria establecida en el artículo 89, fracción I, de la Constitución, entraña una infracción directa a esta, al realizarse la exposición de razonamientos jurídicos concretos que determinen, ya sea un exceso de los mandatos legales por la disposición reglamentaria impugnada o una contrariedad entre las disposiciones reglamentarias relativas y las contenidas en la ley reglamentada, puesto que la facultad reglamentaria consiste en la expedición de disposiciones generales, abstractas e impersonales que tienen por objeto la ejecución de la ley, desarrollando y completando en detalle sus normas, pero sin que, a título de su ejercicio, pueda excederse el alcance de sus mandatos, contrariarse o alterarse sus disposiciones, por ser precisamente la ley su medida y justificación; luego, el examen de la alegación de tales excesos y contraposiciones es la materia del análisis en el juicio de amparo de una violación directa a la Constitución General de la República.*

Por lo tanto podemos advertir que el reglamento es un acto formalmente administrativo y materialmente legislativo, que solo participa de los atributos de la ley en cuanto ambos ordenamientos son de naturaleza impersonal, general y abstracta, mientras que la ley es un acto formal y materialmente legislativo que emite el Congreso de la Unión o las legislaturas de los Estados, sin embargo, el reglamento emana del Poder Ejecutivo, a quien incumbe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, esto es, tiene por objeto la ejecución de la ley, desarrollando y complementando en detalle las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos expedidos por las legislaturas correspondientes,

además, es una norma subalterna que tiene su medida y su justificación en la ley, determina de modo general y abstracta los medios que deberán emplearse para aplicarla a los casos concretos.

Al respecto los tribunales federales se refieren a ello en la siguiente jurisprudencia:

*REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS. FACULTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA EXPEDIRLOS. SU NATURALEZA.*

*El artículo 89 fracción I, de nuestra Carta Magna, confiere al Presidente de la República tres facultades: a) La de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión; b) La de ejecutar dichas leyes; y c) La de proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, o sea la facultad reglamentaria. Esta última facultad es la que determina que el Ejecutivo pueda expedir disposiciones generales y abstractas que tienen por objeto la ejecución de la ley, desarrollando y complementando en detalle las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos expedidos por el Congreso de la Unión. El reglamento es un acto formalmente administrativo y materialmente legislativo; participe de los atributos de la ley aunque solo en cuanto ambos ordenamientos son de naturaleza impersonal, general y abstracta. Dos características separan la ley del reglamento en sentido estricto: Este último emana del Ejecutivo, a quien incumbe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, y es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley. Pero aun en lo que aparece común en los dos ordenamientos, que es su carácter general y abstracto, separase por la finalidad que en el área del reglamento se imprime a dicha característica, ya que el reglamento determina de modo general y*

*abstracto los medios que deberán emplearse para aplicar la ley a los casos concretos.*

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.**

Si desde un punto de vista material las disposiciones reglamentarias son similares a las normas expedidas por el órgano legislativo, en cuanto son generales, abstractas e impersonales y de observancia obligatoria, se distinguen de éstas básicamente por dos motivos:

El primero, en razón de que provienen de un órgano que desde el punto de vista constitucional no expresa la voluntad general, sino la de un órgano instituido para acatarla, como es el titular del Poder Ejecutivo, y el segundo, porque son, por definición, normas subordinadas a las disposiciones legales que reglamenta.

Dichas razones explican en lo general que la ley fundamental imponga ciertas limitaciones a la facultad reglamentaria, entre ellas, la prohibición de que el reglamento aborde materias reservadas en forma exclusiva a las leyes emanadas del Congreso de la Unión, conocida como *el principio de reserva de la ley* y, por otra, la exigencia de que el reglamento siempre esté precedido de una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemente o detalle y en los que encuentre su justificación y medida. En efecto, el aludido *principio de reserva de la ley* forma parte de uno de carácter general, como es el de legalidad, que impide que el reglamento invada materias que de manera expresa la Constitución federal reserva a la ley formal y, en cambio, el *principio de subordinación jerárquica* del reglamento a la ley, constriñe a expedir solo aquellas normas que tiendan a hacer efectiva o a pormenorizar la aplicación del mandato legal, pero sin contrariarlo, modificarlo o excederlo.

Sustenta lo anterior, la siguiente jurisprudencia:

*FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN.*

*Según ha sostenido este Alto Tribunal en numerosos precedentes, el artículo 89, fracción I, constitucional, faculta al presidente de la República para expedir normas reglamentarias de las leyes emanadas del Congreso de la Unión, y aunque desde el punto de vista material ambas normas son similares, aquellas se distinguen de estas básicamente, en que provienen de un órgano que al emitirlas no expresa la voluntad general, sino que está instituido para acatarla en cuanto dimana del Legislativo, de donde, por definición, son normas subordinadas, de lo cual se sigue que la facultad reglamentaria se halla regida por dos principios: **el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica** a la misma. **El principio de reserva de ley**, que desde su aparición como reacción al poder ilimitado del monarca hasta su formulación en las Constituciones modernas, ha encontrado su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe al reglamento abordar materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos, mientras que **el principio de subordinación jerárquica**, exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenorice y en las que encuentre su justificación y medida.*

Así tenemos que cuando una norma inferior excede lo dispuesto por la ley, dicha norma puede ser declarada

nula a través de los mecanismos de defensa que se prevén en la Constitución, por ejemplo en México se puede promover juicio de amparo en contra de la ley o del reglamento que viola el principio de reserva de ley y de subordinación jerárquica.

## **VI. Principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica**

*En la Constitución se fija el campo legal de acción del Poder Legislativo. Por su parte el poder reglamentario no tiene más campo de aplicación que el que determina la ley, la cual no puede ser alterada o modificada en su contenido. Puede el reglamento aparecer vestido de diversas formas como decretos, acuerdos, órdenes, cosa que origina perjuicios.*

*La función reglamentaria es una función que específicamente corresponde en la doctrina y en la jurisprudencia al Presidente de la República, sin que esta facultad pueda delegarse en principio.*

Esto es que:

*(...)la creación de numerosos organismos descentralizados, ha desbordado este principio otorgándoles la facultad reglamentaria en los asuntos de su competencia.*

*Hay una diferencia sustancial entre la ley y el reglamento. El campo de acción del legislador es libre e incondicionado, sujeto a la Constitución; el ejercicio de la facultad reglamentaria es todo lo contrario: limitado por la ley y condicionada a sus términos. Algunas distinciones pueden hacerse: la ley la expide el Poder Legislativo, el reglamento el Poder Ejecutivo; ley y reglamento tienen distinta fuerza jurídica. **La reserva de la ley** establece aquellas materias que no pueden ser objeto de reglamentos. La abrogación y*



*derogación de la ley y el reglamento operan de diversa manera*

*Los Reglamentos han de emanar o proceder de los órganos señalados expresamente por la Constitución, ejercitan una competencia que les es propia y han de referirse a materias y servicios de la Administración.*<sup>13</sup>

O sea que la Constitución señala los límites de los órganos de poder, los cuales únicamente pueden realizar aquello que les está permitido por ella misma; así, tenemos que si dicha norma fundamental establece que únicamente el Poder Legislativo Federal puede legislar en materia de Instituciones de Crédito o en Materia de Derecho Monetario y, en contravención a dicho ordenamiento, el Ejecutivo Federal emite un reglamento en esas materias, es evidente que se viola el **principio de reserva de la ley** y, en dado caso, al preverse en la misma Constitución los mecanismos de control constitucional, los órganos legitimados para promoverlos podrían lograr su nulidad o invalidez y expulsarlo del Sistema Jurídico.

*La ley solo está subordinada a la Constitución y es de esencia superior, en tanto que el reglamento es jerárquicamente inferior, sin que le sea permitido modificar el orden legal.*

*El **principio de reserva de la ley** señala que hay materias reservadas exclusivamente por la Constitución a la ley, como la declaración de los derechos del hombre, los impuestos y otros.*

*No hay materias propias de los reglamentos, porque estos deben exclusivamente desarrollar los principios de la ley.*<sup>14</sup>

*En virtud del principio de legalidad, la competencia de los funcionarios está subordinada a la ley. El*

---

<sup>13</sup> *Ibídem*, p. 200.

<sup>14</sup> *Ibídem*, p. 203.

*profesor Waline indica cuáles son las expresiones de subordinación de la autoridad reglamentaria al legislador.*

*1. Obligación de respetar las leyes en su letra y en su espíritu.*

*2. Imposibilidad para la autoridad administrativa de tomar la iniciativa para disminuir por un reglamento la libertad de los ciudadanos si el legislador no ha planteado, a lo menos, el principio de tal determinación.*

*3. Imposibilidad de tocar materias o de tomar ciertas disposiciones reservadas para el legislador, sea por la Constitución, sea por la ley (creación de un impuesto o de una infracción penal), sea por una costumbre reconocida por la jurisprudencia (creación de una jurisdicción, modificación de las competencias jurisdiccionales)<sup>15</sup>*

Los tribunales federales se han pronunciado al respecto en la siguiente jurisprudencia:

*REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS. SUS LÍMITES.*

*Mediante el ejercicio de la facultad reglamentaria, el titular del Ejecutivo Federal puede, para mejor proveer en la esfera administrativa el cumplimiento de las leyes, dictar ordenamientos que faciliten a los destinatarios la observancia de las mismas, a través de disposiciones generales, imperativas y abstractas que detallen sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación. Sin embargo, tal facultad (que no solo se deduce de la fracción I del artículo 89 constitucional, sino que a la vez se confirma expresamente el contenido de la fracción VIII, inciso a), del artículo 107 de la propia Carta Suprema), por útil y necesaria que sea, debe realizarse única y exclusivamente*

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 202.

*dentro de la esfera de atribuciones propia del Poder Ejecutivo, esto es, la norma reglamentaria actúa por facultades explícitas o implícitas que se precisan en la ley, siendo únicamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquella y que, por ello, compartan además su obligatoriedad. De ahí que, siendo competencia exclusiva de la ley la determinación del qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, al reglamento de ejecución competirá, por consecuencia, el cómo de esos mismos supuestos, por tal virtud, si el reglamento solo encuentra operatividad en el renglón del cómo, sus disposiciones solo podrán referirse a las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), siempre que estas ya estén contestadas por la ley, es decir, el reglamento desenvuelve su obligatoriedad a partir de un principio definido por la ley y, por tanto, no puede ir más allá de ella, ni extenderla a supuestos distintos, ni mucho menos contradecirla; luego entonces, la facultad reglamentaria no puede ser utilizada como instrumento para llenar lagunas de la ley, ni para reformarla o, tampoco, para remediar el olvido o la omisión. Por tal motivo, si el reglamento debe contraerse a indicar los medios para cumplir la ley, no está entonces permitido que a través de dicha facultad, una disposición de tal naturaleza otorgue mayores alcances o imponga diversas limitantes que la propia norma que busca reglamentar, por ejemplo, creando y obligando a los particulares a agotar un recurso administrativo, cuando la ley que reglamenta nada previene a ese respecto.*

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.**

El principio dominante de nuestra organización constitucional es: que los poderes públicos solo pueden obrar, en virtud de facultades expresas y limitadas, resulta que toda actividad del Estado debe encontrarse autorizada por una disposición legal, y así, tanto la función administrativa como la legislativa y la judicial deberían tener, dentro del criterio que analizamos, el carácter de funciones ejecutivas.

Por otra parte, no podemos entender por ejecutar la ley, usar de una autorización que esta concede, porque si así lo hiciéramos tendríamos que afirmar que los particulares están ejecutando las leyes civiles o mercantiles cuando celebran un contrato o realizan cualquier acto que ellas prevén.

En efecto, el artículo 89 de la Constitución, que señala las facultades y obligaciones del Presidente de la República, enumera en primer lugar la de ejecutar las leyes, pero además consigna otras facultades cuyo ejercicio no constituye propiamente ejecución de la ley, a pesar de ser funciones administrativas, tales como las de nombramiento y remoción de funcionarios y empleados civiles y militares; la de declarar la guerra; la de dirigir las negociaciones diplomáticas; la de habilitar puertos y establecer aduanas.

Sobre este particular debemos decir que como en realidad la función es la forma de realizar las atribuciones del poder público, es natural que la forma no puede ir más allá de donde alcanza el contenido; pero aunque esto es cierto, nada nos dice sobre la naturaleza de la función administrativa, pues basta pensar que esta función es una función del Estado, para que sepamos que no puede ser útil sino para realizar lo que es acción atribuida al propio Estado. Luego la cuestión de límites más bien debe estudiarse en relación con las atribuciones y no con respecto a las funciones del Estado.

Así, tenemos que de lo antes expuesto se puede apreciar que los órganos de la administración pública centralizada federal y de la administración pública descentralizada y paraestatal, deberán realizar su función de conformidad con una ley debidamente emitida por el órgano competente, el cual, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el Congreso de la Unión, mediante las Cámaras de Diputados y Senadores, y que de ninguna forma dichos órganos, que pertenecen al ejecutivo federal, pueden legislar excediendo los límites de la legislación emitida por el órgano competente, pues dicha situación se traduce en que dichas autoridades están realizando actos legislativos para los cuales carecen de competencia.

La función de reglamentar las leyes que expide el Congreso de la Unión corresponde al Presidente de la República, de conformidad con lo que dispone la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente. La facultad reglamentaria del Presidente de la República constituye una excepción al principio de la separación de poderes, pues siendo los reglamentos normas abstractas, generales e impersonales, son actos materialmente legislativos y formalmente administrativos.

La facultad reglamentaria corresponde al Poder Ejecutivo, en razón de que la función de los reglamentos es facilitar y hacer posible la ejecución de la ley, lo cual es la función típica y natural del Ejecutivo. Los reglamentos desarrollan y precisan los preceptos contenidos en las leyes, **pero no pueden ni contrariar ni exceder el alcance de ellas**. Todas las constituciones que precedieron a la de 1857 contuvieron en forma clara, precisa y expresa la facultad del Ejecutivo para dictar reglamentos. El Constituyente de 1916-1917 transcribió literalmente esta

expresión de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 sin discusión alguna, quedando asentado en el artículo 89, fracción I. El artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos concentra algunas de las más importantes facultades del Presidente de la República y, en su fracción I, señala: *Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.* Se ha reconocido generalmente que en esta fracción hay tres facultades distintas del presidente: a) facultad de promulgar las leyes; b) facultad de ejecutar las leyes; y c) facultad reglamentaria, la que se dice está en la expresión *proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.* En la doctrina se generó una polémica muy interesante en torno a si verdaderamente podía considerarse que en esta expresión se encontraba la facultad reglamentaria del Presidente. De cualquier forma se ha pensado que ahí está dicha facultad, pues lo que sí resulta innegable es que la existencia de los reglamentos está prevista constitucionalmente en el artículo 92 y que, por otra, el ejercicio de esta función es imprescindible en un régimen constitucional. El Poder Judicial Federal, que en nuestro sistema representa la instancia última de interpretación constitucional, ha expresado que en el artículo 89, fracción I, está la facultad reglamentaria del Presidente; por ello no tiene ningún objeto insistir en otras hipótesis meramente teóricas. Las únicas leyes que puede reglamentar el Ejecutivo son las leyes del Congreso de la Unión, tal y como lo declara la fracción I de artículo 89; esto es, **los reglamentos que expide el Presidente de la República deben estar necesariamente subordinados a las leyes expedidas por el Poder Legislativo Federal.** La reglamentación de las leyes locales corresponde a los gobernadores de

las entidades federativas, en los términos establecidos por las constituciones particulares de los Estados. Los únicos reglamentos que no están subordinados a una ley, sino que se encuentran directamente previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son los llamados **reglamentos autónomos** previstos en sus artículos 21 y 27. La facultad reglamentaria del Presidente de la República es indelegable, ya que, en todo caso, es una excepción al principio de separación de poderes. De este modo, ni los Secretarios de Estado ni ningún otro funcionario pueden dictar reglamentos a nombre del Presidente de la República; tampoco una ley podría autorizar para expedir reglamentos a un funcionario distinto del Presidente de la República, pues de lo contrario estaría estableciendo una excepción no prevista en la Ley Fundamental.

*En nuestro régimen constitucional, el presidente ejerce la facultad reglamentaria no por delegación del Poder Legislativo, sino en ejercicio de sus propias facultades, que implican la realización y mandatos administrativos.*<sup>16</sup>

*El reglamento inconstitucional es aquel que contraría algún mandato de la Constitución, o que en general, no se apoya en un texto legal. El reglamento debe subordinarse a la Constitución y a la ley.*<sup>17</sup>

*En nuestro sistema constitucional, solo a través del juicio de amparo se pueden destruir los efectos de un reglamento inconstitucional.*<sup>18</sup>

*Desde luego, es indudable que la ley puede existir y tener plena validez sin que haya un reglamento de*

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>18</sup> *Ídem*.

*la misma, en tanto que el reglamento, salvo casos excepcionales [...], supone la preexistencia de una ley cuyos preceptos desarrolla y a los cuales está subordinado.*

*Esa situación subordinada del reglamento no puede tener influencia sobre su naturaleza jurídica, de la misma manera que la ley ordinaria no pierde su carácter legislativo por el hecho de que tenga que subordinarse a la Constitución, ni porque su validez dependa de su conformidad con la propia Constitución.<sup>19</sup>*

*Parece claro que del mismo modo que la diferencia entre la ley ordinaria y la ley constitucional depende del órgano que expide una y otra y es, por lo tanto, una diferencia formal, así la que existe entre la ley y el reglamento obedece a la diversa competencia del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, es decir, a una razón extrínseca relacionada con el autor del acto, o sea a una razón de carácter formal.<sup>20</sup>*

*Otra diferencia que se señala entre la ley y el reglamento y de la que pretende hacerse derivar una distinción en cuanto a la naturaleza jurídica de una y otro, se hace consistir en que el reglamento no puede regular determinada clase de relaciones, en tanto que la ley sí está facultada para ello.*

*Es indudable que existen materias que pueden ser objeto de la ley y no de los reglamentos; pero esto obedece no a diferencia de naturaleza de ambos actos, sino también a consideraciones meramente formales. Dos principios sirven de norma para determinar los casos en que no debe intervenir la facultad*

---

<sup>19</sup> Fraga, G.: *op. cit.*, p. 106.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 107.



reglamentaria, lográndose por medio de ellos hacer una diferencia entre el contenido de sus disposiciones y el de las leyes emanadas del Poder Legislativo.

Un primer principio es el de **la preferencia o primacía de la de la ley**, que consiste en que las disposiciones contenidas en una ley de carácter formal, no pueden ser modificadas por un reglamento. Este es un principio basado en la autoridad formal de las leyes, reconocida en el inciso f) del artículo 72 de la Constitución, según el cual “en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.

El segundo principio es el denominado de la **reserva de la ley**, que consiste en que, conforme a la Constitución, hay materias que solo pueden ser reguladas por una ley.

Esto es que se establece la necesidad de una ley para: imponer contribuciones y penas, para organizar la guardia nacional, etc. En todos estos casos, la Constitución emplea términos claros, y al prevenir que por medio de una ley se regule la materia, debe entenderse una ley en el sentido formal, es decir, expedida por el Poder Legislativo.

Las diferencias que por aplicación de los dos principios enunciados pueden encontrarse en el contenido de las leyes y de los reglamentos, no implican una diversidad en la naturaleza jurídica de unas y otros, puesto que simplemente obedecen a razones de carácter formal, consistentes en que el Poder Legislativo y el Ejecutivo tienen diferentes competencias.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ídem.

Así tenemos que según los diversos autores, se delimitan perfectamente los dos principios, esto es que el **principio de la reserva de la ley** está previsto en la Constitución, la cual prevé las áreas o actividades reservadas únicamente a la ley y por ende reservadas únicamente a los órganos competentes para crear la ley, por tanto, el Ejecutivo Federal, no obstante que tiene facultades reglamentarias, en determinadas materias no podrá realizar dicha actividad, pues las autoridades únicamente pueden realizar lo que les está permitido según el principio de legalidad previsto en el artículo 16 de nuestra Constitución Federal; por otro lado y referente al **principio de subordinación jerárquica**, podemos indicar que es aquel en donde el reglamento no puede exceder, modificar, ni limitar a una norma superior, según el principio de jerarquía normativa, esto es, que la norma fundamental debe dar los parámetros para la creación de una norma inferior, pero esta norma inferior no puede contrariar, modificar, ni limitar a la norma superior; así mismo, la norma creada en segundo grado no puede contrariar a la primera, pues de hacerlo, esta norma deberá ser expulsada del sistema jurídico; a su vez, la norma creada en tercer grado, por ejemplo el reglamento, no puede exceder, ni contrariar a las normas superiores y tiene como límites la misma ley que reglamenta, y si a su vez se crea una norma en cuarto grado, esta, al igual que las anteriores, no puede contrariar ni extralimitarse con las demás normas superiores; así tenemos que si un acuerdo de un organismo descentralizado solicita más requisitos que los establecidos en la ley, es evidente que se viola este principio de subordinación jerárquica, por lo cual, dicho acuerdo general puede ser combatido a través del juicio de amparo indirecto, en términos del artículo 114 fracción I de la Ley de Amparo.

## VII. Conclusiones

**Primera:** La norma fundamental se encuentra en el más alto peldaño, y de ella derivan las demás normas, de modo que no admite ninguna otra norma superior y de allí se derivan las demás normas que integran todo el sistema normativo.

**Segunda:** El sistema normativo está compuesto por diversas normas que se encuentran situadas en diferente nivel, pero existen aquellas que se sitúan hasta la cúspide de la cadena normativa y existen otras que se encuentran situadas hasta el final de la cadena.

**Tercera:** Todas las normas jurídicas son creadas por órganos competentes para elaborar y crear normas, pero dichas reglas deberán estar previstas en la norma fundamental y en esta deberá establecerse las reglas para su creación, porque de ella se derivaran todas las normas inferiores.

**Cuarta:** La ley debe seguir el proceso de creación señalado en la norma superior y realizarse por el órgano facultado para ello; deberá ser general, abstracta, imperativa, no puede contrariar a la norma fundamental, pues dicha ley se crea con la voluntad de los representantes del pueblo.

**Quinta:** El reglamento es una norma jurídica de carácter abstracto e impersonal que expide el Poder Ejecutivo en uso de una facultad propia y que tiene por objeto facilitar la exacta observancia de las leyes, que tiene como finalidad facilitar la administración de justicia.

**Sexta:** La facultad reglamentaria del ejecutivo federal se desprende de lo dispuesto por el artículo 89 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**Séptima:** El principio de reserva de ley se refiere a que el Ejecutivo Federal no puede hacer uso de su facultad reglamentaria en determinadas materias que son exclusivas y reservadas para el Poder Legislativo.

**Octava:** El principio de subordinación jerárquica de la ley se refiere a que una norma inferior no puede exceder, contrariar o limitar a una norma superior, o sea que la norma inferior solo puede movilizarse dentro de los límites de la ley superior

**Novena.** La Constitución prevé mecanismos de control, contra violaciones a los diversos principios establecidos en el presente trabajo de investigación, los cuales al ser violados deberán de ser presentados ante los órganos jurisdiccionales y, de ser procedente la violación, dicha norma deberá ser declarada inválida o violatoria de los derechos fundamentales.

### **VIII. Bibliografía**

- Fraga, Gabino: *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 2006. 45ª edición: México, 2006, pp. 506.
- García Máynez, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa, 60ª ed., México, 2008, pp. 434.
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*. UNAM, traducción Vernengo Roberto J., México, 1986.
- Serra Rojas, Andrés: *Derecho administrativo*. Porrúa, México, 2002, 23ª ed., pp. 718.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=constitución](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=constitución)

---

## **Paradigma constitucional**

*Dulce María Uriarte Frías\**

**RESUMEN:** Los avances constitucionales de los derechos humanos, no solo van enfocados a hacer efectivo el principio de legalidad, sino a hacer valer el contenido de la ley, con respeto hacia los ciudadanos y dedicación de los gobiernos de impulsar su desarrollo cultural y material; el paradigma constitucional va más allá de lo plasmado en la ley, su crecimiento ha sido en base al respeto, con hechos y no con letra muerta.

**SUMARIO:** Introducción. I. ¿Qué es el paradigma constitucional? II. Neoconstitucionalismo. III. Garantismo. IV. Avances en la legislación mexicana. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

### **Introducción**

En el presente artículo, se desarrollará teórica y políticamente el desenvolvimiento del estado constitucional de derecho, o bien conocido, estado constitucional, advirtiéndose que inició en el país germano en el año de 1958, específicamente con la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal; y su posterior desarrollo en Italia, Estados Unidos y parte de Latinoamérica.

A este sistema se le ha considerado como el constitucionalismo fuerte y recargado, retomando una parte del estado legislativo, pero sumándole los derechos

---

\* Defensora Pública Federal.

fundamentales que se habían dejado de lado, tales como la vivienda, salud, educación, desarrollo ambiental, los llamados derechos sociales y que hoy en día los legisladores y juristas los han denominado derechos humanos.

En el mismo contexto, se hará alusión a los diversos principios constitucionales que lo constituyen, con el propósito de comprobar la validez y eficacia de esta nueva tendencia, precisando, que en los Estados latinoamericanos prácticamente es reciente su incorporación a los textos constitucionales.

### **I. ¿Qué es el paradigma constitucional?**

Literalmente, paradigma significa: ejemplo o ejemplar, y constitucional: perteneciente o relativo a la constitución de un estado.<sup>1</sup>

En consecuencia, es necesario definir el término constitucionalismo, con el propósito de argumentar que el paradigma constitucional, además de tener aspectos jurídicos, sus puntos esenciales son los políticos y la ideología; por lo tanto, constitucionalismo es un sistema político regulado por un texto constitucional y una ideología partidaria de este sistema político.

De igual forma es necesario señalar los dos modelos de Estado de Derecho, que servirán de pauta para desarrollar los avances y vicios que se han exteriorizado en la aplicación constitucional.

- *Modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de derecho (o Estado legal).*

*Surge con el nacimiento del Estado moderno, como monopolio de la producción jurídica, en consecuencia la primera alteración la relaciona a las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas.*

---

<sup>1</sup> *Diccionario Esencial...cit.*, pp. 393 y 1094.

- *Modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de derecho (o Estado constitucional).*<sup>2</sup>

El primer modelo surge efectivamente con la afirmación del principio de legalidad, los legisladores consideran que con el solo hecho de plasmar una norma, de inicio en la Constitución y con posterioridad en las leyes secundarias, respaldarán los derechos de los ciudadanos, tales como libertad, igualdad, seguridad jurídica entre otros, dejando de lado los derechos humanos.

Asimismo, se hace hincapié a lo estipulado en el origen de la jerarquía legislativa, tal como en su momento lo afirmó el autor austriaco Hans Kelsen, es decir, el orden legislativo de cada ley será el valor y sustento jurídico que respaldará lo descrito de cada ley.

El segundo modelo señala que se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional.

Aquí es donde inicia el segundo modelo (constitucionalista) el cual, en palabras de Ferrajoli, también se encuentra en crisis, por manifestarse en un papel garantista de la Constitución en relación con la legislación.

### ***Crisis actual de ambos modelos***

La crisis de este modelo afecta al *principio de legalidad*, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del *Estado Legislativo de Derecho*. Y tiene su génesis en

---

<sup>2</sup> Ferrajoli, L.: Neoconstitucionalismo(s), *Pasado...cit.*, p. 14.

dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal.<sup>3</sup>

En repetidas ocasiones se ha criticado al Poder Legislativo por ser el encargado de aprobar ley tras ley, que en ningún momento benefician a los ciudadanos, o bien, su contenido ya se encuentra descrito con lenguaje similar en otra ley.

Además la inflación legislativa no solo consiste en el crecimiento del sistema legislativo, sino en el incremento inconstitucional de los artículos que ya se encuentran establecidos en una ley, es decir, elevar las penas de los delitos que hoy en día han salido del contexto de seguridad de los estados, tales como delincuencia organizada, secuestro, violación a la ley federal de armas de fuego, contra la salud, trata de personas entre otros.

Lo anterior, no conlleva a mantener la estabilidad en el estado de derecho de los ciudadanos, sino a vulnerar los derechos humanos que manejan los principios de proporcionalidad de las penas y de reinserción social, por mencionar algunos.

Ahora bien, en relación con la *disfunción de lenguaje legal*, es otro desacierto que ha atentado contra el principio de legalidad, pues el principio de taxatividad no es tomado en cuenta por los legisladores al momento de escribir palabra por palabra y formar oraciones precisas que describan con claridad sus ideas, y que así los juzgadores puedan entender y aplicar con claridad el texto legal.

Bajo el rubro de certeza jurídica se encuentra lo que algunos autores denominan *seguridad jurídica*<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>4</sup> *Diccionario Jurídico...cit.*, p. 2009. *La seguridad es otro de los valores de gran consistencia, y por cierto, de importancia básica, porque la certeza de saber a*



o *garantía de taxatividad*;<sup>5</sup> la certeza presupone el conocimiento seguro y claro de algo, lo cual aplicado al derecho penal significa el conocimiento seguro y claro de las normas penales. Entre ellos encontramos a Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, quienes señalan:

*Que aunque la ley penal se expresa en palabras y estas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal. Este principio corre riesgos cada día más graves, como resultado de la descodificación de la legislación penal. Aunque se trata de un principio elemental para la seguridad, no importa una legitimación del poder punitivo que con el tipo se habilita, pues la arbitrariedad puede producirse en la misma determinación legal. Cuando los límites legales no se establecen de esta forma, cuando el legislador*

---

*qué atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aun mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cuál será la marcha de su vida jurídica. Como es lógico, hay una serie de instituciones jurídicas con las que se persigue el reinado de la seguridad en la convivencia humana. Tales por ejemplo, el principio de la ignorancia, la irretroactividad de las leyes, la cosa juzgada, etc.*  
<sup>5</sup> Moreso, J.: *Principio...cit.*, p. 3. El concepto de taxatividad. El principio de taxatividad exige la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales. Esta exigencia puede ser entendida en al menos dos sentidos: a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos; y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos.

*prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa.<sup>6</sup>*

### **Desafíos**

El primero va dirigido al Estado legislativo de derecho por la crisis del principio de legalidad, siendo el ejemplo paradigmático, en esta dirección, el de la satisfacción *ex lege*, en forma universal garantizada, de los derechos a la subsistencia, que hoy ya existen con modalidades diversas a cargo de la esfera pública según el paradigma de la igualdad, que es el propio de la forma universal de los derechos a la salud y a la educación.

*El segundo desafío es el dirigido a la dimensión constitucional del Estado de Derecho por la pérdida de soberanía de los Estados, por el desplazamiento de las fuentes del Derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las constituciones nacionales.<sup>7</sup>*

## **II. Neoconstitucionalismo**

Es denominado como postpositivismo, garantismo, constitucionalismo fuerte, recargado, comprometido o valórico, interpretación constitucional específica, ya que según Paolo Comanducci:

*No se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación; y además,*

---

<sup>6</sup> Zaffaroni, E., et. al.: *Derecho...cit.*, pp. 116 y 117.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 24.

*implica una suerte de trilogía compuesta de teoría, ideología y metodología.*<sup>8</sup>

Por lo anterior, se hace alusión a que el paradigma constitucional o neoconstitucionalismo, es lo mismo, son modelos a seguir respecto a su base inicial *el garantismo*, respaldado por conceptos unidos entre sí que conforman un todo y, con relación a esa unidad demuestran su originalidad, efectividad y garantía en diversos aspectos jurídica, filosófica, política pero sobre todo social, que es el punto esencial de su crecimiento.

Asimismo, Luis Prieto Sanchís,<sup>9</sup> expone las acepciones principales de Neoconstitucionalismo:

- *El constitucionalismo puede encarnar en cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política,*
- *También es una teoría del derecho, y*
- *Es una ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.*

De forma garantista, los estados de gobierno al elegir este Estado de Derecho, de inicio están garantizando, a sus pueblos, equidad en los valores fundamentales, por medios metodológicos o conceptuales (constitucionalismo dogmático), a través de la ciencia y de la teoría del derecho.

Ejemplos de estas posturas pueden encontrarse en los planteamientos de Jürgen Habermas,<sup>10</sup> argumentando el tercer punto, a través del desarrollo de la teoría del derecho y a pesar de sus contradicciones, hoy en día el derecho y la moral se entrelazan, y por ende, se traduce

<sup>8</sup> <http://www.monografias.com/trabajos58/teorias-juridicas-contemporaneas/teorias-juridicas-contemporaneas.shtml>, p. 3.

<sup>9</sup> Prieto Sanchís, L.: Neoconstitucionalismo (s), *Neoconstitucionalismo...*cit., pp. 123 y 124.

<sup>10</sup> [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_02.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_02.pdf)

en la exposición de los derechos fundamentales, obra en la cual Robert Alexy<sup>11</sup> define que es difícil distinguir entre teoría general y particular en el caso de derechos fundamentales que tiene el carácter general de libertad y de igualdad, ya que el objeto mismo posee generalidad; ahora bien, en palabras de Gustavo Zagrebelsky<sup>12</sup> la ductilidad se caracteriza por ser moldeable y es por ello que admite la coexistencia de valores y principios en el estado constitucional; y Luigi Ferrajoli<sup>13</sup> manifiesta que se debe atender esencialmente la soberanía con base en el derecho constitucional interno, toda vez que el paradigma constitucional está enfocado al derecho internacional.

### ***Principios relevantes***

- Omnipresencia de la Constitución, compuesta de valores, principios, derechos fundamentales, etc. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice.
- Omnipotencia judicial, porque la Constitución es una norma, y una norma que está presente en todo tipo de conflictos.
- Se convierte en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales.

### **III. Garantismo**

Además, Ferrajoli, en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, precisa que *garantismo* designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que

---

<sup>11</sup> Alexy, R.: *Teoría...cit.*, pp. 34 y 35.

<sup>12</sup> Zagrebelsky, G.: *Derecho...cit.*, pp. 14 y 15.

<sup>13</sup> [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12504985356703728543657/isonomia09/isonoma09\\_10.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12504985356703728543657/isonomia09/isonoma09_10.pdf)

respecta al derecho penal, el modelo de *estricta legalidad*.

Una Constitución puede estar avanzada por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasa de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas, es decir, de garantismo, que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

*El término “estado de derecho”, en este sentido, es sinónimo de “garantismo”.*

- a) Plano formal, “principio de legalidad”, en virtud del cual todo poder público está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad.*
- b) Plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales.<sup>14</sup>*

Los apartados anteriores reiteran los postulados del principio de legalidad, mismo que ha ido avanzando con sus lineamientos de respeto a lo descrito en la legislación fundamental y en sus leyes secundarias, garantizando al ciudadano sus derechos públicos subjetivos.

En la actualidad, el neoconstitucionalismo hace referencia a que no basta con lo plasmado en la norma, sino que los derechos del hombre se hagan valer en primer término, *derechos humanos*, únicos y por encima de cualquier otro principio, es decir, se ha pretendido la efectividad de la legalidad cuando no importa si se

---

<sup>14</sup> Ferrajoli, L.: *Derecho...cit.*, pp. 856 y 857.

vulneran los derechos del hombre, fundamentales para la sobrevivencia de este en el ámbito social.

Las disposiciones del neoconstitucionalismo van más allá de lo descrito en la ley, la persona, por el solo hecho de serlo, tiene derechos personalísimos que deben ser respetados ante todo y ante todos; ahora bien, para hacer valer el principio de legalidad, primeramente las personas deben tener los medios necesarios para vivir en un ambiente sano, que respete sus derechos humanos por estar contenidos en la ley fundamental y sobre todo ser parte de los mismos por pertenecer al núcleo social en donde tienen una identidad, derechos y obligaciones, que les permiten exigir por una parte y someterse a las disposiciones del estado de derecho donde radiquen.

#### **IV. Avances en la legislación mexicana**

Si bien es cierto que este modelo de desarrollo constitucional inició en los países europeos, y poco se han hecho valer en Latinoamérica, nuestra ley fundamental lo describe en su artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

- Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.
- Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.
- Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.
- Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.
- Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio de sus derechos.

### ***Salud***

Se encuentra reconocido materialmente con las instituciones públicas de seguridad social conocidas como IMSS, ISSSTE, Centros de Salud, que obligatoriamente deberían tener presencia en todas las entidades de nuestro país, principalmente en las regiones más alejadas de la ciudad.

### ***Ambiente sano***

Fomentar la cultura de respeto entre los demás de cuidar el medio ambiente, y no únicamente con plantar árboles, sino en primer término cuidar los existentes (prohibir tala de árboles protegidos, apagar adecuadamente las fogatas en los bosques, no consumir tabaco delante de quienes no lo consuman, tirar la basura en los lugares establecidos); lo anterior se protegería por medio de información, prevención y obligaciones por los ayuntamientos de las diferentes entidades.

### ***Vivienda***

Las instituciones establecidas para cubrir este derecho las conocemos como INFONAVIT o FOVISSSTE; sin embargo, si no te encuentras cotizando en las instituciones de seguridad social o estás desempleado, este derecho no se aplica; asimismo, se hace hincapié que en algunas instituciones públicas limitan el derecho a la vivienda a sus trabajadores y el estado no hace nada al respecto.

### ***Atención a la niñez***

Este derecho es compartido, en el cual intervienen los padres o tutores y el Estado, de proporcionar y respetar las necesidades primarias de los niños, para su mejor desenvolvimiento física e intelectualmente, así como atenciones emocionales para que no crezcan con odio o resentimientos que propicien la delincuencia.

Por lo tanto, los derechos fundamentales o derechos personalísimos, son íntegra y normativamente reconocidos por nuestro estado de derecho y plasmados en el texto constitucional, precisamente en el apartado de los derechos humanos y sus garantías.

Con lo anterior, volvemos a las críticas anteriores, el neoconstitucionalismo se encuentra evidente a todas luces en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con lo previsto en el artículo 4º, pero en realidad estos derechos son para el ciudadano mexicano, o acaso, solo es letra muerta; y si son derechos, ¿realmente se hacen valer?, realmente el Estado proporciona los medios para su leal desempeño.

Y no solo se encuentran en el numeral en mención, hoy en día con las reformas del 10 de junio de 2011, las garantías individuales se convirtieron en derechos humanos, por lo tanto, nuestro derecho como personas para exigir que se haga valer lo descrito en la ley es un derecho universal, así como para respetar los mismos por ser parte integrante de la sociedad.

## **V. Conclusiones**

1.- Definitivamente, el paradigma constitucional es la forma política de comprobar que el Estado de Derecho avanza, no se queda estancado; tan es así que desde tiempo atrás, se puede decir que, en nuestro sistema constitucional, la prioridad es el principio de legalidad.

2.- La norma, por el solo hecho de encontrarse plasmada en la Carta Magna o en leyes secundarias, ya es considerada válida; sin embargo, se cuestiona la dubitabilidad de la eficacia y efectividad de su contenido e incluso su aplicación y no por ello cambiará de idea. La persona que pretenda violar una norma, enfocándonos en materia penal, es de todos conocido, que al promulgar



nuevas leyes, no la intimida en lo más mínimo, prueba de ello la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

3.- Es de suma importancia retomar los postulados del Estado Constitucional de Derecho, donde señala que la sustancia, es decir, lo esencial, se encuentra en los valores y derechos fundamentales del hombre, mismos que se han dejado de lado, por enfocarse únicamente al iuspositivismo, y de esta forma le devuelve al pueblo los derechos ya reconocidos, por el solo hecho de ser parte de la existencia de vida de este.

4.- En nuestra ley fundamental, ya se encuentran plasmados precisamente en el artículo 4º, por lo tanto, no solo es obligación del estado hacerlo valer, es obligación de todo el pueblo que esas líneas constitucionales se hagan efectivas; en primer lugar se encuentra en el apartado de los derechos humanos y sus garantías y en segundo lugar es un derecho personalísimo y social, tal y como se expuso por los juristas europeos en el cuerpo del presente ensayo.

## **VI. Bibliografía**

- Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ed. 1ra., Madrid, 2002.
- Comanducci, Paolo: *Neoconstitucionalismo (s), Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*. Ed. Trotta, ed. Miguel Carbonell, Madrid, 2003.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Real Academia Española, 2006.
- *Diccionario Jurídico Enciclopédico*, Consultor jurídico digital de Honduras, ed. 5ª, p. 2009.

- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, ed. 6ta., Madrid, 2004.
- \_\_\_\_\_: *Neoconstitucionalismo (s), Pasado y futuro del estado de derecho*. Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- <http://www.monografias.com/trabajos58/teorias-juridicas-contemporaneas/teorias-juridicas-contemporaneas.shtml>.
- Moreso, José Juan: *Principio de legalidad y causas de justificación, Sobre el alcance de la taxatividad*. Barcelona, 2001.
- Prieto Sanchís, Luis: *Neoconstitucionalismo (s), Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Ed. Trotta, ed. Miguel Carbonell, Madrid, 2003.
- [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_02.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_02.pdf).
- [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09\\_10.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_10.pdf).
- Zaffaroni, Eugenio, et. al.: *Derecho penal. Parte general*. Ed. Porrúa, ed. 2ª, México, 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo: *Derecho Dúctil*. Ed. Trotta, ed. 5ta., Madrid, 2003.

---

**Una aproximación al tema de la prueba  
sobre prueba con especial referencia al  
Proyecto de Código Federal de  
Procedimientos Penales**

*Pedro Vargas Ordóñez\**

RESUMEN: En este breve trabajo, para fines metodológicos y una mayor claridad, primeramente se hace distinción entre lo que son datos de prueba, medios de prueba y prueba propiamente. Enseguida se aborda el tema relativo a la *prueba sobre prueba o contraprueba*, intentando elaborar un concepto que mejor describa su significado. Posteriormente, se procede a escudriñar el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, ya que eventualmente podría adquirir el carácter de ley, a efecto de verificar si contempla esa figura jurídica procesal. Después se enderezan algunas argumentaciones que justifican la necesidad de incorporarla en la legislación procesal federal, particularmente porque la *prueba sobre prueba* contribuiría a controlar la información que se allega al juicio oral; sirve de contención de la fiabilidad de las pruebas de fondo; y, además, reafirmaría el principio de contradicción. Por último, se realiza el comentario final a manera de conclusión, donde se corrobora la hipótesis inicialmente aventurada y se resalta

---

\* Defensor Público Federal.

la conveniencia de que dicho instituto procesal se prevea expresamente

SUMARIO: I. Introducción. II. Prueba, medios de prueba e indicio de prueba. Su diferencia. III. Prueba sobre prueba. Noción. IV. Análisis del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales. V. Pertinencia de legislar la prueba sobre prueba. VI. Consideración final. Bibliografía.

## **I. Introducción**

Las siguientes líneas intentan tocar un tópico no explorado hasta hora en el Derecho Procesal Penal mexicano, me refiero a *la prueba sobre prueba*, el cual se antoja pertinente empezar a desarrollar, en el marco de las reformas constitucionales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de junio de 2008, sobre las cuales se construye el nuevo esquema de justicia penal de corte adversarial.

El tema relativo a la *prueba sobre prueba* o *contraprueba* ciertamente no tiene arraigo en la cultura jurídica del país. La literatura especializada nacional, si acaso hace referencia mínima, ello solo después de la entrada en vigor de algunas legislaciones procesales estatales de carácter acusatorio, antes nada. Dentro de nuestra nutrida jurisprudencia, no existe criterio por razones obvias, ya que había ausencia de leyes sobre el particular.

Por ese motivo, la noción que, aquí, se dé sobre esa figura probatoria, será un tanto desde la óptica del derecho comparado, poniendo especial cuidado en delimitarla con respecto a la prueba superveniente.

No obstante lo sucinto del presente trabajo, se le quiere dotar de cierto rigor, razón por la que, a manera de hipótesis, se enuncia como proposición a demostrar durante su desarrollo *que en el referido Proyecto no se*

*prevé la prueba sobre prueba* y que sería positivo que al promulgarse la ley se incorporara.

## **II. Prueba, medios de prueba e indicio de prueba. Su diferencia**

Uno de los principios básicos del Derecho en general reza que lo que se prueba son los hechos (*thema probandum*), con la salvedad de los notorios y el derecho en sí, los cuales no requieren ser probados. Este último se interpreta y se aplica, pero no queda sujeto a demostración, atento al principio *iura novit curia* que indica que el tribunal es conocedor de la legislación nacional (excepto del derecho extranjero). Amén de que también, en términos generales, *quien afirma está obligado a probar*. En la órbita penal la carga de la prueba de culpabilidad recae en el Ministerio Público o ente similar.

En este orden de ideas, como es bien sabido, no significan lo mismo *prueba* y *medios de prueba*, en virtud de que estos son los instrumentos jurídicos procesales para demostrar, es decir para lograr el convencimiento del órgano del estado impartidor de justicia. Se establece una correlación de medio a fin, donde la prueba constituye ese fin.

También es pertinente mencionar que en el nuevo lenguaje jurídico del proceso penal acusatorio, dentro de la etapa de investigación ya no se habla más de que Ministerio Público *desahoga* pruebas porque únicamente en la audiencia de juicio oral, ante el juez y con posibilidad de refutación de las partes, es donde se *produce* o *se genera la prueba*, propiamente. En la etapa intermedia, en caso de existir acusación, las partes ofrecen los *medios de prueba*. En tanto que en la fase de investigación se alude a *datos de prueba*, haciendo referencia a los instrumentos de prueba que serán llevados al juicio. Se hace una clara distinción.

En el proceso penal, quien acusa tiene la pretensión de probar que el imputado es culpable para la imposición de sanción; en tanto que la defensa tiende a desarticular tal intención y, sobre la base de la presunción de inocencia, pretende que se absuelva al acusado. Las partes, a partir de su teoría del caso, coadyuvan con los medios de prueba que ofrecen a que se esclarezcan los hechos controvertidos (aunque esto no siempre sucede de tal forma).

En este contexto, los medios de prueba apuntan a uno de los *objetos primordiales* del proceso penal acusatorio: *el esclarecimiento de los hechos* (nuevo artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución y artículo 354 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales).

### **III. Prueba sobre prueba. Noción**

Es oportuno señalar, antes de tratar de definir la *contraprueba* que, a diferencia del medio convictivo ordinario, ella no persigue como objetivo primario esclarecer los hechos centrales controvertidos en el proceso penal: culpabilidad o inocencia, por eso *no es prueba de fondo*, más bien es *prueba accesorio*.

Aunque no se descarta que, en la medida que un litigante utiliza la prueba contra prueba para acreditar la falsedad de un testigo que incrimina a su defendido, por ejemplo, en vía de consecuencia, conllevaría a esclarecer la inocencia del imputado, pero tal no es su objetivo primordial sino acreditar la circunstancia: falsedad del testimonio o inautenticidad del documento, por ejemplo.

La nomenclatura es en sí tautológica, pero altamente sugerente, porque nos pone de inmediato en perspectiva de lo que quiere significar. La *prueba sobre prueba* es eso: *probar la prueba*, demostrar la eficacia o ineficacia de un medio convictivo.

En ocasiones, dentro de un juicio, una parte puede controvertir la veracidad, autenticidad o integridad de un instrumento de prueba de la contraria. Para ese fin está en posibilidad de utilizar la denominada *prueba sobre prueba*, esto es, la que demerita el medio de prueba de la contraparte o pone en tela de juicio su credibilidad.

También posee calidad de *contraprueba* la que sirve para respaldar un instrumento de prueba controvertido, al tildarlo de falso o no auténtico. Esta sería una modalidad.

De hecho, en un plano teórico, se encontró que un autor, para elaborar el concepto de la *contraprueba*, focalizó esta modalidad y señaló que: *esta surge de la objeción que hace un litigante sobre la admisión de una prueba de la contraparte, de modo que esta se ve ante la necesidad de presentar prueba adicional para respaldar a lo que fue objetado*.<sup>1</sup>

La prueba sobre prueba se constituye en el medio idóneo para *persuadir* al juez o tribunal de la falta de autenticidad de un documento, de la carencia de veracidad de un testigo o de la poca o nula integridad de una pericial ofrecida por una de las partes procesales. Pero también sirve para *respaldar* el alcance probatorio de la que fue controvertida para que conserve el valor pretendido.

Dice Gascón Inchausti que: *La prueba sobre prueba se nos presenta, de este modo, como un instrumento al servicio del control de la fiabilidad probatoria*. Más adelante, sigue diciendo dicho autor, que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza la expresión prueba sobre prueba para referirse a ciertas pruebas que se practican en el proceso con la finalidad de desvirtuar o de corroborar la eficacia probatoria de otras.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Natarén Nandayapa, C. y Ramírez Saavedra, B.: *Introducción...*cit., p.80.

<sup>2</sup> Gascón Inchausti, F.: *El Control...*cit., pp.11-15.

No es razonable ni conveniente pedir a las partes que prevean todas las posibles ocasiones en que los testigos van a negar su firma, su letra, sus actos o en que simplemente van a mentir acerca de ellos. Además, no se trata realmente de pruebas sobre el fondo del caso y, en consecuencia, no habría superado el test de relevancia de la audiencia de preparación, amén de que, por lo mismo el perjuicio de la sorpresa respecto de la contraparte disminuye ostensiblemente.<sup>3</sup>

El Código Penal Procesal chileno, en el artículo 336, prevé dos supuestos de admisión de prueba cuando no ha sido anunciada en la etapa de preparación: *la prueba nueva y la prueba sobre prueba*, por lo tanto, hace referencia expresa a esta figura probatoria. En cambio, las legislaciones estatales en México que ya se ubican en el contexto acusatorio regulan esta cuestión dentro del rubro de la prueba superveniente, no por separado. El diseño de Código Procesal Federal es omiso, como se verá.

En la legislación chilena, la *prueba nueva* coincidiría con lo que en la tradición procesal penal mexicana se conoce como prueba superveniente o sobreviniente, pero la multireferida prueba sobre prueba recién empieza a tener su equivalente en nuestro sistema de enjuiciamiento punitivo.

Así, algunos especialistas, al abordar la prueba sobreviniente, dicen que puede acontecer que surja una controversia relativa a la veracidad, autenticidad o integridad de la prueba, por lo que el juzgador podrá, de conformidad con su criterio, admitir pruebas destinadas al esclarecimiento de esos aspectos, sin que sea obstáculo el que hayan sido ofrecidas oportunamente, siempre que se acredite que no era posible prever su existencia.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Véase, para abundar en el tema de las pruebas, examen y contraexamen de testigos y peritos a Baytelman, A. y Duce, M.: *Litigación...cit.*, pp. 434.

<sup>4</sup> Oronoz Santana, C.: *Tratado...cit.*, p. 83.



#### **IV. Análisis de Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales**

Se procede a verificar si es válida o no la hipótesis planteada al empezar este trabajo, relativa a que en el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales no existe regulación alguna referente a la prueba sobre prueba.

Para ello, es menester efectuar un examen más o menos serio, que no quede limitado a detectar nada más si existe un apartado o rubro específicos que evidencien ese tópico en ese diseño de código, sino que la búsqueda será un poco más acuciosa mediante un análisis sistemático.

##### ***A. Prueba superveniente y prueba sobre prueba. Sus características***

En este Proyecto, además de la regulación requerida sobre el ofrecimiento y admisión de prueba en su forma *ordinaria*, por decirlo de alguna forma, se prevén como excepciones: la *prueba anticipada* y la *prueba superveniente* (en el Código Chileno se denomina prueba nueva).

La admisión de la prueba anticipada está normada en el numeral 348 del Proyecto de legislación procesal federal. Es legal su recepción por razones de extrema necesidad de que se desahogue antes de la audiencia de juicio para evitar la pérdida o alteración del medio de prueba. Como se advierte, no tiene vínculo alguno con la contraprueba, que es el tema que se desarrolla.

Por otra parte, el artículo 378 del aludido Proyecto de ley regula la *prueba superveniente*, la cual restringe, vale decirlo de paso, las posibilidades de los litigantes de proponerla, ya que su admisión se constituye finalmente en facultad potestativa del juzgador. Además, la recepción de este tipo de prueba procede, acorde a dicho normativo, a solicitud de parte, siempre que esta justifique *no haber sabido de su existencia con anterioridad*

y resulte *indispensable* o *manifiestamente útil* para el esclarecimiento de los hechos.

El aspecto esencial de esta modalidad de prueba estriba en la ignorancia del oferente de que existía, motivo por el que no fue propuesta. De hecho, hoy día, ese es el mismo significado que se le ha asignado en la mayoría de las legislaciones y la forma en que se ha interpretado en nuestro ordenamiento jurídico por los órganos judiciales intérpretes de la ley.

Ahora bien, podría conjeturarse, sin profundizar lo suficiente, que el concepto normativo de prueba superveniente incluye el de la prueba sobre prueba o que ahí se halla implícitamente regulada esta cuestión y que, en consecuencia, no sería necesaria su regulación específica. Sin embargo, esta apreciación no sería plausible porque, de entrada, la aplicación de la norma con esta orientación acarrearía serios problemas jurídicos, tales como: afectación del principio de legalidad, que impide al juez ir más allá de lo que le permite la ley. Si el operador del sistema no cuenta con una sólida formación, respetuosa de los derechos humanos y del principio *pro persona*, no efectuaría una interpretación de dicha norma favorable al imputado. Y que, incluso, sobre la base de una visión pro derechos humanos, qué alcance interpretativo se daría al precepto legal en comento si el solicitante de la prueba sobre prueba fuese el Ministerio Público.

Desde otra perspectiva, se considera que el artículo 378 solo reglamenta la prueba superveniente porque la nota esencial que la distingue de las otras variantes mencionadas es que, para su admisibilidad, las partes tendrían que haber desconocido su existencia en la fase de ofrecimiento de pruebas, esto es, en la etapa intermedia.

En contrapartida, lo fundamental de la prueba sobre prueba radica en que su finalidad es controvertir

el medio de prueba de contraparte. Sirve para demostrar que el testigo de la contraria está mintiendo, o que el documento exhibido es falso, por ejemplo. Este fin no tiene equivalencia en la prueba sobreviniente tal como se halla reglada en el Proyecto de Código Procesal Penal Federal.

Otra característica, no esencial, que debe reunir un medio de prueba para que pueda ser catalogado de superveniente es que resulte *indispensable o manifiestamente útil para esclarecer los hechos*. Sin embargo, la dilucidación de los hechos no conforma una nota propia y exclusiva de la prueba superveniente, ya que es un rasgo común de la prueba en general.

Al inicio de este trabajo, se enfatizó el fin de los instrumentos de prueba en general coincidentes con uno de los objetos del proceso penal: el esclarecimiento de los hechos.

Esta mirada está a tono con el artículo 293 del citado Proyecto de Código Procesal Penal Federal, al establecer que serán admisibles los medios de prueba cuando *sean útiles al esclarecimiento de los hechos*. En términos similares, el artículo 365 (al referirse a la prueba en sí, no a los medios de prueba) menciona que prueba es todo conocimiento cierto o probable *sobre un hecho ingresado al proceso*, que no es otra cosa que esclarecer hechos.

Como se puede observar, no resulta válidamente admisible considerar que el tema referente a la prueba sobre prueba quedaría regulado dentro del rubro de la prueba superveniente, por más que se extendiera el argumento, ya que sus rasgos esenciales son heterogéneos.

### ***B. Un acercamiento a la legislación procesal estatal***

Únicamente para tener una referencia de lo que está ocurriendo con los Códigos de Procedimientos Penales de los estados, se echa un vistazo al del Estado de México y

al de Chihuahua, como mera muestra representativa, ya que no son objeto de este ensayo, ni se tiene el espacio para examinarlos.

Por mera coincidencia con el Proyecto de Código Procesal Penal Federal, el artículo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México que alude a la prueba superveniente es el mismo 378 y lo hace bajo los mismos lineamientos que el Proyecto, pero tiene la virtud de que en el segundo párrafo textualmente prescribe: *Si con motivo de su desahogo surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.*

A riesgo de pecar de extrema ingenuidad, el segundo párrafo sí contempla la prueba sobre la prueba, pero únicamente la relativa a la superveniente, no así la referente a la prueba general. Por tanto, la regulación es imperfecta, no completa.

En cambio, es plausible el diverso numeral 368 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, que también norma la prueba sobre prueba pero de manera aún más acabada, al estatuir que:

*El Tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas sobre hechos supervenientes o de las que fueron oportunamente ofrecidas por alguna de las partes cuando justificare no haber sabido de su existencia. Si con motivo de su desahogo surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido*

*ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.*

A juicio de quien escribe estas líneas, la figura probatoria llamada prueba sobre prueba sí está prevista en este Código Procesal, no obstante que el legislador chihuahuense no la denominó expresamente; lo que no sucede en el Proyecto de Ley Federal para el supuesto de que se llegue a aprobar.

### ***C. Impugnación de la credibilidad del testigo***

A efecto de determinar si hay o no previsión legal de la prueba sobre prueba en el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, se prosigue examinando y se detecta una figura procesal novedosa, sin antecedente en nuestro modelo de enjuiciamiento penal. Esta figura se denomina *impugnación de la credibilidad del testigo* que tiene como objeto combatir la *credibilidad del testigo*, cuestionar ante el juez, estatuye el artículo 372, lo inverosímil, lo increíble, lo *fantasioso* de la narrativa de un testimonio, así como la capacidad de un testigo para percibir o recordar. Verbigracia, si una persona afirma haber observado un acontecimiento con lujo de detalle a más de doscientos metros de distancia de sus ojos, en condiciones adversas de visibilidad, con carencia de luz y además padece miopía, naturalmente no puede ser verosímil su narrativa, circunstancia que bien podría ser impugnada mediante este medio.

De igual manera, la impugnación sería susceptible de versar respecto de la parcialidad con que se conduce un testigo en su declaración, por tener interés u otro motivo. En fin, es muy amplia la gama de causas que podrían dar pie a la impugnación de la credibilidad del testigo.

Sin embargo, este recurso de impugnación de testigos no supone el derecho de los litigantes a ofrecer

pruebas y la correlativa obligación del juez a admitirlas para acreditar que un testigo miente, por ejemplo. No es equiparable a la figura de la prueba contraprueba por tres razones de peso:

1. La impugnación de credibilidad de testigos nada más permite *cuestionar* su credibilidad, esto es, sembrar la duda en la conciencia de juzgador, pero no es viable para ofrecer medio de prueba con la finalidad de demeritar el testimonio plenamente o, en su caso, para darle apoyo. A menos que venga una interpretación jurisprudencial que fije criterio contrario, lo cual sería loable.

2. La impugnación de credibilidad, al tener como propósito el *cuestionamiento* de la confiabilidad del testigo, eventualmente impactaría en la forma de valorar las pruebas y se ponderarían las contradicciones, la parcialidad, la inverosimilitud del declarante, entre otros aspectos, pero esa actividad no se relaciona con el ofrecimiento y admisión de medios de prueba, aspectos típicos de la prueba sobre prueba.

Además, la debilidad de un testigo no solamente se patentiza mediante este recurso, ya que funcionaría similarmente el contraexamen, el cual ataca la credibilidad personal, al enfocar las contradicciones y manifestaciones inverosímiles (artículo 369).

3. La impugnación que se prevé en el numeral 372 del Proyecto de Código solo abarcaría a testigos con debilidades, pero excluiría la refutación, al menos mediante el cuestionamiento, de documentales, periciales y demás medios de convicción, luego entonces tampoco posee los alcances que otorga la contraprueba.

En suma, se corrobora la hipótesis enunciada en el sentido de que el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales no prevé la figura de la prueba sobre prueba.

## **V. Pertinencia de legislar la prueba sobre prueba**

Ante la ausencia de la llamada prueba sobre prueba en el diseño previo del Código Federal de Procedimientos Penales, se considera muy pertinente que se haga el agregado para que figure en la ley que se apruebe o alguna otra análoga, por constituir una herramienta eficaz para controlar la información que se proporciona a la audiencia de juicio y porque así se potencia el principio de contradicción, básico del proceso penal acusatorio, entre otros aspectos positivos que se pueden enumerar. A continuación se esgrimen algunos argumentos que podrían justificar su presencia en la legislación procesal federal.

### **A. Control de calidad de información allegada por las partes**

La prueba sobre prueba representa una herramienta procesal *ad hoc* para controlar la calidad de la información que se cuela, en la etapa del juicio oral, por las partes. Ese acervo informativo servirá de base para dictar sentencia donde se establecerá la responsabilidad o inocencia del imputado.

El correlato de hechos que los litigantes proporcionen a través de testigos, peritos, documentos, etc., cobra importancia, en función del principio de *inmediación*, conforme al cual solo es admisible en audiencia de juicio oral frente al juez. Sin embargo, la sola presencia de este, *per se*, no garantiza necesariamente la autenticidad o confiabilidad de una probanza que se le exhibe. Deben existir otros controles para lograr la pureza de la información en el juicio. Uno de ellos es la capacidad legal de una de las partes de objetar un medio de prueba de la contraparte y que ésta, a su vez, tenga posibilidad de respaldar dicho instrumento convictivo objetado.

Es cierto, el contraexamen o contrainterrogatorio de testigos y peritos, así como el sistema de objeciones y la impugnación de credibilidad son propicios para verificar el estándar de su veracidad, porque como aquí se mencionó, pueden evidenciar debilidades, además, como señalan Natarén y Ramírez, ahí se pondrá a prueba lo que dijeron sobre las respuestas a las preguntas planteadas por el abogado que convocó,<sup>5</sup> pero aun cuando el contraexamen sea impecable, casi perfecto, con un margen de error cercano al cero, estimo que no por eso ya automáticamente se podría dar por cierto lo que los atestes dicen. Siempre será positivo contar con una gama numerosa de instrumentos para controlar la información, tal es la labor plausible que se lograría a través de la contraprueba.

### ***B. La prueba sobre prueba una forma de excluir prueba***

En efecto, el sistema de exclusión de pruebas se erige en instrumento eficiente para controlar la calidad de la información que ingresa a la audiencia de juicio. El momento más idóneo para excluir la prueba, como es sabido, ocurre en la fase intermedia, durante la audiencia de la preparación del juicio, donde las partes están en aptitud de solicitar lo pertinente y el juez de ordenar se excluyan probanzas por *impertinentes, sobreabundantes, dilatorias e ilícitas*, al haberse obtenido con violación de derechos humanos (ver artículos 438 y 443 del Proyecto y 327 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México).<sup>6</sup>

Otro momento procesal significativo para erradicar prueba, aunque no formalizado, sería el del contraexamen

---

<sup>5</sup> Natarén, C. y Ramírez, B.: *op. cit.*, p. 80.

<sup>6</sup> Para mayor información sobre la exclusión de pruebas y actos en la etapa intermedia, *cfr.* Blanco Suárez, R.: “La etapa...cit.”, pp. 193-209.



de testigos o peritos para refutarlos, en la medida que se ataca su credibilidad y se logra que se les reste eficacia convictiva.

Instante diverso para excluir prueba lo sería al efectuarse la impugnación de credibilidad de testigos a que se refiere el artículo 372 del Proyecto de Ley (solo para testigos).

Empero, un momento adicional de exclusión de prueba tendría lugar en el supuesto en que la ley procesal accediera a que los litigantes incorporasen prueba para desarticular la probanza de la contraparte, me refiero a la posibilidad de que se regulase la figura que se analiza: *la prueba sobre prueba*.

### **C. Fortalecimiento del principio de contradicción**

El axioma jurídico básico del proceso penal acusatorio es el de contradicción o contradictorio, sobre la base del cual se procura que se generen condiciones procesales equivalentes para las partes, dotándolas así de *igualdad de armas*. Adversamente al ambiente prevaleciente en un proceso de características inquisitivas o mixtas, donde generalmente uno de los contendientes, el representante del órgano de gobierno, se despacha con la cuchara grande al contar con un cúmulo de facultades que le otorgan amplias ventajas con el consecuente desequilibrio del juicio, en perjuicio de la parte que defiende.

La legitimación jurídica para incorporar una probanza durante el debate, sin que se haya ofrecido previamente con el objeto específico de refutar un medio de prueba de la contraria, no hace sino fortalecer todavía más el principio de contradicción, indispensable para afianzar un esquema adversarial incipiente como el de México.

## **VI. Consideración final**

Es muy importante que en esta fase de transición al modelo de justicia penal acusatorio, durante este periodo *vacatio legis constitucional*, sus principales operadores tomen las previsiones necesarias en todos los campos para que al echar andar el sistema no se atore en los primeros tramos.

Así, en el ámbito de la producción de normas, el legislador federal deberá poner especial cuidado en revisar y perfeccionar el Proyecto de Código, haciendo los agregados o supresiones requeridos, evitando lagunas y deficiencias en la ley procesal federal que eventualmente entre en vigor. Este es el momento propicio.

Como se expuso, sería muy positivo que se previera de manera expresa y específica la figura procesal probatoria conocida como *prueba sobre prueba*, por ser una herramienta sumamente útil al proceso mismo y para las partes, ya que contribuye reafirmar el principio de contradicción. De tal forma se podría consolidar este nuevo esquema de proceso penal acusatorio en México.

## **Bibliografía**

- Baytelman, A. y Duce, M.: *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*. Universidad Diego Portales, Chile, 2004, pp.434.
- Blanco Suárez, R.: “La etapa intermedia” en: *Nuevo Sistema de Justicia Penal para el Estado de México*. Porrúa, México, 2011, pp. 193-209.
- Gascón Inchausti, F.: *El Control de la Fiabilidad Probatoria: <prueba sobre prueba> en el Proceso Penal*. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999, pp. 212.

- Natarén Nandayapa, C. y Ramírez Saavedra, B.: *Introducción a la Prueba en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*. Colección de debates de Derecho Penal. Editorial Ubijus, México, 2012, pp.131.
- Oronoz Santana, C.: *Tratado del Juicio Oral*. Pac, México, 2012, pp. 133.

### ***Legislación***

- Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos.
- Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de México.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.

---

## La perspectiva de género en la labor judicial

*Ulises Alejandro López Téllez<sup>1</sup>*

RESUMEN: El presente documento analiza el género desde una perspectiva judicial; aborda la confusión conceptual que existe en torno a ella y ofrece una noción cultural de la misma; sostiene la conveniencia de aplicar instrumentos transversales en la política judicial para hacer posible la igualdad sustantiva de hombres y mujeres en esa actividad.

SUMARIO: I. Introducción. II. Uso del término género –analogía y confusión conceptual–. III. La perspectiva de género: ¿qué es? o ¿a qué se refiere? IV. La perspectiva de género en la labor judicial. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

### **I. Introducción**

En la actualidad, es frecuente que en distintos sectores del país, entre ellos, el académico, se emitan juicios de valor sobre lo que se piensa, se cree y se quiere en torno a la perspectiva de género, pues es evidente que los hombres y mujeres, como elementos integrantes de la realidad humana (familia, sociedad, estado –poderes públicos–, derecho, educación, culto religioso, medios de comunicación, etcétera), constituyen el centro del debate en el binomio justicia-género.

En ese contexto, la presente reflexión constituye un análisis del género en el campo de la impartición de

---

<sup>1</sup> *Secretario de Juzgado de Distrito.*

justicia, y de manera especial, en la decisión judicial que se produce en los órganos encargados de esa actividad.

Para lograr ese diálogo, en principio se abordará un análisis del uso del término género, así como de sus analogías y confusión terminológica, para luego comentar la significación denominativa de la perspectiva de género, y su implicación en la decisión judicial.

En el presente documento se pretende establecer que la perspectiva de género en torno a la labor judicial involucra el estudio de líneas de acción, como lo son el sensibilizar y formar a quienes imparten justicia para mejorar el acceso a la justicia de las personas, y fomentar ambientes laborales libres de violencia y discriminación al interior de la institución; amén que la impartición de justicia es parte de una realidad subjetiva en la que generalmente los procesos de significación están profundamente influenciados por los puntos de vista aceptados en consenso, por las ideas marcadas por un grupo de individuos que ocupan posiciones de poder, por la cultura, o inclusive como señalan las investigaciones en semiótica, por el lenguaje.

## **II. Uso del término género –analogía y confusión conceptual–**

En nuestros días es cada vez más frecuente que en distintos foros multidisciplinarios se haga alusión a la categoría género y más aun al de equidad de género, para referirse, me parece, a una brecha de tipo perpendicular que se erige sobre la desigualdad entre los hombres y las mujeres.

En parte, esa concepción casi generalizada se apunta crédito pues es innegable que en nuestro país la brecha de referencia es real y en gran medida evidencia la indiferencia de los poderes públicos del estado en sus

distintos niveles de gobierno para implementar acciones eficaces en sus políticas públicas que entiendan, estudien e investiguen el problema, generen mecanismos o alternativas para socavarlo, para luego, en forma integral, gradual y transversal, atender la brecha de la desigualdad entre el hombre y la mujer en sus distintas proyecciones sociales.

Ahora bien, vale la pena apuntar que la corriente feminista de los años setenta justificó el uso de la categoría género con la finalidad de establecer que el propio término servía para diferenciar por un lado los aspectos de tipo social y cultural, y por otro, los de tipo biológico, pues a decir de dicha corriente, de esa manera se entendían de mejor manera las diferencias sustanciales entre el hombre y la mujer, construyendo la base argumentativa en favor de la igualdad de las mujeres.

*El feminismo académico anglosajón impulsó el uso de la categoría “gender” (género) en los años setenta, con la intención de diferenciar las construcciones sociales y culturales de los hechos biológicos. Además del objetivo científico de comprender mejor la realidad social, estas académicas tenían un objetivo político: señalar que las características humanas consideradas femeninas eran adquiridas por las mujeres mediante un complejo proceso individual y social, en vez de derivarse “naturalmente” de su sexo. Supuestamente, con la distinción entre sexo y género se podría contradecir mejor el determinismo biológico y se ampliaba la base teórica argumentativa en favor de la igualdad de las mujeres.<sup>2</sup>*

Bajo esa corriente, el uso de la categoría género condujo al reconocimiento de diversas formas de

---

<sup>2</sup> Lamas, M.: “Usos, dificultades..., cit., p. 87.

interpretación, simbolización y organización de las diferencias sexuales en las relaciones sociales, pero con un perfil crítico sobre la idea de que existe en dicho término una esencia femenina. Casi dos décadas después, esto es, en los años noventa, se hizo más popular ese vocablo al grado de equiparlo con el de sexo.<sup>3</sup>

Hoy día, podemos decir que existen diferentes dificultades para utilizar la categoría género, siendo algunas de las más frecuentes las siguientes.

*La primera es que el término anglosajón “gender” no corresponde de manera puntual con nuestro género: en inglés tiene una acepción que apunta directamente a los sexos (sea como accidente gramatical, sea como engendrar), mientras que en castellano, se refiere a la clase, especie o tipo a la que pertenecen las cosas o a un grupo taxonómico, a los artículos o mercancías que son objeto de comercio y a la tela [...]. En castellano, la connotación de género, como una cuestión relativa a la construcción de lo masculino y lo femenino, solo se comprende en función del género gramatical, pero solo las personas que ya están en antecedentes respecto del debate teórico lo comprenden como relación entre los sexos, como simbolización o construcción cultural.*<sup>4</sup>

Joan W. Scott, propuso una definición de género que contiene dos partes, que si bien se encuentran interrelacionadas, son distintas; y cuatro elementos. En la primera parte, sostuvo que el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las que distinguen los sexos; y en la segunda parte, refirió que el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder. Y en torno a los cuatro elementos

---

<sup>3</sup> *Ídem.*

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 87-88.

que conforman al género delimitó los siguientes: a) símbolos y mitos culturales que evocan representaciones múltiples; b) conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los significados de los símbolos, y que afirman categóricamente los significados de lo masculino y lo femenino; c) instituciones y organizaciones sociales de las relaciones de género, tales como la familia, el parentesco, la política, etcétera; d) y la identidad.<sup>5</sup>

En una forma sencilla podemos decir que el género está vinculado con la asignación diferenciada de roles en virtud del sexo; mientras que el sexo está relacionado con lo determinado biológicamente.

Nosotros, al referirnos a la categoría género, lo haremos como una construcción cultural que apunta al reconocimiento de los derechos del sexo femenino frente a los del sexo masculino desde un enfoque formal, material, igualitario e incluyente, y no como un simple constructo teórico derivado de la brecha que los diferencia.

### **III. La perspectiva de género: ¿qué es? o ¿a qué se refiere?**

Es natural que al oír hablar de perspectiva de género, las personas se pregunten: ¿qué es? o ¿a qué se refiere?; ante ello, el argumento más común es el que se ha construido sobre la premisa de que perspectiva de género es sinónimo de sexo, variable de género, factor género o incluso todo aquello que tiene que ver con las mujeres o con lo femenino.

La comprensión de la perspectiva de género en el mundo del derecho, no ha sido una tarea sencilla, habida cuenta que desde tiempos antiquísimos se ha puesto en evidencia la existencia de una serie de contradicciones.

---

<sup>5</sup> Scott W., J.: "Gender: a Useful Category of Historical Analysis", *American Historical Review*, Número 91, 1996, citado por Lamas, M.: *Op. cit.* pp. 90-91.



Sobre este aspecto, Nicole Arnaud-Duc, refiere que las contradicciones del derecho en materia de género, apuntan desde tiempos aristotélicos, en el que se planteaba la igualdad jurídica en términos de desigualdades consideradas naturales, porque derivaban, precisamente, de la naturaleza de las cosas, lo cual, para las mujeres, implicaba inferioridad física y debilidad de razonamiento; a más de que con tal consideración se creía se legitimaba la desigualdad de tratamiento según el sexo con la afirmación de que las mujeres, en el fondo, deseaban ser protegidas contra su propia debilidad, esto es, de sí mismas.<sup>6</sup>

Ejemplo de lo anterior lo fue Inglaterra del siglo XVII, en lo relativo al tratamiento de la mujer en el ámbito del derecho penal, en cuya época se puso en duda la capacidad de las mujeres en diversidad de campos; en general, se les consideraba incapaces de cometer delitos, y de responder de ellos ante la justicia. Otro ejemplo fue el de la sumisión de la mujer a los fines del matrimonio, que tuvo lugar en Francia del siglo XIX, en donde la supremacía del marido era una especie de homenaje que debía rendir la mujer al poder que la protegía, en otras palabras, el marido extraía su superioridad de la idea de la fragilidad del sexo femenino, que a su vez tuvo su origen en el derecho romano en la figura de la *fragilitas*, que guardaba más bien una relación con el motivo de protección de un menor que con el de la idea propia de fragilidad de la mujer desposada. Ambos escenarios, sin duda, hicieron manifiestas las incoherencias del derecho que se negaba afirmar la supremacía marital, con la consiguiente justificación de la inferioridad, que a juzgar de la época, solo existía en las mujeres casadas.

---

<sup>6</sup> Arnaud-Duc, N.: “Las contradicciones..., cit., pp. 109-148.

Mención especial merece el tema de la reproducción en países de occidente del siglo XVIII (Francia, Inglaterra, Suiza y Alemania) el cual era considerado un deber conyugal para la mujer y que, incluso, con el paso del tiempo se siguió empleando en el mundo contemporáneo. En efecto, en aquella época, el deber conyugal autorizaba al marido a hacer uso de violencia sobre su mujer para lograr la reproducción, siempre y cuando fuera dentro de los límites trazados por la naturaleza, las costumbres y las leyes. Por tanto, era casi imposible que en ese contexto pudiera hablarse de violencia carnal, atentado al pudor o a las costumbres cuando el marido forzaba a su mujer, sin caer en graves sevicias, a tener relaciones sexuales. Situaciones, todas ellas, que no solo se agotan en los ejemplos narrados, sino que además se hacían extensivos sobre la mujer a otros tipos de hechos (incluso al grado de tenerla como incapaz civil en tiempos de guerra y sin que pudiera disponer de los bienes existentes en el régimen patrimonial para solventar los gastos alimentarios de la familia), en donde el ejercicio de los derechos civiles le fueron negados, precisamente, por disposición legal.<sup>7</sup>

Entre los hispanoparlantes, las construcciones terminológicas *perspectiva de género*, *variable de género*, o *factor de género*, tienen una connotación eminentemente apuntada al sexo femenino o a la mujer, siendo incluso equiparable perspectiva de género con la perspectiva del sexo femenino o con la perspectiva que debe incluir al sexo femenino.

Lo anterior no es casual, ya que los diversos usos del género, se debe a que en los años ochenta las feministas sustituyeron el término mujeres por el de género con la finalidad de dotar de seriedad a sus estudios, pues se

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 131-148.

pensó que *género* representaba un término más neutral y objetivo que el de *mujeres*, pues al margen de ajustarse a la terminología científica de las ciencias sociales, a la vez incluía a las mujeres sin nombrarlas, evitando severas críticas en la época.<sup>8</sup>

En los últimos años, se ha utilizado el término perspectiva de género de diferentes maneras y, si bien tal circunstancia ha dificultado la creación de una idea unificadora sobre su alcance y sentido, al menos, permite distinguir dos usos básicos. El primero, para referirse a un enfoque que apunta a las mujeres; y el segundo, para referirse a la construcción cultural de la diferencia sexual con alusión a las relaciones sociales a los sexos.

Una concepción antropológica que ofrece Marta Lamas sobre el estudio de la perspectiva de género, alude a la existencia de un orden simbólico con que una cultura dada elabora la diferencia sexual.

*Indudablemente, una ventaja de usar género para designar las relaciones sociales entre los sexos es la de mostrar que no hay un mundo de las mujeres aparte del mundo de los hombres, ya que la información sobre las mujeres es necesariamente información sobre los hombres. Usar esta concepción de género lleva a rechazar la idea de esferas separadas.*<sup>9</sup>

Otro factor que influye en la dificultad de acuñar una conceptualización uniforme en torno a la perspectiva de género es el debate político sobre la oposición –igualdad versus diferencia– que ha utilizado para caracterizar las posiciones feministas y las estrategias políticas en conflicto. Esto es, *las personas que argumentan que la diferencia sexual es una consideración irrelevante en las*

---

<sup>8</sup> Scott W., J.: *Op. cit.*, p.89.

<sup>9</sup> Lamas, M.: *Op cit.*, p. 92.

*escuelas, el empleo, los juzgados, las legislaturas son colocadas en la categoría de igualdad, mientras que las personas que insisten que en los llamados a favor de las mujeres deben ser hechos en términos de las necesidades, intereses y características comunes a las mujeres como grupo, son colocadas en la categoría de diferencia.*<sup>10</sup>

Al margen de lo anterior, la discusión sobre la complejidad para definir perspectiva de género, no estriba en el debate académico o político de lo que se piensa o se cree sobre la igualdad o diferencia del hombre frente a la mujer, sino en el reconocimiento formal y material de los derechos de las mujeres y sus implicaciones tanto en el ámbito público como privado.

En esa medida, la perspectiva de género no es una simple perspectiva del sexo femenino o de las mujeres, sino más bien es una concepción que reconoce los derechos de las mujeres en forma igualitaria a la de los hombres, atendiendo a sus distintas diferencias que les son connaturales.

Cuando se habla de perspectiva de género, en forma alguna se niega la existencia de la diferencia de género (hombre-mujer), pero el tema sugiere que los resultados de los cuestionamientos ¿qué es? o ¿a qué se refiere? son siempre relativos a ciertas construcciones particulares en contextos o roles específicos; de lo contrario, las categorizaciones absolutas de marcar las diferencias entre hombre y mujer acabarían reforzando simples reglas normativas que a nada práctico conducirían en aras de un reconocimiento sustantivo de derechos igualitarios de hombres y mujeres.

---

<sup>10</sup> Scott W. J.: "Igualdad versus...", cit., p. 87.

#### **IV. La perspectiva de género en la labor judicial**

Desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico, y tal vez desde los tiempos de Platón, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno a series complejas de dualismos o pares opuestos: racional-irracional, activo-pasivo, objetivo-subjetivo, abstracto-concreto, universal-particular, hombre-mujer, etcétera.

Con relación a ello, Frances Olsen estima que existen tres características del referido sistema de dualismos. La primera tiene que ver con que los dualismos están sexualizados, esto es, una mitad se considera masculina y la otra mitad femenina. La segunda, versa sobre el hecho de que los términos de los dualismos no son uniformes sino que constituyen una jerarquía, es decir, en cada par, el término identificado como *masculino* es privilegiado o superior, mientras que el otro es considerado, negativo o inferior. Y la tercera, atiende a la circunstancia de que el derecho se identifica con el lado *masculino* de los dualismos.<sup>11</sup>

Sin embargo, en contra del sistema de dualismos, han surgido algunas tendencias identificadas como posturas o categorías; una de ellas está compuesta por estrategias que se oponen a la sexualización de los dualismos y que han luchado por ubicar a la mujer en el lado favorecido (postura del reformismo legal); la segunda está constituida por estrategias que rechazan la jerarquía de que los hombres han establecido entre los dos lados de los dualismos (postura jurídica-crítica); y la tercera rechaza tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos (postura androginia).

A nuestro modo de ver, la postura que atañe a las decisiones legislativas y, en consecuencia, que impacta

---

<sup>11</sup> Olsen, F.: "El sexo...", cit., p. 25.

en las de tipo judicial, es la del reformismo legal, pues en ella se encuentran numerosos tipos de denuncias en torno a casos de denegación de igualdad formal (por ejemplo, leyes o legislaciones han fijado diferentes edades –según se tratara de hombres o mujeres– para autorizar la compra de bebidas alcohólicas), de denegación sustancial (por ejemplo, cuando en el debate para la implementación de alguna ley se discute la idea de igualdad a partir de los enfoques –tratamiento igualitario frente al tratamiento especial–, según sean hombres o mujeres); de modelos asimilacionistas o masculinos (en donde se ha sostenido que la igualdad se juzga comparando a las mujeres con los hombres, siendo un ejemplo las normas sobre discriminación sexual que permiten que las mujeres puedan elegir actuar como lo hacen los hombres).

Lo cierto es que, independientemente de las citadas posturas, no es nada fácil dar un tratamiento objetivo al derecho en el ámbito de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas, pues el derecho es parte integral del entramado de la vida social; sin embargo, esa realidad no debe inhibir el desarrollo de la igualdad jurídica del hombre y la mujer frente al derecho, claro está, a partir del reconocimiento de sus desigualdades sustantivas.

Sobre este aspecto, Luigi Ferrajoli sostiene que las críticas o posturas dirigidas al análisis de los conceptos igualdad y diferencia manejados por el derecho, se han apoyado en el concepto de la igualdad jurídica, pues la diferencia de sexo, a causa de su carácter originario como una diferencia paradigmática (en el sentido de que ella ofrece el paradigma idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad: lengua, etnia, religión, opinión y similares) en oposición a las desigualdades, que, en cambio no tienen nada que ver con las identidades de las

personas sino únicamente con sus discriminaciones y/o con su disparidad de condiciones sociales.<sup>12</sup>

Dicho lo anterior, centremos nuestra atención sobre la perspectiva de género en la labor judicial. Sobre este punto debemos aclarar que la impartición de justicia es parte de una realidad en la que, generalmente, los procesos de significación están profundamente influenciados por los puntos de vista aceptados en consenso –costumbres, usos, tradiciones, leyes, jurisprudencia, tratados, acuerdos, convenios, etcétera–, por las ideas marcadas por un grupo de individuos que ocupan posiciones de poder, por la cultura o, inclusive, como señalan las investigaciones en semiótica, por el lenguaje.

En efecto, basta con echar un vistazo al marco normativo que ha tenido nuestro país, para advertir la carga axiológica y cultural que en él se configuraron, por ejemplo, en el marco de las constituciones federales de 1824, 1857 y 1917, el poder constituyente del estado mexicano administró paulatinamente mayores prerrogativas para los ciudadanos.

En el caso, de los artículos 1º, párrafo tercero, y 4º de la Constitución Federal, se desprende que la no discriminación es una garantía individual, consistente en el derecho subjetivo de las personas a ser tratadas en la misma forma que todos los demás, así como el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las gobernados ubicados en las mismas circunstancias.

Conforme a tales preceptos, se puede afirmar que en México está prohibido todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana, menoscabe los derechos y libertades del hombre y la mujer, porque ambos

---

<sup>12</sup> Ferrajoli, L.: "Igualdad...", cit., pp. 73-92.

deben ser protegidos por la ley sin distinción alguna, y por ello deben gozar de los mismos derechos y de la igualdad de oportunidades para ejercer las libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil, entre otros más.

Ahora bien, las razones que podemos ofrecer para hablar sobre la necesidad de contar con un sistema de impartición de justicia igualitario para hombres y mujeres que a día a día participan en labor judicial, son variadas y diversas, basta con echar un vistazo al diagnóstico integral en materia de equidad y género, que llevó a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el periodo 2008-2009, con base en el cual se diseñó una estrategia y se definieron las actividades que implementaría el Programa de Equidad y Género para introducir la perspectiva de género en el tribunal constitucional del país.<sup>13</sup>

La razón medular nació de una revisión realizada a la normativa interna para determinar si en ella se favorecía o no la participación de las mujeres en los ámbitos de decisión, si se preveían medidas de acción afirmativa, si se respetaban los principios de “trabajo igual, salario igual” y “salario igual, por trabajo de igual valor”, y si se fomentaba la equidad en el ejercicio de las responsabilidades familiares; los resultados fueron analizados con perspectiva de género, esto es, contemplando las dimensiones sociales y legales, partiendo de la distinción conceptual entre sexo y género, y considerando la división sexual del trabajo y las relaciones de poder existentes entre los géneros.

Dicho diagnóstico visualizó la discriminación por resultado, deducido del impacto diferenciado de normas

---

<sup>13</sup> [http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Diagnostico\\_equidad\\_de\\_genero.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Diagnostico_equidad_de_genero.pdf)



que son en apariencia neutrales entre los hombres y las mujeres, pero que en la praxis resultan diferenciadoras.

Se explica, el citado estudio arrojó que la normativa interna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no contenía disposiciones expresamente discriminatorias por razón de sexo, empero tampoco incorporaba en forma explícita la perspectiva de género; dicho en otras palabras, se constató que la percepción de las tareas según el sexo, aunque minoritaria, existe la tendencia de asignar tareas conforme a estereotipos de género, es decir, se percibe a los hombres más aptos para las tareas jurisdiccionales y a las mujeres más aptas para las relaciones públicas. A más que la participación de las mujeres en el ámbito de la decisión judicial es sustancialmente inferior que la del hombre, por lo que estos últimos perciben mejores salarios y prestaciones y detentan posiciones con mayor capacidad en ese tipo de funciones decisorias.<sup>14</sup>

Asimismo, el citado análisis demostró que existe una clara percepción entre el personal jurisdiccional de que un sistema de trabajo organizado por objetivos, en oposición a uno por horario extendido resulta más aceptable, lo cual beneficia a las personas dedicadas a las responsabilidades familiares, particularmente a las mujeres. De ahí que ahora se vea con buenos ojos que los esquemas de trabajo por metas, objetivos y resultados propician que los funcionarios judiciales puedan aspirar

---

<sup>14</sup> La menor cantidad de mujeres conforme aumenta el rango y el nivel de decisión de los cargos, permite mostrar la existencia de *techos de cristal*. Los *techos de cristal* son las normas no escritas, que dificultan o impiden a las mujeres acceder a puestos de decisión en el ámbito público y privado y que son invisibles al no provenir de una ley o política expresa. A manera de ilustración, se tiene que el 18% de las ministraturas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son ocupadas por mujeres, es decir 2 de 11. Al margen de que la Presidencia del más alto tribunal del país nunca ha sido encabezada por una mujer.

a un igual acceso de oportunidades laborales y puedan disfrutar de la vida privada y familiar sin distinciones.

También se destacó el cambio de actitud de los hombres y mujeres frente a los estereotipos de género que durante muchos años habían influenciado en la labor judicial ha ido a la baja; más de la mitad de las mujeres examinadas coincidió que el hombre ya no es el proveedor principal de la familia, e incluso existe mayor apertura por parte de las mujeres a intercambiar el rol masculino o de proveedor, que por parte de los hombres a adoptar el rol femenino o de cuidado familiar.

Sobre este aspecto, el Programa de Equidad y Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisa que los llamados estereotipos de género aluden a ciertas características, actitudes y roles que en una sociedad le son atribuidas a hombres y mujeres en razón de su sexo, pero que desafortunadamente, a dichas características, actitudes y roles es usual que se les adjudique un mayor valor cuando se trata de una asignada al sexo masculino. Tan es así que determinan el quehacer del Estado, lo cual se observa en el conjunto de leyes, políticas públicas y decisiones judiciales que en muchas ocasiones al tratar de ser neutras, avalan, reproducen y consolidan los estereotipos de género. Ejemplo de ello lo es la inexistencia legal de las licencias de paternidad, que reflejan, como ya se dijo, la posición del estado frente a ese tipo de eventos; de ahí que actualmente diversas instituciones, entre ellas, el Poder Judicial Federal, tengan que transversalizar la perspectiva de género en sus labores administrativas y sustantivas.<sup>15</sup>

Aunado a ello, la discriminación laboral y la violencia de género sigue estando presente en la labor judicial, sin

---

<sup>15</sup> [http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=nota&id\\_article=672](http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=nota&id_article=672)

que ello demerite el hecho que exista una gran percepción entre funcionarios judiciales hombres y mujeres de sentir orgullo o privilegio de laborar para una institución que estiman trascendental para el país, en la que existen buenas prestaciones y oportunidades de desarrollo profesional; pues aún se presentan múltiples casos de discriminación por rango o nombramiento, seguido por el nivel de escolaridad y edad, además de que existe ambigüedad para el personal administrativo e incluso judicial sobre lo que es el hostigamiento y acoso sexual, tanto más si se toma en cuenta que la normativa interna presenta un vacío en ese sentido, pues no contempla a ninguna de ellas.

Llama la atención que en lo tocante a las *medidas de acción afirmativa*,<sup>16</sup> para incluir en las políticas laborales que equiparen los derechos de los hombres y las mujeres, existe una gran percepción en el personal jurisdiccional de que sea una medida arbitraria la incorporación de cuotas de género en la designación de impartidoras de justicia (juezas y magistradas), pues se piensa que tal medida soslaya al mérito profesional y provoca discriminación hacia los hombres, al no respetar la igualdad de oportunidades y no resolver el problema de fondo, solo sus consecuencias.

Como se ve, el ámbito de impartición de justicia en nuestro país, aun con diversas desigualdades de oportunidades para hombres y mujeres, año con año experimenta un incremento considerable de la participación de la presencia femenina en ese sector, alejándose cada vez más del estereotipo histórico de que se estaba frente a una función exclusiva para hombres;

---

<sup>16</sup> Las medidas de acción afirmativa son estrategias legislativas o de política pública de carácter temporal para incrementar la participación de las mujeres en los ámbitos de decisión y remediar la discriminación histórica.

sin embargo, esa participación no ha sido garantizada en igualdad de oportunidades sustantivas, pues si bien es cierto que existe un alto porcentaje de mujeres que laboran para el Poder Judicial Federal, no menos cierto es que su participación en las decisiones de tipo judicial es mínima, limitando su participación a funciones de carácter operativo o administrativo.

En abundamiento, según datos obtenidos del informe anual de labores 2010,<sup>17</sup> se desprende que en la última década, la participación de la mujer en el Poder Judicial de la Federación representó casi 43% del total de servidores públicos en el desempeño de la función judicial, lo que no necesariamente implicó que se estuviera frente a un porcentaje neto de mujeres juzgadoras, sino únicamente con injerencia o participación en la labor judicial.

Lo rescatable de esa cifra es que al menos, desde el campo de la estadística, representa una realidad cuantitativa que derivó de la necesidad de que se incluyeran y mantuvieran en los órganos de impartición de justicia la participación de las mujeres; dicho en otras palabras, de que coexistan entre los operadores del derecho encargados de emitir la decisión judicial, hombres y mujeres, si bien, con diferencias sustantivas en cuanto a su propia naturaleza, con idénticas atribuciones en torno a la posibilidad sustantiva de resolver problemas sobre género.

Una razón más por la que debe estar proscrita todo tipo de discriminación que obstaculice los derechos y libertades del hombre y la mujer, para que ambos sean protegidos por la ley sin distinción alguna, y por ende puedan gozar de los mismos derechos y oportunidades en

---

<sup>17</sup> <http://www.cjf.gob.mx/documentos/InformeAnualLabores/AnexoDocumental2010/PDF1/038SC.pdf>

la impartición de justicia, es que los justiciables, es decir, todos aquellos que acuden a juzgados y tribunales, así como los abogados que los representan y asesoran, tienen como derecho constitucional que la administración de justicia sea impartida por juzgadores (hombres y mujeres), con iguales facultades decisorias para resolver un mismo problema con enfoque integral, esto es, con perspectiva de género; sin que ello implique que su entendimiento sea visto como una cuestión de que existan puestos decisorios en función de la cuota de género, sino como una exigencia que atienda a las igualdades sustantivas a partir de sus entendidas diferencias.

Se trata no solo de construir una idea de impartición de justicia desde un punto de vista formal, es decir, de lo que se piensa y se busca con en ella, sino también es necesario preguntarse dónde queda la parte material de la existencia de la impartición de justicia, esto es, quién actúa, quién la aplica, quién es el juzgador, qué hay detrás de los sujetos encargados de la administración judicial.

En ese contexto, la perspectiva de género en el ámbito de la labor judicial debe involucrar en forma paulatina el estudio de líneas de acción, como lo son el sensibilizar y formar a quienes imparten justicia para mejorar el acceso a la justicia de las personas y fomentar ambientes laborales libres de violencia y discriminación al interior de la institución.

Para asegurar que esas líneas de acción cobren eficacia, es vital la implementación de una política pública en materia de derecho judicial que dé respuesta a las necesidades de las personas encargadas de su impartición, que considere varias dimensiones, entre ellas, los sectores económicos-sociales, los niveles educativos y, desde luego, al propio género.

La experiencia internacional, en países europeos y anglosajones, como en el caso chileno, ha demostrado que a través de los programas de acción o de gestión se puede promover un cambio en el sistema de equidad y género, para cambiar las prioridades, la información y la manera en que se toman decisiones en temas que tienen incidencia sobre hombres y mujeres.<sup>18</sup>

Una de las estrategias que ha funcionado en el caso chileno es la incorporación de la transversalización del Estado. La Real Academia Española define *transversal* como algo que se halla o extiende atravesado de un lugar a otro. Por tanto, la transversalización puede ser entendida como el proceso mediante el cual las políticas, programas, áreas de gestión y asignación de recursos de los órganos públicos, entre ellos, el judicial, van incorporando una perspectiva determinada que incluye por igual a hombres y mujeres.

A últimas fechas, parece que el debate académico ha hecho una apropiación básicamente discursiva de la importancia de transversalizar algunas dimensiones, particularmente la del género; sin embargo, usualmente las políticas de transversalización se centran en el desarrollo de estrategias (definición de objetivos y compromisos nominales) sin mayores avances en la aplicación de las mismas y sin que estas signifiquen alguna obligación para los órganos públicos en adoptarlas.

No obstante que poco se sabe respecto a políticas de transversalización y de su implementación en los programas estatales en México, pues resulta complejo, en principio, saber qué hacer para que el conjunto de los organismos públicos (niveles de gobierno en sus distintas funciones) consideren esas dimensiones, se estima que

---

<sup>18</sup> Guerrero Caviedes, E.: "Transversalizando...", cit.

en la actualidad es viable incorporar en forma paulatina procesos y mecanismos de gestión que permitan aplicar herramientas de transversalización judicial, que vayan más allá de una simple declaración de voluntades sino que además posibilite la inserción real e igualitaria entre hombres y mujeres en la importante labor de la decisión judicial; una forma efectiva sería a través de la asignación presupuestaria vía incentivos, dirigidos a los Tribunales Superiores de Justicia de los gobiernos locales.

La tarea implica, indudablemente, la exigencia de trabajar en la creación de estrategias de aplicación transversal tendentes a conocer el estado actual de la impartición de justicia con perspectiva de género en México, acordes con políticas instrumentadas, promoviendo la reflexión académica y jurídica en materia de género y justicia.

Asimismo, se deben aportar herramientas teóricas y prácticas para juzgar con perspectiva de género y fomentar el intercambio de ideas y experiencias en la labor judicial, a través de la implementación de foros de análisis, estudio y debate, con participación de juzgadores y juzgadas que permitan intercambiar sus experiencias al momento de resolver asuntos complejos o trágicos en los que hayan estado en conflicto intereses de sectores sociales vulnerables (menores de edad, incapaces, víctimas del delito, etcétera) o derechos colisionados.

Es normal que los juzgadores y, en general, todo aquel que desempeña su labor en los órganos de impartición de justicia, conviva de distintas maneras en la sociedad de la que son parte, y que estas relaciones puedan crear intereses entre personas y grupos de pertenencia, con la consiguiente necesidad de que se vea reflejado el papel que cada hombre y mujer tiene en la impartición de justicia; para lograr ese objetivo, se requiere

establecer estrategias en el ámbito gubernamental, que robustezcan los mecanismos para la institucionalización de la perspectiva de género; socializar la información relacionada con la perspectiva de género y el acceso a la justicia y concientizar a las personas de la exigibilidad de sus derechos.

## **V. Conclusión**

Las ciencias sociales, entre ellas, la disciplina jurídica, han demostrado que, del mismo modo como las organizaciones humanas han sido fundamentales en la comprensión de la civilización y el concepto de justicia, estas también han sido determinantes para entender de mejor manera qué es, qué se piensa, y qué se hace por la justicia de género.

El Estado al ser considerado la principal y más importante forma de organización política y social debe continuar desarrollándose; para procurar ese crecimiento, es necesario salvaguardar y abonar por la permanencia de un sistema mínimo de valores y objetivos transversales que hagan de la justicia de género una forma de pensar, actuar y realizar en cada acto, pues para la adecuada administración e impartición de justicia se debe coexistir en el ejercicio cotidiano y reiterado de los actos justos de cada día.

Por tanto, en la labor judicial no debe permanecer como un tema neutro o ciego el relativo a la perspectiva de género, pues ello solo favorece a la discriminación y la desventaja existente en la sociedad entre hombres y mujeres; por el contrario, se debe asumir que un trato igualitario y no discriminatorio implica el reconocimiento de esas desigualdades. Sin que ello implique que, al reconocer las desigualdades y diferencias existentes entre hombres y mujeres, se fomente la discriminación, pues precisamente, a través del reconocimiento de las



desigualdades que existen entre hombres y mujeres es como se asegura la igualdad sustantiva o de facto, comúnmente denominada equidad de género.

En ese contexto, es válido afirmar que la perspectiva de género, como construcción cultural que apunta al reconocimiento de los derechos del sexo femenino frente a los del sexo masculino en el contexto del derecho, juega un papel vital en el discurso judicial, ya que, a través de la actividad diaria del género en la emisión de las decisiones judiciales, es como se puede lograr una perspectiva igualitaria, sustantiva e incluyente de la actividad humana. Bajo ese argumento, habría que tomarse en cuenta la acepción castellana de género, en el sentido de que mujeres y hombres pertenecen a un mismo género: el humano.

### **Bibliografía**

- Arnaud-Duc, Nicole: “Las contradicciones del Derecho”, en *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, Duby, Georges, y Perrot, Michelle, Taurus Minor, 2000.
- Ferrajoli, Luigi: “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- Lamas, Marta: “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”, en *Cuerpo: Diferencia Sexual y Género*, Taurus –Pensamiento–, México, 2002.
- Olsen, Frances: “El sexo del derecho” en *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Ruiz, Alicia E. (compiladora), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Biblos, 2000.

## **Hemerografía**

- Scott W. Joan: “Gender: a Useful Category of Historical Analysis”, en *American Historical Review*, Número 91, 1996.
- \_\_\_\_ “Igualdad versus diferencia: los usos de la teoría postestructuralista”, en *Debate Feminista*, número 5. México, 1992.
- Guerrero Caviedes, Elizabeth: “Transversalizando la perspectiva de género mediante instrumentos de control de gestión”, en *Debate feminista*, número 34, octubre, 2006.

## **Páginas electrónicas**

- <http://www.cjf.gob.mx/documentos/InformeAnualLabores/AnexoDocumental2010/PDF1/038SC.pdf>
- [http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Diagnostico\\_equidad\\_de\\_genero.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Diagnostico_equidad_de_genero.pdf)
- [http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=nota&id\\_article=672](http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=nota&id_article=672)

---

## **¿Reparaciones en serio? A propósito de la Ley General de Víctimas**

*Miguel Ángel Antemate Mendoza\**

*La Justicia guarda relación, en última instancia, con la forma en que las personas viven sus vidas y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean.*  
*Amartya Sen*

SUMARIO: I. Preliminar. II. La Ley General de Víctimas. III. A manera de conclusión. IV. Bibliografía y jurisprudencia internacional.

### **I. Preliminar**

Los derechos humanos son un cúmulo de herramientas trascendentes que nos permiten desarrollar un plan de vida con dignidad; genéricamente, podemos señalar que los derechos humanos consisten en un: *Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.*<sup>1</sup> Los derechos humanos se estudian desde una perspectiva interdisciplinaria, no son objeto de análisis solo de abogados, puesto que otras áreas del conocimiento como la Antropología, la Sociología, la Economía, la Filosofía, la Ciencia Política o la Medicina, ayudan a enriquecer y construir su interpretación y ayudan a su difusión.

\* Profesional Operativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>1</sup> Rodríguez y Rodríguez, J.: *Enciclopedia...cit.*, pp.636.

El término derechos humanos suele emplearse con mayor fuerza en el foro internacional, precisamente porque la *Era de la internacionalización de los Derechos* surgió con la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y se reafirmó en 1948 con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Desde entonces, se han emitido más de un centenar de instrumentos vinculantes y declarativos con nociones referentes a los derechos humanos, tanto del sistema de las Naciones Unidas como de los Sistemas Regionales. Los Estados Unidos Mexicanos forman parte del Sistema Universal (derivado de la membresía de las Naciones Unidas) así como del Sistema Interamericano (derivado de la membresía de la Organización de los Estados Americanos).

Así, a raíz de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, el alcance y contenido del artículo 1º tuvo un importante avance para la construcción de la doctrina nacional y jurisprudencial en materia de derechos humanos; por ejemplo, el párrafo primero incorpora ahora un bloque de constitucionalidad abierto a ‘los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte’. Es decir, la titularidad de derechos comprende a todas las personas con un marco normativo previsto tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales (fuente internacional) y esto, en relación con el diverso artículo 133, implica que *todos los tratados* que son parte de la Ley Suprema de la Unión que prevean derechos humanos cuentan con rango de *paridad constitucional*, ya que es el propio artículo 1º el que le otorga dicho rango en la conjunción copulativa *y los tratados*.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

La anterior explicación puede desprenderse del análisis del Senado de la República a la minuta de la Cámara de Diputados, en virtud de la cual el parámetro convencional o bloque de constitucionalidad, tendría que hacerse extensivo no solo a los tratados de derechos humanos, tal como fue manifestado por el senador Fernando Elizondo Barragán: *porque los tratados sobre derechos humanos son normalmente tratados multilaterales suscritos por todo un hemisferio, por una colectividad de naciones que blindaría a nuestra propia Constitución contra ideas descabelladas o contra cosas absurdas. Al eliminarse esa referencia a los sobre derechos humanos, entonces ya queda abierto a cualquier tratado bilateral, plural, multilateral, de los que sean. Y cualquier disposición con pretensión de derecho humano que se inserte en un tratado bilateral entre México y otra nación, se verá incorporado a los derechos fundamentales constitucionales. Esa es la preocupación.*<sup>3</sup> En este orden de ideas, puede arribarse a una hermenéutica habilitada por la nueva redacción de este primer párrafo del numeral 1° en conexión con el artículo 133, primera parte<sup>4</sup> de la Constitución Federal, y podría dejar sin efectos la antigua interpretación del Tribunal Constitucional sobre la posición de los tratados en el orden jurídico mexicano, únicamente cuando se tratase de *normas* relativas a Derechos Humanos<sup>5</sup> sin

<sup>3</sup> Cámara de Senadores. Discusión de Sesión del 8 de marzo de 2011.

<sup>4</sup> 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>5</sup> Véase el criterio: P. IX/2007, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro siguiente: *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.*

una clara referencia de fuente bilateral, multilateral o temática, pues la *conditio sine qua non* versa con la característica sustantiva de la norma, es decir: derechos humanos.

No obstante la preocupación por parte del órgano reformador de la Constitución, puede decirse que la recepción por parte del Derecho mexicano de todo ese *Corpus Iuris* de protección y garantía del Derecho Internacional de los derechos humanos, sin duda tendrá por efecto la maximización de los contenidos y libertades, una función más dinámica de los organismos públicos de protección de derechos humanos y una herramienta más eficaz para los operadores jurídicos de todo el país. Por ello mismo, y al margen de la *novedad* que resulta el denominado *Control de Convencionalidad*,<sup>6</sup> también resulta oportuno enfatizar que si nos encontramos ante un paradigma distinto, en palabras de Miguel Carbonell: *La Reforma Constitucional de 2011 en materia de derechos fundamentales nos permite avanzar de manera considerable hacia la modernidad jurídica. Se trata de una reforma que, si bien no es exhaustiva, sí añade elementos muy novedosos y positivos al ordenamiento constitucional mexicano.*<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> La figura del Control de Convencionalidad desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su *leading case* plenario: *Almonacid Arellano*, consiste en el contraste de los actos u omisiones de los agentes estatales bajo el filtro tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como de su interpretación en los casos que ha fallado, dicha figura comprende una interpretación reforzada de los artículos 2, 8 y 25 de la Convención Americana que recientemente la doctrina nacional ha tenido a bien en *descubrir* en su perspectiva hemisférica. No obstante, el mejor artículo en México sobre el tema puede encontrarse en: Karlos Castilla, “El Control de Convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Vol. XI, 2011, pp. 593-624.

<sup>7</sup> Carbonell Sánchez, M.: *et al*: «La Reforma...cit.», pp. 101.

Finalmente, puede establecerse que el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Federal, introduce el famoso criterio de preferencia interpretativa denominado *Pro Persona*, en virtud del cual, las normas de derechos humanos deben aplicarse-interpretarse de manera amplia cuando los consagran, a efecto de irradiar esa protección, mientras que las limitaciones a estos tendrán una interpretación restringida.<sup>8</sup> Hasta aquí resulta muy claro.

### ***1.1 Las Obligaciones Constitucionales del Párrafo tercero del artículo 1°***

Ahora bien, conviene precisar el contenido del artículo 1° párrafo tercero y las obligaciones que de él derivan. En efecto, dicho precepto normativo establece una serie de obligaciones generales para todas las autoridades del Estado Mexicano. En primer lugar, se establece la fórmula que menciona que deberán promoverse, respetarse, protegerse y garantizarse los derechos humanos de conformidad con los principios que introdujo el Constituyente Permanente tomados de la *Declaración y Programa de Acción de Viena en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos* de 1993, esto es: *Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.*

Por otro lado, autores como Miguel Carbonell han señalado que las obligaciones derivadas de este párrafo tercero pueden ser tanto generales como específicas; así, la primera relativa a la *Obligación de Respetar*, infiere una conducta de abstinencia del Estado para lesionar

---

<sup>8</sup> Véase: Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párrafo: 36.

los derechos humanos; en segundo lugar, la *Obligación de Proteger* implica que el Estado debe llevar a cabo actuaciones con la intención de evitar que otros agentes (públicos o privados) violenten los derechos humanos; en diversa perspectiva, la *Obligación de Cumplir* infiere la adopción de medidas activas en favor de grupos en situación de vulnerabilidad.<sup>9</sup>

Ahora bien, por cuanto hace a las funciones de promoción, ello requiere de un amplio abanico de actuación por la que el Estado mexicano hace del conocimiento la cultura de los derechos humanos y alienta a su población para ejercerlos y defenderlos en su caso, por ejemplo, una de las vertientes por las cuales se cumplimenta la *Obligación de Promover* es a través de las políticas públicas por medio de la administración o a través de la educación, en los términos del artículo 3º párrafo segundo de la Constitución Federal en tanto que el Estado fomentará en la educación el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional.

Por cuanto hace a la *Obligación de Garantizar*, implica la actualización de los recursos y/o mecanismos de tutela para resarcir la violación cometida, no obstante, a nivel internacional la *Obligación de Garantizar* se desprende una serie de obligaciones más específicas: *Obligación de Prevenir*, *Obligación de Investigar*, *Obligación de Sancionar* y *Obligación de Reparar*.

La violación a la *Obligación de Prevenir* se presenta cuando *un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por*

---

<sup>9</sup> Véase: Carbonell, Miguel, «Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana», en *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 609, 1ra. Edición, UNAM, México, 2011, pp. 75 y ss.



*no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.*<sup>10</sup> La obligación de prevenir no se verifica por la comisión de un acto violatorio de derechos humanos, sino cuando el Estado pudo advertir de forma razonable la comisión de determinadas violaciones (o incluso teniendo conocimiento de ellas) y al dejar de cumplir con su deber de proteger, puede generarse en el caso, la violación a dicha obligación de prevenir, un ejemplo de lo anterior se verificó en la resolución del caso *Campo Algodonero vs. México*, en donde la Corte Interamericana consideró que nuestro país *no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a su privación de libertad.*<sup>11</sup>

En segundo lugar, la *Obligación de Investigar* requiere que, para desentrañar la verdad respecto de la acción u omisión constitutiva de violación a derechos humanos, todas las actuaciones del Estado se lleven a cabo con total diligencia y cuidado, pues no se trata de que la investigación culmine siempre de forma exitosa (finalidad objetiva) sino que *debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o*

---

<sup>10</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez...*,cit.

<sup>11</sup> Corte IDH, *Caso González...*,cit., prf. 284.

*de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público...*<sup>12</sup>

En tercer lugar, aparece la *Obligación de Sancionar*, la cual determina que la actuación del Estado debe enfocarse en imponer las sanciones correspondientes a aquellos que por sus actos han vulnerado los Derechos Humanos, se trate de acciones u omisiones, pues sería contrario al acceso a la Justicia mantener un *status quo* de impunidad de los perpetradores.

Ahora bien, el párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución Federal estipula la *Obligación de Reparar*; a nivel internacional, dicha obligación surge como resultado de una determinación que ha precisado la violación a un derecho humano, lo que conlleva su debida reparación, si las características de la actuación estatal lo permiten, entonces es posible retrotraerse a la comisión del acto ilícito internacional; la Corte Interamericana lo ha definido en los siguientes términos: *La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación,*

---

<sup>12</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez...cit.*, prf. 177.

*a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.*<sup>13</sup>

Finalmente, conviene señalar que hasta este momento el Tribunal Constitucional ha emitido una tesis un poco ambigua sobre el tema de la *Obligación de Reparar*, en el criterio: 1a. CXCV/2012 (10a.), de rubro siguiente: *DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE*.

## **II. La Ley General de Víctimas**

La denominada *Ley General de Víctimas* es un cuerpo normativo resultado del trabajo en colaboración de organizaciones de la sociedad civil diversificados en dos temáticas: por un lado, organizaciones vinculadas con las violaciones a derechos humanos; en este sentido, es visible el liderazgo del *Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad*Ç; y por otra parte, también es visible el trabajo de organizaciones de la sociedad civil vinculadas con el combate a la impunidad a consecuencia de la comisión de conductas ilícitas en una relación estricta de Derecho Penal; por tanto, existen dos temáticas diferenciadas con la Ley General de Víctimas. El conjunto normativo fue promulgado el 9 de enero de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*, después de que el Ejecutivo Federal se desistiese de la controversia constitucional presentada durante la administración del presidente Felipe Calderón Hinojosa.

El cuerpo normativo que se encontraba vigente hasta

---

<sup>13</sup> Corte IDH, *Caso Masacre...*cit.

antes de su reforma de marzo de 2013, comprendía un total de 189 artículos dispuestos en diez títulos,<sup>14</sup> con la reforma de marzo pasarían a ser un total de 180 artículos en los mismos diez títulos con diversos numerales transitorios para efectos de armonización por parte de las entidades federativas.

El artículo 1° de la Ley General de Víctimas determina que la legislación en comento es de *orden público de interés social y observancia en todo el territorio nacional, en términos de lo dispuesto por el artículo 1o, párrafo tercero, artículo 17, y el artículo 20 apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tratados Internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, y otras leyes en materia de víctimas*. El párrafo segundo de dicho artículo 1° apela al principio *pro persona*, pero el tercer párrafo introduce un sistema competencial al considerar que la legislación obliga a las autoridades de los tres ámbitos de gobierno, y de los tres poderes constitucionales, así como a cualquier oficina, dependencia, organismo o institución pública o privada que vele por la protección de las víctimas, a proporcionar ayuda, asistencia o reparación integral.

Acto seguido, el párrafo cuarto del artículo 1° de la Ley de Víctimas define el concepto de *Reparación Integral* misma que comprende *medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y*

---

<sup>14</sup> Título Primero *Disposiciones Generales*, Título Segundo *De los Derechos de las Víctimas*, Título Tercero *Medidas de Ayuda Inmediata*, Título Cuarto *Medidas de Asistencia y Atención*, Título Quinto *Medidas de Reparación Integral*, Título Sexto *Sistema Nacional de Víctimas*, Título Séptimo *De la Distribución de Competencias*, Título Octavo *Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral*, Título Noveno *De la Capacitación, Formación, Actualización y Especialización* y Título Décimo *De la Asesoría Jurídica Federal y de las Entidades Federativas de Atención a Víctimas*.

*simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho punible cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante.*

Por lo que hace al artículo 4°, se determina que las víctimas son personas que directamente hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional o, en general, cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos.

Ahora bien, con la reforma propuesta en febrero de 2013, se determinó que dicha ley sería acorde con (...) *las obligaciones y tareas del Estado mexicano señaladas en los artículos 1 y 20, apartado “C” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para reparar a las víctimas de violaciones a derechos humanos y a las víctimas del delito, a través de una ley en los estrictos términos que señala la propia Constitución en la fracción XXX del artículo 73.*<sup>15</sup>

Por otro lado, los cambios normativos derivados de la reforma se hicieron para incluir a algunos conceptos como el de *Víctimas Potenciales*, para incluir a los defensores de las víctimas (particularmente a los defensores de derechos humanos). Se incorpora también el concepto de *Mínimo existencial*, consistente en la obligación del Estado de proporcionar a la víctima y a su núcleo familiar un lugar en el que se les preste la atención adecuada para que superen su condición y se asegure su subsistencia con la debida dignidad.

El artículo 6° de la Ley General establece la existencia

---

<sup>15</sup> Exposición de motivos de reformas a la Ley General de Víctimas.

de Asesores Jurídicos de Atención a Víctimas, que deberán operar tanto en el ámbito federal, como en las entidades federativas. Se agrega un concepto de delito, consistente en el *acto u omisión que sancionan las leyes penales*.

El artículo 7° enuncia algunos derechos que habrán de tener las víctimas en lo general, tales como a una investigación pronta y eficaz, a una reparación manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño o menoscabo que han sufrido en sus derechos como consecuencia de violaciones a derechos humanos y por los daños que esas violaciones les causaron; se tiene derecho a conocer la verdad de los hechos ocurridos así como a la protección y salvaguarda de su vida y su integridad. La Ley General reformada alude a los derechos de las víctimas en el proceso penal, y, entre las novedades que estipula, se menciona en su artículo 12 el derecho a la reparación del daño, así, al tratarse de una sentencia condenatoria no podrá absolverse de la reparación y en caso de omisión de la víctima o su asesor, la obligación correrá a cargo del Ministerio Público.

Ahora bien, el capítulo sexto del título segundo establece en sus artículos 26 y 27 los alcances del derecho a la reparación integral, específicamente el último numeral establece: *a) La Restitución, b) la Rehabilitación, c) La Compensación, d) La Satisfacción, e) Las Medidas de No Repetición y f) La Reparación Colectiva*<sup>16</sup>

Por otro lado, el capítulo tercero del título quinto,

---

<sup>16</sup> Artículo 26. *Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.*

Artículo 27. *Para los efectos de la presente Ley, la reparación integral comprenderá:*

alude a las medidas de compensación, en primer término a las violaciones a los derechos humanos en su artículo 65, y a las violaciones a los derechos de las víctimas del delito, en los artículos 66 y 67. En este orden de ideas, la compensación en materia de derechos humanos operará cuando se trate de una resolución emitida por:

- *Un Órgano Judicial Nacional (sea local o federal).*
- *Un Órgano jurisdiccional internacional derivado de un instrumento del cual el Estado Mexicano es parte (únicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia o bien, la Corte Penal Internacional).*
- *Un Organismo Público de Protección de Derechos*

*I.- La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos;*

*II.- La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos;*

*III.- La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Esta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos.*

*IV.- La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas;*

*V.- Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir;*

*VI.- Para los efectos de la presente Ley, la reparación colectiva se entenderá como un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporte un impacto colectivo. La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados.*

*Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados; la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, y el tejido social y cultural; la recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados y la promoción de la reconciliación y la cultura de la protección y promoción de los derechos humanos en las comunidades y colectivos afectados.*

*Humanos (que incluye a todo el Sistema Ombudsman a través de las Comisiones de Derechos Humanos de las Entidades Federativas y a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos).*

- *Un Organismo internacional de protección de Derechos Humanos reconocido por los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano cuando su resolución no sea susceptible de ser sometida a “consideración” de un Órgano Jurisdiccional Internacional, (es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no obstante puede inferirse que también abarcaría las determinaciones de los Comités del Sistema Universal, por ejemplo el Comité de Derechos Humanos órgano garante del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).*

Ahora bien, los artículos 66 y 67 de la Ley General de Víctimas versan sobre la *compensación de la víctima* a cargo del sentenciado, para lo cual, se hará con patrimonio de este último, o<sup>15</sup> bien de la liquidación de los bienes decomisados o en su caso a través del denominado *Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral*, no obstante se menciona en el artículo 68 que el Estado Mexicano *compensará de forma subsidiaria el daño causado a la víctima de los delitos considerados como graves en el ámbito de su competencia en aquellos casos en que la víctima haya sufrido daño o menoscabo a su libertad, integridad física o mental o si la víctima directa hubiera fallecido o quedado física o mentalmente incapacitada como consecuencia del delito.*

En otra perspectiva, la Ley General establece un *Sistema Nacional de Atención a Víctimas* como una instancia superior de coordinación y formulación de políticas públicas y tendrá por objeto proponer, establecer



y supervisar las directrices, servicios, planes, programas, proyectos, acciones institucionales e interinstitucionales, y demás políticas públicas que se implementen para la protección, ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral a las víctimas en los ámbitos local, federal y municipal. La integración de dicho sistema comprende a autoridades de todos los niveles de Gobierno y de todos los Órganos del Estado, incluyendo al Presidente de la República, al Presidente de la Comisión de Justicia de la Conferencia Nacional de Gobernadores, al Secretario de Gobernación, a los Presidentes de las Comisiones de Justicia del Senado y de la Cámara de Diputados, a un integrante del Poder Legislativo de los Estado y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al Presidente del Consejo de la Judicatura Federal, la Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a un representante de los organismo públicos de protección de Derechos Humanos, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y a un representante de sus equivalentes de las entidades federativas.

Finalmente el título séptimo de la Ley General se denomina *De la Distribución de Competencias* y las establece, en once capítulos que comprenden de los numerales 114 al 129, mientras que el título octavo versa sobre el llamado Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación integral, mismo que habrá de componerse de un monto de hasta 0.014% del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación, del producto de la enajenación de los bienes que sean decomisados en los procedimientos penales, de los recursos provenientes de las fianzas o garantías que se hagan efectivas cuando los procesados incumplan con las obligaciones impuestas por la autoridad; del monto de las reparaciones del daño

no reclamadas; de las aportaciones que hagan personas físicas o morales de carácter público y de los rendimientos.

### **2.1 Las complicaciones sobre la Ley General de Víctimas**

Como se ha mencionado párrafos arriba, la Ley General de Víctimas ha sido efecto de un esfuerzo conjunto de organizaciones de la sociedad civil, dicha ley menciona que encuentra su fundamento en los artículos 1º, 17 y 20 de la Constitución Federal; sin embargo, existe poca certidumbre respecto a la claridad los párrafos exactos de la normativa constitucional invocada, ya que la legislación que establece el artículo 1º párrafo tercero versa *exclusivamente* sobre: *reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley*, lo anterior, conforme al artículo Segundo Transitorio de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, que a la letra dispone:

*La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.*

Dicha precisión se confirma con el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de la Reforma del Estado, respecto a la Minuta de Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

*Como se ha indicado, estas comisiones coincidimos con esta propuesta; sin embargo, estimamos oportuno añadir también la obligación del Estado de “reparar” las violaciones a los derechos humanos. Según Theo*

*Van Boven, exrelator de tortura de las Naciones Unidas, reparar integralmente el daño por violaciones a los derechos humanos es una obligación del Estado que implica lograr soluciones de justicia, eliminar o reparar las consecuencias del perjuicio padecido, evitar que se cometan nuevas violaciones mediante acciones preventivas y disuasivas, la restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, y asegurar que las medidas de reparación que se establezcan sean proporcionales a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido.<sup>17</sup>*

De lo que se desprende hasta este punto es que la denominación técnica debió ser una *Ley Federal en materia de Reparaciones a las Violaciones a los Derechos Humanos*, reglamentaria del párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución Federal y no así una Ley General de Víctimas que colocase en entredicho la competencia del Congreso de la Unión para su expedición.

En diversa vertiente puede advertirse que si bien el artículo 20 apartado C, reconoce los Derechos de las Víctimas en el procedimiento penal, debe entenderse que estas víctimas atienden a una relación que opera al actualizarse una conducta antijurídica, culpable y punible (delito) y no así una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o al Derecho Humanitario. Asimismo, la modificación del artículo 20 apartado C, obedece a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio de 2008 en materia del sistema procesal penal Acusatorio, por lo que la legislación en comento del artículo 20 C, no podría ser (cronológicamente) la que alude el artículo 1° párrafo tercero. A mayor abundamiento, es

---

<sup>17</sup> Véase: Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos.

conveniente precisar que la normativa a la que se alude en el artículo supracitado es estrictamente de orden penal, tanto sustantivo, como adjetivo y orgánico en tratándose de las autoridades que participan en el procedimiento, sirven de ejemplo, los artículos transitorios previstos en la reforma constitucional de dos mil ocho:

*Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.*

*En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.*

En este orden de ideas resulta claro que los derechos de las víctimas derivados de un procedimiento penal habrían de quedar previstos en distinta legislación y no en una *Ley General de Víctimas*; a mayor abundamiento, conviene señalar que podría presentarse una confusión normativa por cuanto hace a diversas normas previstas por ejemplo en el Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> ARTÍCULO 141.- La víctima o el ofendido por algún delito tendrán los derechos siguientes:  
(...)

Artículo 141 Bis. A solicitud fundada y motivada del Ministerio Público, el juez podrá decretar una o más de las siguientes medidas de protección a favor de la víctima u ofendido:  
(...)

En segundo lugar, recibe notoria importancia la competencia del Congreso de la Unión para expedir una *Ley General de Víctimas*, como puede observarse, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido muy clara al respecto al referir que las leyes generales: (...) *son aquellas que pueden incidir válidamente 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 ha 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 este a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.*<sup>19</sup>

Es decir, puede arribarse a la conclusión de que algunas cláusulas constitucionales en materia concurrente, que han dado lugar a la expedición de Leyes Generales derivadas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son las siguientes: educación (artículo 3°); salud (artículo 4°); secuestro y trata de personas (artículo 73 fracción XXI); bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, Estados y Municipios; así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, (artículo 73 fracción

---

<sup>19</sup> Véase el criterio: criterio: P. VII/2007, de rubro siguiente: *LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.*

XXIII); asentamientos humanos (artículo 73 fracción XXIX-C); equilibrio ecológico (artículo 73 fracción XXIX-G); cultura física y deporte (artículo 73 fracción XXIX-J); turismo (artículo 73 fracción XXIX-K); pesca y acuacultura (artículo 73 fracción XXIX-L).

Lo que se desprende hasta este punto es que el Congreso de la Unión carecería de fundamento constitucional para expedir una *Ley General de Víctimas*; no obstante, una interpretación forzada del artículo 73 fracción XXX en conexión con el artículo 1° párrafo tercero, podría hacerla exequible conforme a una facultad implícita. No obstante lo anterior, la interpretación anterior podría quedar salvada por una reforma constitucional que explicitara expresamente la facultad del Congreso de la Unión para introducir la cláusula constitucional relativa a los derechos de las víctimas (tanto aquellas derivadas de violación de Derechos Humanos, como de aquellas que resultan por la comisión de delitos dentro de los procedimientos penales) como una facultad expresa y en consecuencia para establecer las bases de distribución de competencias a través de una Ley General.

En tercer lugar, y de forma similar a lo mostrado por el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley General de Víctimas parece no guardar sincronía con diversas disposiciones de los códigos procesales de las entidades federativas, pues muchos de estos cuerpos normativos cuentan con sus respectivas previsiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal, y en específico en materia de reparación del daño.

En cuarto lugar (y al margen de la inexecutable formal), el legislador federal debió incorporar más y mejores elementos del derecho internacional de los derechos humanos en la Ley General de Víctimas, en

específico la legislación debió adoptar con mayor claridad los principios aceptados por el *Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*, mismo que ha manifestado que los 4 elementos o principios rectores son: *la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, y por ello tomar en cuenta la denominada materia sobre *reconciliación*, misma que ha sido definida como:

*[...] la reconciliación es un fin que resultará de la aplicación integral de las cuatro áreas de acción del mandato. La reconciliación no debe considerarse una alternativa a la justicia ni un objetivo que puede alcanzarse con independencia de la aplicación del enfoque global. La reconciliación es, como mínimo, la circunstancia en que las personas pueden recobrar la confianza mutua como titulares de iguales derechos. Esto significa que las personas: a) se han adherido en grado suficiente a las normas y los valores en que se fundan las instituciones del Estado, b) confían en grado suficiente en que las personas que trabajan en estas instituciones lo hacen sobre la base de esas normas y valores, incluidas las normas que hacen de las personas titulares de derechos, y c) están suficientemente seguras de la voluntad del resto de cumplir y respaldar estas normas y valores básicos.*<sup>20</sup>

Por otro lado, también debió enfatizarse en algún artículo o modificación la previsión relativa a que, dentro de los mecanismos de la búsqueda de la verdad y al margen de las responsabilidades administrativas a

---

<sup>20</sup> United Nations, A/HRC/21/46,...cit., prf. 66.

las que alude el artículo 73 fracción V<sup>21</sup> de la Ley General de Víctimas, se debió acompañar de determinaciones para (...) *dejar al descubierto y ayudar a destituir a los funcionarios públicos involucrados en violaciones de Derechos (aquellos que violan el principio más básico del estado de Derecho, a saber, la idea de que el poder está limitado por la ley).*<sup>22</sup>

Finalmente, resulta claro que algunos preceptos de la Ley General de Víctimas podrían chocar con legislación ya existente y que intimarían reformas sistemáticas a varios cuerpos normativos para guardar coherencia y evitar incertidumbre jurídica tanto en aplicación como en interpretación, por ejemplo, con la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>23</sup> la nueva ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de protección de la

---

<sup>21</sup> Artículo 73

(...)

V.- *La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones de derechos humanos.*

<sup>22</sup> United Nations, A/67/368,...cit., prf. 24.

<sup>23</sup> ARTÍCULO 2.- *Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal.*

*Los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas por los entes públicos federales y por el Estado Mexicano en su caso, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones.*



Justicia de la Unión a cargo de juzgadores federales, tal como lo mandata la fracción II del artículo 107, la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,<sup>24</sup> la Ley Federal de Defensoría Pública,<sup>25</sup> entre otros.

---

<sup>24</sup> Artículo 44.- Concluida la investigación, el Visitador General formulará, en su caso, un proyecto de Recomendación, o acuerdo de no responsabilidad en los cuales se analizarán los hechos, los argumentos y pruebas, así como los elementos de convicción y las diligencias practicadas, a fin de determinar si las autoridades o servidores han violado o no los derechos humanos de los afectados, al haber incurrido en actos y omisiones ilegales, irrazonables, injustas, inadecuadas, o erróneas, o hubiesen dejado sin respuesta las solicitudes presentadas por los interesados durante un período que exceda notoriamente los plazos fijados por las leyes.

<sup>25</sup> Artículo 14. Para gozar de los beneficios de la asesoría jurídica, se llenará solicitud en los formatos que para tal efecto elabore el Instituto Federal de Defensoría Pública, y se deberán cumplir con los requisitos previstos en las bases generales de organización y funcionamiento.

En la asignación de un asesor jurídico se dará preferencia a la elección del usuario, a fin de lograr mayor confianza en la prestación del servicio.

En caso de que el servicio de asesoría sea solicitado por partes contrarias o con intereses opuestos, se prestará a quien lo haya solicitado primero.

Artículo 15. Los servicios de asesoría jurídica se prestarán, preferentemente, a:

I. Las personas que estén desempleadas y no perciban ingresos;

II. Los trabajadores jubilados o pensionados, así como sus cónyuges;

III. Los trabajadores eventuales o subempleados;

IV. Los que reciban, bajo cualquier concepto, ingresos mensuales inferiores a los previstos en las bases generales de organización y funcionamiento;

V. Los indígenas, y

VI. Las personas que por cualquier razón social o económica tengan la necesidad de estos servicios.

Artículo 16. Para determinar si el solicitante de los servicios de asesoría jurídica reúne los requisitos establecidos para que se le otorgue el servicio, se requerirá un estudio social y económico, elaborado por un trabajador social del Instituto Federal de Defensoría Pública.

En los casos de urgencia previstos en las bases generales de organización y funcionamiento, se deberá prestar de inmediato y por única vez, la asesoría jurídica, sin esperar los resultados del estudio socioeconómico.

<sup>26</sup> Véase: OEA/Ser/L/V/II.131,...cit.

### **III. A manera de conclusión**

La interpretación hemisférica en materia de reparaciones a los derechos humanos ha sostenido en el transcurso del tiempo que dichas reparaciones deben consistir en medidas tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, tanto sus características como el monto dependerán del daño ocasionado en los planos material e inmaterial<sup>26</sup>. La Ley General de Víctimas no es una legislación de recepción nacional de sentencias internacionales; se trata de un cuerpo normativo muy complejo que debe ser analizado por un conjunto de operadores jurídicos, principalmente los juzgadores y los defensores públicos o privados, su alta carga de simbolismo por sus orígenes en la sociedad civil que ha luchado con gran ahínco en los difíciles momentos que vive nuestro país, podría resultar inoperante y de difícil aplicación y sincronía. Toca, pues, a todos los sectores del orden jurídico estudiar sus alcances y en su momento al Ejecutivo Federal expedir los reglamentos correspondientes para dar operatividad práctica al contenido de la ley general así como para la consecución de su objeto. Pues de no tomarse con seriedad las proposiciones aprobadas en la Ley General de Víctimas, tornarían en una de las más grandes quimeras jurídicas expedidas por el Congreso de la Unión y sus fines estarán destinados a volverse irrealizables.

### **IV. Bibliografía y jurisprudencia internacional**

- Carbonell Sánchez, Miguel, Salazar Ugarte, Pedro, Coord: *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 609, 1ra. Edición, UNAM, México, 2011.

- Corte IDH, *Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*, Sentencia de 16 de Noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, (Fondo).
- Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, Sentencia de 30 de Noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones).
- Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.
- OEA/Ser/L/V/II.131, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 2006 Consultable en: <http://www.cidh.org>
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús: *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Rubinzal Culzoni-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, tomo IV D, 2007.
- United Nations, A/67/368, General Assembly, *Promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence*.
- United Nations, A/HRC/21/46, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non recurrence*, Pablo de Greiff.

---

## **El consentimiento informado. Una aproximación, desde el derecho a la salud, a la autodeterminación y a la libertad de conciencia: aspectos generales**

*Jorge Guillermo Chávez Abraján\**

RESUMEN: El consentimiento o consentimiento informado es un derecho fundamental que implica la potestad de una persona para someterse –o no hacerlo– a un tratamiento médico según sus propios intereses, decidiendo incluso sobre su propia vida. Este derecho excluye la posibilidad de determinar *a priori*, qué es un estado de bienestar para todas las personas. Dadas las implicaciones prácticas que tiene, es necesaria su regulación y estudio. SUMARIO: I. Introducción. II. El consentimiento informado: un verdadero derecho fundamental. Desde el derecho a la salud y a la autodeterminación. III. Contenido del derecho al consentimiento informado. IV. Imposibilidad de dar el consentimiento/disenso. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

### **I. Introducción**

El año de 1945 será siempre recordado como una fecha histórica por muchos motivos, en ese periodo se realizó una de las experiencias más trágicas de la humanidad, un rechazo total a los derechos humanos que trajo

---

\* Oficial administrativo del Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

como consecuencia, entre otras cosas, la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Consecuentemente esa misma fecha resulta útil para establecer un paradigma en el estudio de los derechos fundamentales; de igual manera, el proceso de justificación de los atroces actos cometidos en la Segunda Guerra, en concreto Núremberg, algunos estudiosos identifican también esa fecha como un punto de partida para el estudio de la bioética<sup>1</sup> y, dentro de ella, el estudio del derecho al “*Consenso informado*”, tema que en sus aspectos generales ocupa este ensayo.

Atento a lo anterior, podemos decir que en principio, el derecho al –Consenso informado– deriva del momento histórico que vivimos y que se ubica en específico a partir de la segunda mitad del siglo pasado, a partir de tal periodo, se registra un cambio en el clima cultural que existe en la manera de pensar las relaciones entre médico y paciente, un cambio que es denominado *revolución terapéutica*.<sup>2</sup> Se trata de distinguir en el hecho de que antes se seconsideraba la toma de decisiones en el ámbito médico desde una perspectiva unilateral; en esa visión, el médico decidía qué era lo mejor para el paciente y de manera unilateral presuponía una escala de valores e intereses cuya jerarquía y contenido se consideraban *a priori* socialmente validos y aceptados tanto por el paciente como por la sociedad. No se discutía, por ejemplo, que la vida era el bien máximo a salvaguardar sobre cualquier otro bien jurídico. Esta revolución terapéutica genera que la relación entre *médico-paciente* se perciba ahora como una *alianza terapéutica*, en la cual el médico ofrece las posibilidades de cura e incluso de salvación, y el paciente adquiere un rol activo en el panorama de

---

<sup>1</sup> Boserlino, P.: *Bioética...*cit., pp. 5-9.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 79-81.

su salud, decidiendo cuáles son los procedimientos que convienen, ya sea conforme a sus creencias, intereses, decidiendo así, incluso, respecto de su propia vida. En esta nueva concepción, no existe más aquella jerarquía en la cual la vida es el bien jurídico supremo a conservar; cobra ahora fundamental importancia la autonomía personal, entendida desde un ámbito de humanización y de las libertades personalísimas, en la cual el individuo es capaz de autodeterminarse.<sup>3</sup> Se llega a un punto de tensión máximo en el cual se replantea: ¿qué es vida?, analizando este derecho ahora no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino que el aspecto cualitativo pone en duda la necesidad de mantener la vida del paciente a cambio de preservar otros intereses del mismo.

Dentro de los cambios que genera esta perspectiva de entender las relaciones entre médico y paciente, se obtiene un buen antecedente del derecho al consentimiento informado.

## **II. El consentimiento informado: un verdadero derecho fundamental. Desde el derecho a la salud y a la autodeterminación**

A este derecho subjetivo le asiste el carácter de fundamental, en principio, porque se encuentra recogido en normas de derecho fundamental.<sup>4</sup>

De manera general podemos decir que el derecho al consentimiento informado es una síntesis de los derechos a la salud, a la autodeterminación y a la libertad de conciencia.

En efecto, la sentencia 438 del 2008 de la Corte Constitucional en Italia, como aspecto relevante, detalla que:

---

<sup>3</sup> Faralli, C.: *Bioética...cit.*, p. 70.

<sup>4</sup> Carbonell, M.: *Los derechos...cit.*, p. 11.

*El consentimiento informado, entendido como aquella expresión de la consciente adhesión al tratamiento sanitario propuesto por médico, se configura como aquel propio y verdadero derecho de la persona y encuentra su fundamento en los principios expresos del artículo segundo de la constitución, que tutela y promueve los derechos fundamentales, y en los artículos 13 y 32 de la Constitución (...) su función de síntesis de dos derechos fundamentales de la persona: aquel de la autodeterminación y aquel de la salud.*

En el ámbito mexicano, existen pocos o casi nulos criterios emitidos respecto del derecho de que se trata, resalta la reciente tesis aislada, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en similar criterio reconoce la calidad de “fundamental” del citado derecho.

*CONSENTIMIENTO INFORMADO. DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PACIENTES. El consentimiento informado es consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. En tal sentido, para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención. A través de este, el paciente asume los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada; pero no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados.<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1; Pág. 478.

Se llega entonces a este derecho mediante la interpretación sistemática y extensiva de estos derechos. Por una parte, el derecho a la salud se puede entender como *un estado de bienestar físico, síquico y social, tanto del individuo como de la colectividad*,<sup>6</sup> a partir de esta definición podemos desprender que el derecho al consenso informado cobra relieve en el hecho de que la definición de salud comprende no solo el estado de bienestar físico, sino también aspectos cuyo contenido son de problemática determinación e individualización, según el caso concreto, por ejemplo, definir cuál es el estado de bienestar síquico de una persona que por sus creencias religiosas no acepte transfusiones de sangre frente al mejoramiento objetivo a la salud que esa intervención produciría.

Es relevante decir que el cambio es producido, entre otras cosas, no solamente porque esta definición de salud de la primera mitad del siglo pasado incluía ya el bienestar síquico, sino por el hecho de que a ese concepto hoy culturalmente se le asigna una nueva significación, fenómeno propio de los derechos fundamentales o característica llamada *historicidad*,<sup>7</sup> ahora esta concepción lo hace ser considerado fundamental dentro del ordenamiento jurídico.

Es en esta óptica –entender a la salud con un contenido más amplio– en la cual la configuración de tal derecho se dificulta, se observa la necesidad de no dejar en el aire estas situaciones jurídicas problemáticas y, en consecuencia, la necesidad de regular el derecho al consenso informado, significa así, en un primer nivel, la obligación médica de informar cuáles son los escenarios posibles que el paciente debe valorar y, en función de esa

---

<sup>6</sup> Preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud.

<sup>7</sup> Carbonell, M.: *op. cit.*, p. 29.



decisión, que adquiere un carácter vinculante, objeto de responsabilidad civil, incluso penal.<sup>8</sup>

El desplazamiento de la vida como bien absoluto a preservar, hace compleja también la labor del sector médico que, ante la creciente demanda de servicios, no puede detenerse en cada momento a recabar consentimiento para cualquiera intervención. Se debe positivizar, entre otras cosas, situaciones en las cuales la emergencia de la situación concreta haga fatal o riesgoso esperar a recabar el consenso del paciente o representante.

Junto al derecho a la salud, se encuentra el derecho a la autodeterminación personal, derecho que se entiende al individualizar cada uno de los demás derechos positivizados; así se explica cómo el artículo cuarto del Pacto Federal dice: *Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos*. No puede quedar duda de que es un derecho implícito<sup>9</sup> que se obtiene por interpretación armónica e individualización de cada derecho; el ámbito internacional por su parte, en el artículo 17 del Pacto Internacional, de Derechos Civiles y Políticos se dice que: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación*.

Asimismo, el concepto de autodeterminación se entiende, en un primer momento, como uno atribuido a los pueblos en el sentido de identidad cultural, pero bajo un respeto a la pluralidad de sus integrantes, y en consecuencia a la libertad que cada uno tiene a concretizar sus derechos y definir sus formas de vida,

---

<sup>8</sup> Faralli, C.: *op cit.*, p. 76.

<sup>9</sup> Al respecto “Disposizione e norme esplicite e norme implicite”, visto en Pino, G.: *Diritti...cit.*, pp. 15-20.

siempre con respeto a las normas jurídicas. Además de lo anterior, no debería quedar duda de que las constituciones y leyes ordinarias tienen la función principal de declarar y garantizar el cúmulo de derechos con los que se cuenta.

En el ámbito de la interpretación jurídica, el derecho a la autodeterminación se manifiesta como una individuación de otros derechos, la negación de que el consenso informado pueda ser una expresión del derecho a la salud, a la autodeterminación y, en consecuencia, a la libertad de conciencia, significaría hacer ineficaces y privar de contenido a aquellos.<sup>10</sup>

La necesidad de cura y de someterse a tratamientos e intervenciones es una realidad creciente en todas las naciones; sin embargo, ante la pluralidad de intereses que caracterizan hoy más que nunca a las sociedades, es menester dar espacio a posiciones personales que, dentro del marco de respeto social, garanticen que cada individuo disfrute su vida conforme a sus propios intereses, máxime que el ejercicio de este derecho pone de manifiesto la imposibilidad del Estado de determinar cuál es el bien máspreciado por todos; de lo anterior se advierte que cada uno de los integrantes de una determinada sociedad puedan elegir responsablemente como guiar sus vidas y, en consecuencia, hacer que esas que esas decisiones se tomen con información adecuada, así como que existan instrumentos de gobierno que las garanticen.

En México se trata de un derecho poco explorado, de manera explícita y, a diferencia de otros derechos, no encontraremos su reconocimiento expreso, lo que no significa que no sea ejercible y menos que no exista

---

<sup>10</sup> Pino, G.: *op. cit.*, pp. 102-106.

una garantía que lo asegure. Lo anterior es así pues, por virtud del artículo primero<sup>11</sup> de la Constitución Federal, es evidente que pertenece al bloque de constitucionalidad a que México está obligado, dicho artículo remite directamente a los tratados internacionales, los cuales han sido más explícitos en el tema que nos ocupa, máxime que la nueva legislación de la ley de amparo aprobada, como instrumento eficiente en la protección de los derechos fundamentales, reconoce la procedencia de dicho instrumento jurisdiccional, para que los órganos del Poder Judicial de la Federación, conozcan de las violaciones a los derechos contenidos, en el caso en concreto, en los tratados internacionales.

*Artículo 1.- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:*

*I.- Por **normas generales, actos u omisiones** de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los **tratados internacionales** de los que el Estado Mexicano sea parte.*

En textos internacionales, podemos ubicar el derecho al consenso informado en los siguientes textos:

- a) La convención de Oviedo prevé de manera clara que: *Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la*

---

<sup>11</sup> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

*persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.* Después de su lectura, a ninguno le queda duda que es uno, si no el más claro ejemplo de positivización de este derecho.

- b) El Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 3 inciso a) dice: *En el marco de la medicina y la biología se respetaran en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo a las modalidades establecidas por la ley (...)*
- c) Las referencias en el país que consideramos es pionero en el derecho en comento (Italia), son los artículos 13 y 32 constitucionales, respectivamente, el derecho a la inviolabilidad de la libertad personal y a la prohibición de ser obligado a algún tratamiento sanitario, sino por disposición de ley. Artículos en los que la Corte Constitucional de ese Estado, en la sentencia 438 de 2008 manifestó el carácter fundamental de este derecho.

Los elementos objetivos de este derecho son, por una parte, el paciente, el médico y el Estado, y como objeto, que el paciente, dentro de una concepción informada, así como de su propia valoración de bienestar, otorgue su consentimiento para realizar o no realizarse, tratamiento médico alguno.

### **III. Contenido del derecho al consentimiento informado**

La relación jurídica que genera esta nueva manera de entender la alianza terapéutica entre un paciente y un médico, determina, por una parte, el derecho del primero a dar su consentimiento, previo proceso informativo, para la realización de procedimientos médicos; por lo que respecta al médico, el derecho del paciente es oponible en principio, al médico, quien tiene la obligación (no solo moral o ética, sino ahora exigible en el campo jurídico) de recabar ese consentimiento como requisito indispensable para proceder a determinada intervención clínica. Lo anterior significa un derecho cuyo contenido comporta un perfil de carácter negativo por parte del médico, es decir, un no hacer, pues debe abstenerse de realizar cualquier intervención sin el consentimiento previo.

En suma, tenemos entonces:

- a) Una prohibición constitucional expresa a no ser sometido a un tratamiento médico sin consentimiento (en Italia, artículo 32 constitucional, en México por remisión del artículo primero a los tratados internacionales).
- b) Consecuentemente un derecho subjetivo del paciente a decidir entre las opciones de cura, previa información médica.
- c) Un deber del médico de actuar en consecuencia a esta obligación y de abstenerse de realizar prácticas sin el consentimiento del paciente. Hay que considerar que esta obligación de actuar (informar) debe ser no solo superficial, sino lo más completa posible para que el paciente esté en condiciones reales de decidir según sus intereses.
- d) El objeto de esta relación, podemos decir que

es el respeto a la libertad de determinación de cada individuo.

En este aspecto de cambio, también se produce una diferenciación en el marco jurídico, la introducción del concepto de autodeterminación en la relación *médico-paciente* ha portado la necesidad de salvaguardar el reconocimiento al concepto de la autonomía personal y, por tanto, que cobre relieve en el ámbito positivo y, sobre todo, en aquel de la exigibilidad; en el campo sustantivo se habla principalmente de la autonomía personal y el derecho a la salud; por su parte, en las legislaciones internas, para el caso de violación al derecho al consenso informado, la discusión versa principalmente sobre las alteraciones que una intervención médica pueden producir al cuerpo y en general a la salud del paciente, se insiste, tomando en cuenta ahora en el aspecto síquico de paciente. Lo anterior supone que el hecho de hacer intervenciones en el cuerpo o mente del paciente, podría configurar un tipo penal, en nuestro país el Código Penal Federal, en los Delitos Contra la Vida y la Integridad, prevé, en su artículo 289, para el tipo penal *lesiones*, lo siguiente:

*Artículo 289.- Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del juez.*

***Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa.***

(...)

Desde este y otros perfiles, en nuestro sistema mexicano, podríamos encuadrar responsabilidad

jurídica exigible para el caso de la violación a este derecho, sea como se ha precisado en el párrafo anterior, desde un aspecto penal, o bien, responsabilidad moral, responsabilidad patrimonial del Estado, entre otros.

Para evidenciar que este derecho es uno plenamente reconocido, al cual se le otorga tutela jurídica, particularmente a la obligación de respetar la voluntad del paciente, se cita como ejemplo la sentencia 5639 (1992) de la Corte de Casación de Italia, que condenó bajo el tipo penal de homicidio preterintencional a un médico que unilateralmente decidió variar la intervención acordada con la paciente, pues de esa variación resultó la muerte de la última. Esa misma sentencia recalca que, aunque la intervención distinta (a la que se tenía prevista realizar) hubiera sido favorable, la conducta de actuar en contraste con el consentimiento de la paciente es ilícita en sí.

Otro perfil posible del ejercicio real de este derecho es el que el refiere a que la configuración del mismo se pueda dar, por decirlo así, desde un presupuesto negativo, esto significa que la regla general sea la legitimidad del médico de actuar siempre que no exista un rechazo expreso, pues válidamente se puede pensar que un exceso de este derecho haría inoperante la prestación al derecho de salud, si se debiera informar a cada paciente de cada situación y recabar su específico consenso; al respecto, la misma Corte Italiana, en un caso que representa una atenuación a la regla sentada por ella, en la sentencia conocida como *Volterrani* (2002), afirmó que el médico está legitimado a actuar según estime necesario, esto en ausencia de falta de inconformidad del paciente; lo anterior implica que hubo un cambio en la regla, siendo ahora que la regla fue el no disenso expreso.

Se podría argumentar también que el derecho a ser curado, entendido en el sentido de que el Estado tiene la obligación de prolongar la salud y vida de la población, podría legitimar el actuar del médico de manera unilateral, quien bajo ese esquema y parámetros médicos debería decidir qué es lo objetivamente mejor para el paciente; sin embargo, no es así, pues esta transformación cultural hace que la legitimación de la intervención médica provenga exclusivamente de la autorización informada del paciente o de su representante legal en los casos necesarios.

Ante el también derecho que tiene cada individuo a no curarse, se debe precisar también por el ordenamiento jurídico cuáles deben ser las características del acto de negación de cura; al respecto, es la sentencia 23676 (2008) de la Corte de Casación en Italia, la que define algunas características que el consenso debe tener para considerarse válido y que son:

- a) Expreso
- b) Inequívoco
- c) Actual
- d) Informado

#### **IV. Imposibilidad del dar el consenso/disenso**

El artículo 6,3 de la Convención de Oviedo prevé:

*Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, esta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley.*

*La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.*



Otro aspecto poco explorado, y que en México tendrá que regularse, es el que se presenta en la situación de determinar que, frente a la incapacidad de otorgar el consentimiento, es el representante legal quien debe decidir por ellos,<sup>12</sup> me parece que es una decisión desafortunada, por el hecho de que la representación legal, propia de la patria potestad y de la tutela, es una representación que no contempla actos personalísimos, tales como contraer matrimonio, heredar o reconocer un hijo. Si es claro que frente a derechos personalísimos, el representante legal no puede decidir, a mayor razón no lo podrán hacer cuando se trate de un tratamiento médico, y en un extremo cuando se trate en uno que pueda comportar el riesgo de la vida.

Los posibles excesos o incumplimiento médico respecto al consentimiento informado deben estar sujetos a control, pero en caso de incapacidad de otorgar el consentimiento, me parece que la responsabilidad del médico debe ser valorada solo por el hecho de actuar con negligencia, impericia o dolo y, en consecuencia, debe estar legitimado el médico a decidir cuál es el tratamiento que más conviene al paciente en los casos en que el mismo, o una certera presunción de voluntad, no sea posible.

## **V. Conclusiones**

El consentimiento informado es un derecho fundamental que se ubica en un contexto de cambio en la forma de entender las relaciones entre médico y paciente. Es un derecho que resalta la autonomía personal y que se encuentra de la síntesis al derecho a la salud y a

---

<sup>12</sup> Boserlino, P.: *op. cit.*, p. 118.

la libre autodeterminación, como clarificó la sentencia 430 de la Corte Italiana (2008). Desde nuestra óptica, presupone la imposibilidad del Estado y del sistema de salud de determinar valores absolutos para toda la sociedad; para su valoración es necesario tomar en cuenta tanto el aspecto físico como el síquico. La necesidad de regular en específico este derecho deriva de necesidades prácticas, como son la responsabilidad del médico y la funcionalidad de los hospitales públicos y privados, su positivización significa también dotar a este derecho de un estatus jurídico que permita su eficaz aplicación y consientan su efectiva tutela.<sup>13</sup> Afirmar el carácter fundamental de este derecho equivale a afirmar la existencia de normas jurídicas que lo positivicen, que lo reconozcan<sup>14</sup> y, sobre todo, que lo garanticen.

En México, el tema es poco explorado, lo que no significa menos importante; por el contrario, las tendencias internacionales hacia la apertura y creación de nuevos derechos con contenidos más amplios son inminentes. La configuración de nuestro actual texto constitucional obliga al Estado Mexicano, de una manera contundente, a respetar los derechos contenidos en los tratados internacionales.

Lo anterior significa que en nuestros artículos segundo y cuarto constitucionales, esto es, desde la óptica de los derechos a la autodeterminación y a la salud, México está en la posibilidad de hacer interpretaciones constitucionales que le permitan reconocer, regular y aplicar de manera efectiva el derecho al consenso o consentimiento informado.

---

<sup>13</sup> Mezzetti, L.: *Human...*cit, p. 16.

<sup>14</sup> Pino, G.: *op.cit.*, p. 15.

## VI. Bibliografía

- Borsellino, Patrizia: *Bioética tra morali e diritto*, Italia, Ed. Raffaello Cotrina Editore, 2009.
- Carbonell, Miguel: Los derechos fundamentales en México, México, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Faralli, Carla: *Bioetica e diritto, problema, casi e materiali*, Italia, Ed. G. Giappicheli, 2010.
- Mezzetti, Luca: *Human Rights*, Italia, Ed. Bononia University Press, 2010.
- Pino, Giorgio: *Diritti e interpretazione*, Italia, Ed. Il Mulino, 2010.
- Web: [www.dirittoregionale.it](http://www.dirittoregionale.it), [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx)

---

## **La reforma migratoria México-Estados Unidos. El fenómeno migratorio en México**

*Juan Carlos Hernández Cárdenas\**

RESUMEN: La migración es la movilización espacial de seres humanos entre una unidad geográfica y otra; por ello, no es un fenómeno estático, sino un proceso dinámico e interactivo. La mecánica que comporta la migración internacional difiere en mucho de aquella de carácter interno, prácticamente todos los países y regiones del mundo se han desarrollado gracias a los históricos procesos de migración, la cual es provocada por diversas causas, que pueden ser políticas, como efecto de guerras internas; exilios o autoexilios; culturales, que van desde actitudes tradicionales hasta migración motivada por estudios o de índole similar; y económicas, que significa la búsqueda de fuentes seguras de trabajo que permitan bienestar.

La problemática que se suscita en nuestro país en torno a la migración es principalmente la magnitud del flujo migratorio de México hacia Estados Unidos; sin embargo, poco se han analizado los alcances y efectos integrales de una posible reforma migratoria, esto es, no solo se trata de una cuestión que afecte de manera exclusiva a aquellos migrantes mexicanos en

---

\* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Estados Unidos, sino la afectación indirecta que se produce en nuestro país.

Las posibles repercusiones se engloban de la siguiente manera: 1.- Afectación a las economías locales. Los migrantes que logren conseguir una regularización en su situación migratoria y la de su familia, dejarán de enviar las remesas que actualmente constituyen la segunda entrada de divisas en nuestro país, tan solo por debajo de los ingresos por petróleo y por encima del turismo; 2.- Cambios en la perspectiva familiar. Con ello entendemos el reencuentro de familias separadas por situación migratoria y la reestructuración de la identidad cultural que se refleja en la adopción de responsabilidades ciudadanas en el país receptor, con las implicaciones jurídicas que ello conlleva; y 3.- Los conflictos culturales y sociales en el país receptor derivados de la asimilación de grupos migratorios (racismo y xenofobia), así como la carente atención a las causas sociales de aquellos lugares tradicionalmente expulsos de migrantes en México.

De ahí la importancia de analizar el fenómeno migratorio como un fenómeno que conlleva repercusiones jurídicas, económicas, políticas y sociales. En especial, en el contexto actual, en el que la política migratoria estadounidense parece abrir sus puertas a un tema complejo y sensible, sobre todo a casi doce años de los cambios y reforzamientos en sentido negativo derivados de los sucesos acaecidos el 11 de septiembre de 2001.

SUMARIO: Introducción. I. Pobreza y desigualdad. II. Globalización. III. Políticas migratorias. IV. Migración y política migratoria. V. Política migratoria en México. VI. Bibliografía.

## **Introducción**

El estudio de la reforma migratoria ha sido dividido en tres partes, en razón de la magnitud y multidisciplinariedad que conlleva, es decir, la eventual aprobación de una reforma migratoria por el Congreso norteamericano derivada de la iniciativa enviada por el presidente Barack Obama, no solo repercute en la regularización de la situación migratoria de aquellos que no la tienen, sino que implica, para el caso de México, por su situación *sui generis*, grandes consecuencias de índole social, económica, política y jurídica.

Asimismo, resulta sumamente complicado y requiere de una gran empresa abarcar todos estos aspectos en un solo estudio; sin embargo, tampoco es entendible el estudio de este fenómeno desde solo una de sus perspectivas, por lo que el presente trabajo es un intento de carácter integral para entender lo que es el problema migratorio entre México y Estados Unidos, cuáles son sus principales causas y cuáles serían los escenarios en el caso de la aprobación de una reforma migratoria, en los aspectos políticos, sociales, económicos y jurídicos.

El trabajo que el lector tiene en sus manos corresponde al análisis del fenómeno migratorio desde la perspectiva interna, abarcando sus causas, repercusiones y algunas medidas gubernamentales llevadas a cabo, que se hallan inmersas ineludiblemente en la globalización; la segunda parte se centra en el análisis del fenómeno desde la perspectiva del país receptor, su política migratoria al

respecto, así como en los efectos sociales y culturales que implica la asimilación de flujos migratorios ajenos y la ampliación de una multiculturalidad en muchas de las veces carentes de identidad o creadoras de la misma. Por último, la tercera parte se centra en el análisis de la posible reforma migratoria hasta el momento y sus repercusiones en el ámbito económico (las remesas derivadas de los lazos familiares que los migrantes mantienen derivado de su imposibilidad de regularizar su situación migratoria) y jurídico-políticos (las consecuencias de contar en ambos países con una gran cantidad de dobles ciudadanos).

Hoy en día, en los diferentes *mass media* se habla de la migración como la principal problemática entre México y Estados Unidos; empero, carecemos de elementos que nos permitan entender integralmente su alcance; primeramente, es necesario clarificar su conceptualización. La migración es la movilización espacial de seres humanos entre una unidad geográfica y otra; por ello, no es un fenómeno estático, sino un proceso dinámico e interactivo. La mecánica que comporta la migración internacional difiere en mucho de aquella de carácter interno, prácticamente todos los países y regiones del mundo se han desarrollado gracias a los históricos procesos de migración, provocada por diversas causas, entre ellas las políticas, como efecto de guerras internas; exilios o autoexilios; culturales, que van desde actitudes tradicionales hasta migración motivada por estudios o de índole similar y; económicas, que significa la búsqueda de fuentes seguras de trabajo que permitan bienestar.

Entre los efectos de la migración, se encuentran aquellos que provocan sentimientos encontrados en las sociedades receptoras, como la xenofobia en sus más diversas expresiones, pero también la aceptación e integración. Para los gobiernos, la migración puede ser una solución o un problema, algunos la estimularon a

principios del siglo XX hacia sus países con tal de fortalecer sus estructuras sociales y económicas; pero hubo otros que cerraron sus fronteras e incluso expulsaban a los migrantes extranjeros por el simple rechazo.

En el mundo contemporáneo, las corrientes migratorias han adquirido una composición inédita, es cada vez mayor el volumen de personas que prefieren emigrar de su país, suscitando problemas sociales y estructurales para los países receptores, donde los procesos de integración se han complicado.

Al mismo tiempo, se presentan diversas formas de mantenimiento de los lazos sociales de los migrantes con su lugar de origen, lo que a su vez moldea otras formas de adscripción combinada con los procesos de integración a una comunidad dada.

El tema de la migración ha cobrado relevancia en los asuntos internacionales y en muchos países como México ocupa un puesto primordial en la agenda gubernamental. Existen variables comunes en la mayoría de los procesos migratorios en el ámbito mundial, pero el de mexicanos a Estados Unidos es diferente y complejo, a tal grado que es necesario comprenderlo en su realidad específica.

La situación paradójica en la que se encuentra la comunidad mexicana en el extranjero, específicamente en Estados Unidos es: altos índices de pobreza, un imparable crecimiento demográfico alimentado por el constante flujo migratorio, pero generadora de una riqueza económica nada despreciable. Su potencial económico se tornó atractivo en pocos años a los intereses del gobierno mexicano, pero su potencial demográfico lo es ahora para la política estadounidense. El tema es complejo y confluyen diversas variantes, por ello en los apartados siguientes se trata de esbozar la dimensión del fenómeno migratorio y sus implicaciones más importantes en nuestro país.



## **I. Pobreza y desigualdad**

La pobreza y la desigualdad son signos históricos y característicos en nuestro país, la desigualdad es una consecuencia directa de la pobreza, toda vez que esta es causada por la ausencia de capacidades básicas en los individuos: nutrición, salud, educación y vivienda adecuadas.

Durante los siglos de dominación española, la pobreza en la Nueva España nunca fue una preocupación central de la Corona, solamente algunos frailes lucharon sistemáticamente porque los niveles de vida de los indígenas mejoraran. Con el arribo de la Independencia, los problemas políticos que aquejaron a México durante la mayor parte del siglo XIX impidieron que los gobiernos (liberales unas veces, conservadores otras) pudieran gozar de la estabilidad política necesaria para establecer algo que se asemejara a una política social o que, simplemente, tuvieran como objetivo mejorar el nivel de vida de la mayoría de la población. El triunfo liberal, la relativa estabilidad política conseguida por Juárez y el modelo económico impuesto durante el Porfiriato nunca se tradujeron en bienestar para las mayorías; al contrario, las décadas de crecimiento, expansión de la infraestructura y de las comunicaciones y, en general, de modernización del México porfirista, significaron un proceso de concentración de la riqueza que exacerbó las diferencias sociales y económicas del país. En un contexto de gran descontento político y de fuertes demandas por un país democrático, el resultado lógico fue la Revolución de 1910.

La principal consecuencia jurídico-social de la Revolución Mexicana es la Constitución de 1917, que tuvo en la búsqueda de la justicia social una de sus principales

motivaciones y que fue también uno de los principales factores de consenso de las fuerzas revolucionarias.

Durante los 96 años subsecuentes al compromiso constitucional con los más desfavorecidos, se han creado servicios sociales, agencias públicas, leyes y reglamentaciones que buscan atenuar las carencias y reducir la desigualdad existente; sin embargo, la pobreza, aunque en términos relativos disminuyó, en términos absolutos creció y, por lo tanto, el problema de la desigualdad persistió.

Es muy importante notar que la persistencia crónica de un México dual, en el que solo unos avanzan por el camino de la modernidad mientras sectores significativos de la población están completamente marginados del proceso de desarrollo, no refleja tanto un olvido del compromiso original con los menos favorecidos, más bien, ha sido la lógica clientelar que surgió con el sistema político mexicano la que ha impedido que las políticas sociales cumplan con ese compromiso.

Las políticas sociales son definidas como *aquellas cuyo objetivo primordial es apoyar o mejorar las condiciones de vida de la población, entendiendo estas últimas a partir de la satisfacción de las necesidades más elementales de los individuos: alimentarse, proteger la salud, educarse y habitar en condiciones adecuadas para la vida social*;<sup>1</sup> han tenido como objetivo mejorar los niveles de ingreso o de consumo de los pobres para hacerlos similares a los de los ricos, y no eliminar la incapacidad del individuo para generar ingreso.

Pero, ¿quiénes son los pobres?, según Jones y Trejo es posible concebir a la pobreza de una manera directa *como la ausencia de capacidades básicas(...)* La pobreza

---

<sup>1</sup> Jones, C. y Trejo, G. (Coords.): *Contra...cit.*, p. 303.

*es(...) la carencia de esa base social que permite a cualquier individuo insertarse en la sociedad a través del ejercicio de su voluntad y de su capacidad para generar ingreso, para así tomar decisiones tan relevantes como trabajar o no, y quiénes han de encabezar el gobierno.<sup>2</sup>*

La pobreza puede ser abordada desde distintos enfoques conceptuales, el filosófico, económico y político: *desde el punto de vista filosófico, la pobreza es la incapacidad para autodeterminarse; desde el punto de vista económico, la pobreza es la incapacidad del individuo para generar incrementos en el producto marginal de su trabajo que deriven en aumentos concretos de su salario real. Por último, en el sentido político, la pobreza implica la incapacidad de participar plena y libremente.<sup>3</sup>*

La desigualdad en términos de la distribución del ingreso y la riqueza es quizá el signo que más se ha utilizado, tradicionalmente, para caracterizar la dualidad de la sociedad mexicana. En efecto, no cabe duda de que la brecha que separa a los más ricos de los más pobres en México (en términos de ingreso) es enorme, esta realidad inobjetable ha derivado con frecuencia en demandas de diferentes sectores de la sociedad por políticas públicas que tiendan a reducir la desigualdad y, en el caso extremo, a desaparecerla; sin embargo, es imposible eliminarla si no se resuelve el problema básico y de fondo de la pobreza.

Nutrición, salud, educación y vivienda son elementales para el pleno desarrollo y superación del individuo. La educación no tiene como meta la escolaridad, sino el desarrollo de las capacidades analíticas y creativas que el grado escolar requiere; en tanto que la nutrición busca la posesión fáctica de carbohidratos, proteínas, lípidos y

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>3</sup> *Ídem*.

demás componentes de una alimentación adecuada en las cantidades requeridas; en cuanto a la salud, no se limita al acceso a un sistema de salud curativo, sino que requiere de medicina preventiva y de buena calidad; y, finalmente, porque respecto a la vivienda, aunque se trate de un bien, se requiere algo más que el espacio físico, es necesaria una vivienda digna que contribuya positivamente a la conformación del hogar y al desarrollo individual.

Estas capacidades están ausentes en gran parte de la población mexicana, consecuentemente, se ha empujado a un gran y creciente sector de la misma a buscarlas lejos de su lugar de origen, con la finalidad de intentar la disminución de la pobreza (en términos del ingreso, mas no el de capacidades y oportunidades); carencias que no han sido producto de la autodeterminación, sino de la imposición de condiciones históricas.

Problema trascendental para entender la migración mexicana es la pobreza, ya que es la principal causa de la misma; y como tal, a lo largo de los años, los distintos gobiernos han sido incapaces de disminuirla y no se diga de erradicarla.

Una reforma migratoria, por muy benéfica que resulte a los intereses de los migrantes, por sí misma no resuelve las deficiencias en educación, salud, nutrición y vivienda que requiere la mayor parte de la población potencialmente migrante; dejar de atender estas problemáticas, es dejar que el fenómeno y problema migratorio masivo de mexicanos que se dirigen principalmente hacia Estados Unidos nunca disminuya y que el país no alcance un desarrollo en beneficio de las mayorías, al no poder ocupar las capacidades y técnicas adquiridas por las generaciones de mexicanos migrantes para aplicarlas a la productividad nacional.

Es necesaria una política social íntegra, que tenga como meta igualar las circunstancias sociales y naturales que

atañen a cada individuo de la sociedad, de tal manera que las desigualdades entre los individuos no sean producto del azar o de una situación anterior abiertamente injusta (como lo es actualmente). Dicho de otra forma, que las diferencias provengan directamente de la elección individual.

El objetivo que debe contener esta política social es proveer a los individuos la base social necesaria para que sean ellos mismos quienes, a través de la elección personal, decidan la forma en la que participarán en los diferentes terrenos de la sociedad. El gobierno se responsabiliza únicamente de crear las condiciones para que los individuos adquieran esas capacidades básicas (dicha responsabilidad puede incluir toda clase de acciones en materia de gasto, infraestructura, educación, etc.). Esta política social está destinada a atacar la pobreza y no la desigualdad, lo que se debe de alcanzar no es una sociedad de idénticos, sino de iguales en cuanto a las oportunidades para ser diferentes.

Así, la sociedad mexicana, en lo individual, sería producto del esfuerzo de cada uno, esto es, al tener un punto de partida idéntico, cada cual elegiría la forma y alcance de satisfacción de sus necesidades, y las diferencias únicamente serían marcadas por cada uno de los integrantes de la sociedad.

Una persona bien nutrida, con buena salud, y con los conocimientos que implica la educación y la especialización de la misma, está en posibilidades de elevar su productividad a la par de los requerimientos de una economía abierta y competitiva. Y que dicha participación se realice desde nuestro país, para contribuir a su desarrollo es en beneficio de todos.

Sin embargo, es indispensable añadir una condición adicional a las consideraciones económicas: la estabilidad macroeconómica.

## II. Globalización

*El Estado ya no es una organización autónoma e independiente cerrada sobre una población nacionalmente definida. Tenemos en cambio un sistema de estados constitucionalmente interconectados con una multiplicidad de membresía. (Por ello)(...) la lógica de la calidad de persona está por encima de la lógica de la ciudadanía nacional, (y) los derechos y obligaciones individuales, que estaban ubicados históricamente en el Estado-Nación, se han desplazado cada vez más a un plano universalista, trascendiendo las fronteras de los estados nación particulares.*<sup>4</sup>

Actualmente, la interconexión regional y global desafía las formas nacionales tradicionales en que se resolvían las cuestiones clave de la teoría y la práctica democráticas, el proceso mismo del gobierno no se acota al alcance del Estado-nación.

La globalización limita la autonomía estatal y la soberanía nacional, como lo señala David Held:

*(...)la globalización denota la expansión y profundización de las relaciones sociales y las instituciones a través del espacio y el tiempo, de forma tal que, por un lado, las actividades cotidianas resultan cada vez más influidas por los hechos y acontecimientos que tienen lugar del otro lado del globo y, por el otro, las prácticas y decisiones de los grupos y comunidades locales pueden tener importantes repercusiones globales.*<sup>5</sup>

Held sugiere, entre otras cosas, que la globalización es el producto del surgimiento de una economía global,

---

<sup>4</sup> Nuhoglu Soysal, Y. *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*. Chicago University Press, Chicago, 1994, pp. 164-165, citado en Torres, C. A.: *Democracia...*cit., p. 113.

<sup>5</sup> Held, D.: *La democracia...*cit., p. 101.

de la expansión de vínculos transnacionales entre unidades económicas que crean nuevas formas de toma colectiva de decisiones, del desarrollo de instituciones intergubernamentales y casi supranacionales, de la intensificación de comunicaciones transnacionales y de la creación de nuevos órdenes regionales y militares.

Algunas personas ven la globalización como si incrementara la homogeneidad de las sociedades, en tanto que otras, al contrario, ven la globalización como si aumentara la hibridización de las culturas y la diversidad. Para otros más, la globalización es una operación en desarrollo del poder por parte de las corporaciones multinacionales y los Estados, mientras que, en cambio, otros ven en la globalización la pieza clave de la acción ambiental, la democratización y la humanización. Algunas personas ven el concepto de globalización como un artificio contemporáneo para ocultar los efectos del imperialismo o de la modernización.

*La globalización económica es el resultado de una reestructuración económica a nivel mundial que implica la globalización de las economías, la ciencia, la tecnología y la cultura, así como una profunda transformación en la división internacional del trabajo. Junto con esta transformación de la división internacional del trabajo ha habido un reajuste de la integración económica entre las naciones, los estados y las economías nacionales y regionales. En gran parte, esta globalización es un resultado de los cambios en las comunicaciones y en la tecnología de la computación que aumenta la productividad en el trabajo, sustituye el trabajo por capital y conduce al desarrollo de nuevas áreas de alta productividad.<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> Torres, C. A.: *op. cit.*, p. 98.

A todo lo anterior México no ha escapado, su ineludible inserción en el fenómeno de la globalización, se ha visto reflejado a lo largo de décadas de inestabilidad económica debido a las fluctuaciones internacionales; sin embargo, dicho fenómeno afecta a los mexicanos emigrantes a Estados Unidos principalmente, debido a que la globalización no ha abarcado el aspecto social, y esto es porque las fronteras son restrictivas al flujo de personas (solo en el caso de mexicanos hacia Estados Unidos), no así a las mercancías y tecnologías.

En América del Norte, la situación geográfica es *sui generis*, ya que la globalización no ha tenido los mismos efectos que en Europa, o en otras regiones de condiciones similares (económicas, sociales, culturales, etc), al no homogeneizar otra cosa más que los mercados económicos en beneficio del gigante económico (Estados Unidos). Para México, la globalización, como lo mencionamos anteriormente, es una operación en desarrollo del poder por parte de las corporaciones multinacionales, notablemente palmario en la brecha social y económica cada vez mayor entre los países en desarrollo y las naciones capitalistas avanzadas.

El movimiento de los derechos humanos se ha desplegado claramente y representado en las políticas de derechos humanos desarrolladas para los trabajadores en Europa, no así en Norteamérica. Es sumamente deseable que esta tendencia expanda sus efectos globales en Norteamérica mediante el predominio de los derechos humanos universales, en vez de simplemente el solo predominio de las reglas del mercado, la postura universalista de los derechos humanos debe ser el fundamento de las demandas de los ciudadanos independientemente de su pertenencia a un Estado.

La meta después de todo, no es legitimar este u otro establishment (sistema) político o convenio de poder. La



meta es mejorar la calidad de vida de la gente, de la gente común, nosotros, sin importar dónde viva. La gente es primero; las fronteras vienen después. Es hora de que la política económica recuerde este simple hecho.<sup>7</sup>

### **III. Políticas migratorias**

Las necesidades demográficas para asentar y desarrollar a su sociedad, así como los continuos requerimientos de fuerza laboral calificada y no calificada, documentada y no autorizada en periodos de prosperidad y crisis económicas, son solo algunos de los elementos que han influido en los Estados receptores para abrir o cerrar las puertas a los inmigrantes durante el siglo XX y XXI.

*Una política migratoria puede ser definida como el derecho fundamental que tiene un Estado soberano para controlar y vigilar los intereses nacionales de su territorio. Para llevar a cabo dicha política se requiere que el Estado, en primera instancia, establezca los límites territoriales o fronteras, terrestres y marítimas, según sea el caso. Posteriormente, deberá formular ciertas reglas que se aplicarán a los individuos extranjeros que desean ingresar al país de destino por múltiples y muy variados propósitos. En última instancia, seleccionará a los mejores candidatos a inmigrantes, de un cúmulo importante de solicitudes de individuos de diferentes naciones, razas y/o etnias, objetivo primordial de cualquier política migratoria.<sup>8</sup>*

Se trata de un proceso de selección por parte del Estado receptor de aquellas personas que tienen el deseo de ingresar al país, en la cual el Estado haciendo uso de su

<sup>7</sup> Ohmae, K. *The End of the Nation-State. The Rise of Regional Economics*. Nueva York, Free Press, 1995. Citado en Torres, C. A.: *op. cit.*, p. 108.

<sup>8</sup> Vereza Campos, M.: *Migración...cit.*, p. 21.

soberanía, califica y determina quiénes son los candidatos aptos para ingresar al país con la calidad determinada y solicitada correspondientemente.

*Una política migratoria puede ser abierta o cerrada. La primera se caracteriza por ser generosa, flexible, o liberal y, por lo general, permite la entrada de muchos de los extranjeros que lo solicitan por razones económicas, políticas o de reunificación familiar. El ingreso se limita únicamente a los candidatos “no admisibles” o “no deseables”, es decir, aquellos que tengan antecedentes criminales(...), enfermedades contagiosas, pero no por cuestiones relacionadas con la raza.<sup>9</sup>*

Este tipo de política es la ideal, deja de lado prejuicios que pudieran existir en la sociedad, atendiendo únicamente a negar el acceso a aquellas personas que pudieran llegar a representar un potencial peligro a los ciudadanos y habitantes dentro del país receptor.

*Una política cerrada es inflexible, de corte conservador o restrictiva; tiene como objetivo principal escoger solo algunos de todos los que solicitan ingresar, quizá sobre la base de las ventajas para su economía y sociedad. Dicho proceso está vinculado con ciertas características que presenta el individuo, tales como raza y/o color de la piel, nación de procedencia, habilidades y capacidades, nivel educativo, recursos económicos, lazos familiares con los residentes o ciudadanos, entre otras variables.<sup>10</sup>*

Siendo esta menos conveniente, debido a la cantidad de matices que toma en cuenta para otorgar el ingreso y permanencia de las personas; implica un conjunto de

---

<sup>9</sup> *Ídem.*

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 22.

prejuicios que la sociedad del país receptor considera válidos y con los cuales el aceptar el ingreso de población con tales, representa una amenaza a su forma de vida y convivencia.

La política migratoria cerrada, al ser restrictiva, es la que la mayoría de los países con problemas trascendentales de migración han adoptado, esto ha dificultado notablemente el tener alternativas para la solución del problema.

*Las categorías utilizadas en las políticas migratorias(...) son las de inmigrantes y no inmigrantes. La primera incluye a los extranjeros que han sido admitidos por las autoridades para poder residir en forma permanente. Los no inmigrantes son aquellas personas admitidas por un determinado tiempo o propósito definido. En esta situación se encuentran los turistas, estudiantes, profesionistas y trabajadores temporales.*<sup>11</sup>

En materia de migración, la inmigración indocumentada es el principal problema de México y Estados Unidos; para el primero es un problema a nivel de política exterior; empero, a nivel interno representa una válvula de escape a la incapacidad, corrupción y ineficacia del sistema político mexicano, que no ha podido ser autosuficiente para otorgar a la mayoría de la población oportunidades de desarrollo. Para el segundo es ambivalente, a nivel exterior e interior.

Para los Estados Unidos la situación es ambivalente, exterior en forma negativa, porque representa una violación a sus disposiciones normativas, así como un traspaso de su seguridad, en su forma positiva la inmigración es buena al ser un estandarte del país que se autocalifica como la tierra de hombre libres, donde se vive en un régimen de derecho y democrático.

---

<sup>11</sup> García y Griego, M. y Vereá Campos, M.: *México y Estados Unidos frente a la migración de los indocumentados*, Miguel Ángel Porrúa, Coordinación de Humanidades, UNAM. México, 1988. Citado en Vereá Campos, M.: *op. cit.*, p. 22.

La política migratoria interior norteamericana, en su forma negativa, es cuando la inmigración representa una amenaza para los ciudadanos estadounidenses, al sentir que pierden fuentes de empleo destinados a ellos, y en general el espacio del que se apropian los inmigrantes mexicanos principalmente, acarreando todo esto sentimientos de racismo y xenofobia por algunos sectores de la sociedad norteamericana. La forma positiva se da en la medida en que los inmigrantes colaboran al crecimiento de la economía de los Estados Unidos, desempeñando los puestos que para los ciudadanos norteamericanos son los menos deseables.

Un Estado soberano limita o permite el ingreso de extranjeros, por lo que una política migratoria es inherentemente discriminatoria, ya que el Estado escoge, entre varios candidatos, a aquellos que pueden ingresar en forma legal a su país.

En resumen, *una política migratoria tiene las siguientes funciones:*

- a) *regular los procedimientos de selección y admisión de los extranjeros procedentes de diversos países que solicitan ingresar al territorio deseado como visitantes o turistas, trabajadores temporales, inmigrantes permanentes y refugiados o asilados.*
- b) *Establecer límites a aquellos que ingresan al país sin haber incursionado por los procedimientos señalados, o los que permanecen sin la autorización debida;*
- c) *Proveer las condiciones apropiadas para aquellos inmigrantes que visitan al país como trabajadores o residentes, en forma temporal o definitiva;*
- d) *Establecer las condiciones mediante las cuales un inmigrante puede obtener la naturalización y convertirse en ciudadano.*<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Vereza Campos, M.: *op. cit.*, p. 24.

#### IV. Migración y política migratoria

*Migración es un concepto que denota dinamismo y que además tiene que ver con la movilidad territorial de los sujetos. Sin embargo, esta movilidad de ninguna manera tiene que ver con un proceso arbitrario. Por el contrario, la movilidad relacionada con la migración la entendemos sujeta a determinados patrones. Estos patrones le dan a la migración su lógica e identifican movimientos que pueden ser de tipo voluntario o involuntario, colectivos o individuales.*<sup>13</sup>

*La movilidad migratoria puede tener en algunos casos carácter definitivo, pero en otros pueden ser procesos, que ocurren por un determinado lapso de tiempo y que, por las condiciones de orden, infraestructura, institucional o cultural, se constituyen en procesos que ocurren con cierta regularidad. En virtud de la duración del proceso y de la distancia, la movilidad puede ser reconocida o no como un proceso migratorio.*<sup>14</sup>

La migración es un fenómeno que ocurre en las unidades nacionales y dentro de un sistema multinacional producto de un desarrollo histórico. Este sistema incluye, además de los Estado-nación, las actividades de una multiplicidad de actores privados, como lo son las grandes corporaciones y los miembros de las familias de la clase trabajadora. Las actividades de estos actores no oficiales, a través de las fronteras nacionales, son la causa de la limitada efectividad oficial para regular la inmigración.

La migración internacional es uno de los grandes fenómenos globales de nuestros días, la mayoría de

<sup>13</sup> Sandoval de Escurdia, J. M.: *Análisis...cit.*, p. 33.

<sup>14</sup> Herrera Lima, Fernando y Macías Gamboa, Saúl. *Migración de la Mixteca Poblana a Nueva York: Espacio Social Transnacional*, En Herrera Lima, Fernando y Macías Gamboa, Saúl, *Migración Laboral Internacional*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Citado en Sandoval de Escurdia, J. M.: *op. cit.*, p. 33.

los movimientos poblacionales en todas las regiones geográficas del mundo obedece a la búsqueda de mejores condiciones de vida, en lo cual subyace la operación de diversos y complejos factores estructurales, como son las asimetrías económicas y sociales entre las naciones, la creciente interdependencia económica y las intensas relaciones e intercambios entre los países. También influyen factores de difícil predicción que dan lugar a movimientos de población en condiciones forzosas o involuntarias. Prácticamente ningún país, como ninguna región del mundo, escapa a la dinámica de las migraciones o puede mantenerse ajeno a sus consecuencias. La migración internacional es y seguirá siendo en los años por venir un asunto de primer orden en las agendas bilateral y multilateral de los países.

La migración de México hacia los Estados Unidos de América es un fenómeno social que se ha venido suscitando e incrementando desde hace varias décadas. El desempleo, la falta de oportunidades, las constantes crisis económicas por las que ha atravesado el país, son solo algunas de las causas por las que mexicanos emigran temporalmente hacia Estados Unidos, otros lo hacen de manera definitiva. En el ámbito jurídico-político es de suma importancia, dado que las condiciones económicas que fomentan una expulsión poblacional constante hacia nuestro vecino del norte, en búsqueda de mejores condiciones de vida para sí mismos y sus familias, persisten; es decir, la reforma migratoria, en el aspecto de solo regularizar la situación migratoria de millones de personas en Estados Unidos, no significa la panacea del fenómeno migratorio; ya que este no solo es de carácter jurídico ni político únicamente.

*Además de ser territorio de destino y tránsito de la migración internacional, México es un país de origen*

*de cuantiosos flujos migratorios hacia Estados Unidos. Con nuestro vecino del norte compartimos una frontera(...) que es de las más dinámicas del mundo. En ella se registran alrededor de 310 millones de cruces por año lo que revela el intenso y complejo entramado de contactos en esa zona.*<sup>15</sup>

A lo largo de la historia bilateral entre México y Estados Unidos, cuando ha habido escasez de mano de obra como resultado de la guerra o de otros factores, el reclutamiento unilateral y acuerdos bilaterales han dado como resultado movimientos a gran escala de trabajadores mexicanos a Estados Unidos. Cuando los trabajadores estadounidenses han mostrado preocupación al ver amenazados sus puestos, esto ha provocado que los migrantes tengan dificultades para emplearse.

El reclutamiento de trabajadores mexicanos empezó a finales del siglo XIX, se incrementó durante la Primera Guerra Mundial y toda la década de los años 20's, después hubo una baja y se volvió a incrementar durante la Segunda Guerra Mundial. Una de las causas que dieron origen a la emigración mexicana hacia Estados Unidos fue el grupo de mexicanos residentes en los territorios cedidos a Estados Unidos mediante el Tratado de Guadalupe-Hidalgo en 1848.

En un principio, la caótica condición de las zonas fronterizas, impidió todo control gubernamental de los movimientos de población entre los dos países,

*(...)el control formal de este tráfico se inició en 1886, no fue sino hasta 1907 cuando se estableció una forma definitiva de control. En 1919 únicamente 151 inspectores vigilaban toda la frontera(...) después*

---

<sup>15</sup> Gómez de León, José y Tuirán, Rodolfo, *Patrones de continuidad y cambio de la migración hacia Estados Unidos*. En Tuirán, R. Coord.: *Migración...*cit., p. 9.

*de 1848, tuvo lugar un importante movimiento, al tomar parte miles de mexicanos en la fiebre del oro de California. Durante los años 1907 y 1908, los ferrocarriles mexicanos unieron el interior de México con las ciudades fronterizas. En esta forma se facilitó mucho la migración.*<sup>16</sup>

Casi todos los emigrantes eran trabajadores agrícolas y peones endeudados, según la costumbre que todavía prevalecía en México, al abolirse este sistema con la Revolución Mexicana en 1910, se inició un sustancial movimiento de personas hacia Estados Unidos.

*De 1910 a 1919, aumentó en los estados fronterizos la necesidad de mano de obra. Se había excluido a los chinos en 1882 y a los japoneses en 1907, y al principiar la Primera Guerra Mundial disminuyó la entrada de migrantes europeos a los Estados Unidos.*<sup>17</sup>

Los años posteriores, en donde la economía estadounidense tiene su auge, sobrevienen los años angustiosos de la depresión, los primeros en sentir los efectos del desempleo son las minorías raciales y nacionales. El gobierno de Estados Unidos solucionó el problema de la desocupación de mexicanos que se encontraban en su país deshaciéndose de ellos, mediante deportaciones masivas, tanto de residentes legales como indocumentados.

Debido a la escasez de mano de obra durante la Segunda Guerra Mundial, los mexicanos son nuevamente bienvenidos en la economía de los Estados Unidos, elevó la emigración en México ligeramente, pero de manera continua, y se comenzó a reclutar trabajadores, esta vez bajo el programa de trabajo con contrato, el denominado *Programa de Braceros*.

---

<sup>16</sup> Bardán Esquivel, C.: *Diagnóstico...*cit., p. 12.

<sup>17</sup> *Ídem*.



*Para el trabajador mexicano, las formalidades requeridas para conseguir entrada legal eran caras e inciertas; en muchos casos penetrar ilegalmente era mucho más rápido y barato. A los agricultores les convenía contratar a los ilegales porque en esta forma, se ahorraban mucho trabajo administrativo y honorarios altos. El programa de braceros terminó a finales de 1964.<sup>18</sup>*

En la actualidad son muchos los factores que estimulan y sostienen la migración de mexicanos hacia Estados Unidos para trabajar temporalmente o para establecerse en ese país. A diferencia de la percepción predominante en algunos sectores de la sociedad norteamericana, que concibe que las causas de la migración se originan primordialmente en nuestro país, en México existe consenso en torno a la idea de que esta responde a la interacción de factores de naturaleza económica, social, cultural y demográfica que operan en ambos lados de la frontera. Dentro del conjunto de fuerzas que estructuran este complejo sistema migratorio, conviene destacar las siguientes: la insuficiente dinámica de la economía nacional para absorber el excedente de fuerza de trabajo; la demanda de mano de obra mexicana en los sectores agrícola, industrial y de servicios en la Unión Americana; el considerable diferencial salarial entre ambas economías; y la tradición migratoria hacia Estados Unidos.

Las características de la migración posterior al programa de braceros que finalizó en los sesenta, ha cambiado notablemente, como lo apuntan Gómez de León y Tuirán en lo siguiente:

---

<sup>18</sup> Abrahams, Franklin S., *La política de inmigración de los Estados Unidos*, Ediciones Gernika, México 1989, p. 192. Citado en Bardán Esquivel, C.: *op. cit.*, pp. 13 y 14.

1. *Una creciente diversificación regional del flujo.*
2. *Una cada vez más notoria presencia de migrantes procedentes de las zonas urbanas.*
3. *Una mayor diversificación ocupacional y sectorial de los migrantes tanto en México como en Estados Unidos.*
4. *Una tendencia creciente de los migrantes mexicanos a prolongar su estancia en los Estados Unidos o a establecer su residencia en ese país.*<sup>19</sup>

La tendencia dominante ha sido la de estereotipar a los migrantes; se les define como trasgresores de la legislación migratoria, como usurpadores que toman los puestos de trabajo que por derecho pertenecen a los ciudadanos estadounidenses y como responsables directos de muchos males sociales. Estas expresiones siembran animadversión en contra de los migrantes y alimentan el surgimiento de nuevas formas de racismo, xenofobia e intolerancia, que emergen como vías para desalentar el flujo migratorio. También suelen conducir a actitudes de violencia tan innecesarias como repudiables; ponen en riesgo la integridad y los derechos de los migrantes; les impiden expresar sus talentos; empañan una visión objetiva de la realidad migratoria internacional; merman los beneficios que la migración internacional aporta a la sociedad receptora, y tienden a vulnerar las propuestas más imaginativas de la diplomacia y la concertación en la materia.

De acuerdo al demógrafo Rodolfo Corona, *3.8 millones de hogares mexicanos(...) tenían en 2001 familiares directos con algún tipo de experiencia migratoria en Estados Unidos.*<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Gómez de León, J. y Tuirán, R.: *op. cit.*, p. 21.

<sup>20</sup> Bustamante, J. A.: *Migración...cit.*, p. 1.

El tema de la migración es un tema vasto, tanto que no hay ningún problema del desarrollo económico y social del país que no tenga algo que ver con la migración a los Estados Unidos; desgraciadamente, las actitudes de ambos gobiernos han carecido de voluntad, honestidad, pero sobre todo de eficacia para aceptar y tratar de solucionar las más complejas problemáticas del fenómeno migratorio. *La exportación más redituable que hacemos los mexicanos es la de nuestra propia gente. Ni la exportación de petróleo, ni de las manufacturas, ni el turismo, nos resultan tan redituables como la emigración de mexicanos a Estados Unidos.*<sup>21</sup>

## **V. Política migratoria en México**

Durante muchos años, el gobierno de México consideró silenciosa aunque conscientemente que la emigración de sus connacionales en forma no autorizada constituía un mal necesario. Se percibía como una válvula de escape importante, que aliviaba tensiones económicas, políticas y sociales, sobre todo en épocas de crisis económicas. Los emigrados no tenían (ni tienen) oportunidades de empleo satisfactorias que impidieran su salida de México. El gobierno mexicano durante muchos años mantuvo una política pasiva ante el fenómeno migratorio, a la que se le denominó *la política de la no política*.

Tanto México como Estados Unidos no intentaban involucrarse seriamente el uno al otro en el tema migratorio. Desde fines de la década de los 80 encontramos una situación paradójica en las relaciones bilaterales respecto al tema de la migración, en Estados Unidos aumentaron los debates en torno al tema de los efectos negativos atribuidos a la migración de mexicanos en general y de

---

<sup>21</sup> *Ídem.*

indocumentados en particular, por lo que la opción fue la adopción de medidas unilaterales.

Tradicional y constantemente, el gobierno estadounidense se ha manifestado en contra de la migración masiva de extranjeros sin documentos, por ir en contra de sus intereses como Estado-nación, atentando contra su soberanía; sin embargo, los intereses económicos reales de Estados Unidos hacen necesaria la inmigración, especialmente la indocumentada, en el aspecto de que requiere y contrata mano de obra barata de forma permanente, por lo que ha abierto y cerrado sus puertas de manera discrecional cuando su economía así lo ha demandado.

A partir de la década de los noventa, México ha demostrado un importante cambio de actitud, iniciándose un nuevo estilo de política exterior mucho más activo que antes. Debe reconocerse que por fin se entendió la importancia de la interdependencia entre ambos países.

Durante esta misma década ha surgido un nuevo bilateralismo, caracterizado por una mayor colaboración, lo que ha implicado un mayor diálogo intergubernamental, así como entre múltiples sectores en el ámbito federal y local, con el propósito no solo de intercambiar información sino de coordinar políticas. A pesar de este acercamiento, todas estas medidas estuvieron dirigidas a satisfacer uno de los objetivos fundamentales de los Estados Unidos, es decir, frenar la migración no autorizada por su frontera sur.

Los acuerdos más importantes de la década fueron:

- a) *Con el fin de colaborar para desalentar la migración de indocumentados y/o repatriarlos, se acordó iniciar conjuntamente un programa piloto de repatriación voluntaria al interior del país que operaría en la región de San Diego, California; (este programa incluye a migrantes mexicanos*

*indocumentados que reinciden en su intento de cruzar la frontera y aceptan voluntariamente regresar a un punto cercano a su lugar de residencia, en vez de ser repatriados a una ciudad fronteriza. El costo de los viajes de repatriación debe ser sufragado por el gobierno de los Estados Unidos).*

- b) Con el objeto de proteger a indocumentados de la extorsión de la cual son víctima durante su tránsito hacia Estados Unidos por contrabandistas y criminales(...), el gobierno de México creó en 1990 el Grupo Beta, (que se constituyó con un grupo de policías seleccionados de los tres niveles de gobierno, bajo la supervisión del Instituto Nacional de Migración, su objetivo es salvaguardar la integridad física y moral de los migrantes en la frontera, independientemente de su calidad migratoria), y posteriormente los grupos Ébano y Alfa, con los mismos objetivos;*
- c) (...)Se concluyó en 1997 el Estudio Binacional México-Estados Unidos sobre Migración, elaborado por especialistas de ambos países.*
- d) Con el objeto de atender casos específicos y mayor acceso consular a migrantes indocumentados removidos y detenidos en forma casuística, se instaló en 1996 el programa Mecanismos de Consulta sobre Funciones del Servicio de Inmigración y Naturalización y Protección Consular.*
- e) Se firmó, en febrero de 1999, el Memorándum sobre cooperación contra la Violencia Fronteriza.<sup>22</sup>*

El proceso de integración vivido en Norteamérica en la década de los noventa, que culminó en la firma del

---

<sup>22</sup> Vereza Campos, M.: *op. cit.*, pp. 202 y 203.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, liberalizó las economías, además de facilitar los intercambios financieros, comerciales, de inversión y tecnología. Paradójicamente se trazaron lineamientos políticos rígidos en la frontera sur de los Estados Unidos, convirtiéndola en una de las zonas más vigiladas y fortificadas del mundo, por lo que las fronteras lejos de desaparecer se han reforzado, de manera unilateral, con la finalidad de fortificar y reafirmar la soberanía nacional.

Como lo señala Peter Andreas *ha surgido una desfronterización para dar la bienvenida a los bienes y servicios, y paralelamente una refronterización para limitar y seleccionar los movimientos transnacionales de humanos*.<sup>23</sup>

En México, la *política de la no política* terminó al iniciar el sexenio de Vicente Fox, cuando por primera vez se propuso una política migratoria bilateral, en donde destacan los siguientes puntos: *establecer un nuevo programa de trabajadores huéspedes, la regularización o promoción de una amnistía para los indocumentados, la expansión del programa H2-A; el incremento del número de visas disponibles para México y la reducción del número de muertes*.<sup>24</sup>

Adentrándonos en estas propuestas, destacan las siguientes iniciativas: primeramente, con el fin de promover el desarrollo de las economías locales y desalentar los flujos potenciales de migrantes, fue la relativa a establecer una política para buscar padrinos que inviertan en microrregiones altamente marginadas, zonas típicas de expulsión de migrantes, consistente en que empresarios mexicanos que han tenido éxito

---

<sup>23</sup> Andreas, Peter. *Introduction: "The Wall alter the Wall"*. En Andreas, P. y Snyder, T. eds., *The Wall around the West*. Citado en Vereá Campos, M.: *op. cit.*, p. 205.

<sup>24</sup> Vereá Campos, M.: *op. cit.*, p. 211.

trabajando en Estados Unidos inviertan para crear industrias o compren los productos de esos lugares; así también la introducción de la matrícula consular para el migrante indocumentado que se otorga actualmente en los consulados mexicanos y que ha sido aceptada en numerosos establecimientos de gobierno y privados en la unión americana como identificación oficial.

Desafortunadamente, todos los avances que se habían alcanzado y el posible acuerdo migratorio que se vislumbraba, se vinieron abajo debido a los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, a pesar de que antes de los atentados era difícil que el presidente Bush y el Congreso estadounidense accedieran a todas las peticiones del Presidente Fox, hoy día ha dado un vuelco con la declaración en la actual administración del Presidente Obama, en torno a la propuesta de política migratoria, que ha significado una esperanza para muchos migrantes de regularizar su situación migratoria; sin embargo, es importante considerar las implicaciones y sus efectos reales, tanto positivos como negativos en México y, sobre todo, no olvidar la realidad de la actual política restrictiva de seguridad interna de los Estados Unidos.

La exigencia de respeto y validez en el ejercicio de los derechos de ciudadanos y sobre todo como personas que hacemos de los mexicanos emigrantes a los Estados Unidos, finalmente ha tenido eco en la pasada administración pública federal, que fue capaz de dotar de un marco legal proteccionista a migrantes centroamericanos (muy perfeccionable) como la que hemos pugnado desde diversos foros que se aplique a los nacionales en el extranjero, específicamente en Estados Unidos.

Es muy importante hacer un esfuerzo de congruencia, porque no se puede, por una parte, reclamar el respeto de los derechos humanos de los trabajadores migratorios

mexicanos en Estados Unidos, cuando se están, sistemáticamente violando los derechos humanos de los inmigrantes centroamericanos en México. La fuerza de nuestro reclamo hacia Estados Unidos tiene que estar fincada en el ejemplo que podamos dar en nuestro país en el respeto a los derechos humanos de los inmigrantes centroamericanos.

En el contexto social del fenómeno migratorio, llegamos a la conclusión de que no es suficiente con la aprobación de una eventual reforma migratoria en los Estados Unidos que permita la regularización del estatus migratorio de los millones de mexicanos en aquel país para solucionar de fondo el problema de la magnitud de los flujos migratorios. Mientras no exista una política social integral en el ámbito local, los flujos migratorios continuarán, esto es por la simple razón que las causas de origen se mantendrían vigentes, por lo tanto, la elaboración de una propuesta que permita disminuir y resolver en la medida de lo posible el fenómeno migratorio, requiere de su análisis y atención en todas sus dimensiones, es decir, social, política, económica y jurídica.

Finalmente, es evidente que la reforma migratoria por sí sola no resuelve un problema tan complejo como la migración en México; es necesario reconocer los factores que intervienen en ella y, de esta manera, estar en posibilidades de elaborar e implementar políticas públicas que permitan reducir sus efectos. Sin duda, la posibilidad de apertura migratoria en Estados Unidos representa un gran avance, pero es necesario que vaya complementada por una política social en México que atienda los aspectos señalados con anterioridad; de lo contrario, la sola reforma migratoria que, en su caso, llegue a aprobarse, solo llegará a ser parte integrante del actual círculo vicioso del fenómeno migratorio.



## VI. Bibliografía

- Bardán Esquivel, Cuitláhuac: *Diagnóstico migratorio México Estados Unidos*, s/e, México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, Instituto de Investigaciones Legislativas, Agosto 2003.
- Bustamante, Jorge A.: *Migración internacional y derechos humanos*, UNAM, México, 2002.
- Held, David: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Madrid, España, 1997.
- Jones, Claudio y Trejo, Guillermo: Coordinadores, *Contra la pobreza. Por una estrategia de política social*. Cal y Arena, México, 1993.
- Sandoval de Escurdia, Juan Martín: *Análisis sobre la situación general de la migración*. s/e, México, Cámara de Diputados LIX Legislatura, Septiembre de 2003.
- Torres, Carlos Alberto: *Democracia, educación y multiculturalismo. Dilemas de la ciudadanía en un mundo global*, Siglo XXI, México, 2001.
- Tuirán, Rodolfo: Coordinador, *Migración México-Estados Unidos Presente y Futuro*, s/e, México, Consejo Nacional de Población, 2000.
- Vereza Campos, Mónica: *Migración temporal en América del Norte*. Centro de Investigaciones Sobre América del Norte, UNAM, México, 2003.

---

## Detención inconstitucional. Vías de impugnación

Rosa Isela López González\*

RESUMEN: La libertad personal como valor fundamental debe ser respetada por particulares y autoridades en todo momento; dicha libertad puede verse restringida cuando se sorprende al sujeto en la comisión de alguna conducta tipificada como delito o con inmediatez a su consumación, lo que se denomina *flagrancia*, o en la situación en que, por ser un delito grave y por condiciones especiales, el agente del Ministerio Público ordene la detención, en la que hablaría de caso de *urgencia*, ambas actuaciones se encuentran amparadas por el artículo 16 constitucional.

En nuestro país, la mayoría de las causas penales nacen de un parte de novedades en el que se narran los hechos que advierten la comisión de un delito flagrante; como ejemplo, citaré una de las situaciones más recurrentes en los delitos contra la salud, en la que un sujeto, por transitar en actitud *sospechosa*, es intervenido efectuándole una revisión precautoria, siéndole localizada entre sus pertenencias determinada sustancia al parecer narcótico, lo que la autoridad ministerial califica como delito flagrante y al ver pruebas suficientes para resolver su probable responsabilidad, es consignado ante el juez

---

\* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

de Distrito quien, como primer actuación, deberá verificar que tal detención sea apegada a legalidad, caso en el cual debe ratificar la detención o en caso contrario, de ver viciado el acto de detención por inconstitucionalidad, decretar la libertad del indiciado.

La ratificación de la detención, como acto de autoridad, debe tener la posibilidad de impugnación en la que un diverso tribunal analice la inconformidad del recurrente, siendo, por un lado, en el caso de urgencia el recurso de apelación o la vía de amparo indirecto, y por el otro, en el supuesto de delito flagrante como única instancia: *el juicio de garantías*.

En la actualidad, al cobrar vigencia un criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el juicio de amparo se concluye con sobreseimiento por cambio de situación jurídica al sobrevenir la resolución del auto de término constitucional, esto derivado de la interpretación al texto del artículo 73 fracción X, de la Ley de Amparo; situación que, se sostiene, resulta incompatible con la legislación convencional denominada *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*, compromiso internacional que debe ser considerado para la procedencia del juicio de garantías, al no contar en nuestro sistema penal federal con recurso de impugnación en contra de la calificativa y ratificación de la detención, en los casos de flagrancia delictiva.

La defensa debe combatir todos aquellos actos violatorios de derechos humanos sufridos por

su defendido e instar todas las vías admisibles para que tales actuaciones sean remediadas; no es jurídicamente válido mantener a un sujeto privado de su libertad deambulatoria en prisión preventiva, y más aun cumpliendo una condena por la comisión de una conducta delictiva, dentro de un proceso que nace viciado por conductas ilegales, mismas que fueron ejecutadas por los elementos aprehensores al momento de realizar la detención.

**SUMARIO:** Introducción. I. Medio de impugnación ordinario. II. Juicio de amparo indirecto. III. Estudio de la procedencia del juicio de amparo indirecto. Inaplicación de tesis jurisprudencial. IV. Legislación consultada.

## **Introducción**

En nuestro sistema penal, para que una detención pueda ser verificada con apego a legalidad, debe reunir los requisitos que establecen nuestros ordenamientos procedimentales, nuestra Constitución Política lo prevé en su artículo 16, en el que se definen los casos de flagrancia y urgencia, situaciones en las que se puede detener a cualquier sujeto, se dice en el momento de estar cometiendo algún delito o inmediatamente después de su comisión, así como en las situaciones que medie casos de urgencia; en los procedimientos penales federales, la autoridad que tenga conocimiento de cualquier detención debe verificar que los requisitos constitucionales sean agotados, así como la actualización de alguno de los supuestos de la citada flagrancia o urgencia que regula el diverso 193 del Código Federal de Procedimientos Penales (conceptos que son recogidos de nuestra carta fundamental), para proceder con inmediatez a calificar la detención.

La calificativa de la detención, acto de autoridad, resulta de incuestionable relevancia para la formulación de la línea de defensa que ha de adoptarse en relación a la forma en que se suscitó la detención, el analizar la narración de los hechos nos lleva a la posibilidad de ver colmados los requisitos que la autoridad advirtió para estimar legal la detención del imputado y la justificación de por qué los aprehensores actuaron apegados a legalidad, el juzgador debe precisar en qué consistió la flagrancia, o en su caso la urgencia, así como las pruebas con las que se acredite, para estar en aptitud de ratificar la detención; así, de concluir la defensa que en la misma no fueron respetados los derechos fundamentales del detenido, tornando arbitrario el acto privativo de libertad, lo consecuente será impugnar la determinación de la autoridad en que se vieron consentidos tales vicios.

Actualmente, la legislación adjetiva federal no reconoce medio de defensa para impugnar la legalidad de la detención tratándose de delitos flagrantes, ya que, en su actual texto, el recurso de apelación será admisible únicamente cuando se trate de un caso mediado por urgencia, en la que el Ministerio Público haya autorizado la detención, por lo que el juicio de amparo indirecto resulta la única vía admisible –como se dice en caso de delitos flagrantes– para reclamar la inconstitucionalidad del proveído que ratifica la legalidad de la detención; sin embargo este medio extraordinario de defensa no resulta idóneo para el análisis de este acto reclamado debido a que, al dictar el juez de la causa penal auto de término constitucional, se ve actualizada una causal de improcedencia por cambio de situación jurídica que no da más que sobreseer el acto combatido.

## **I. Medio de impugnación ordinario**

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su Título Décimo denominado Recursos, del Capítulo II correspondiente a la Apelación, en su artículo 367 fracción III Bis textualmente dispone que son apelables en efecto devolutivo: *Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional*, fracción que fue adicionada a esta codificación mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del día 10 de enero de 1994, fecha en la que se contemplaba en el sexto párrafo del artículo 16 los casos de urgencia y flagrancia; sin embargo este supuesto de procedencia del recurso de apelación precitado hoy en día no resulta atendible cuando se plantea cuestiones de ilegalidad en la calificativa de detención por *flagrancia* delictiva, esto debido a que en publicación del día 1 de junio de 2009 del *Diario Oficial de la Federación*<sup>1</sup> se adiciona un segundo párrafo al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose los subsecuentes en su orden, para quedar como sigue:

*Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

*Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá*

---

<sup>1</sup> Véase el decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* (01/06/2009).

*los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.*

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.*

*La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.*

*Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y esta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.*

*Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de*

*la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.*

*La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.*

De lo anterior, se arriba a la conclusión que el recurso de apelación a que hace referencia la codificación adjetiva es al tratarse únicamente de detenciones ordenadas por la autoridad ministerial en casos *urgentes*, por lo que se excluye, atendiendo a la literalidad del dispositivo, a todas aquellas calificativas de detención en las que medie *flagrancia* delictiva, por ende, se tiene por improcedente la tramitación de tal recurso impugnativo por no ser el supuesto que describe el artículo 16 constitucional a que hace referencia.



## **II. Juicio de amparo indirecto**

La privación de la libertad personal, como consecuencia directa de un acto de autoridad en el que indebidamente se funde y motive su proceder, debe ser una cuestión que la parte afectada pueda ventilar en juicio, en el que con las formalidades de ley, sean expuestos los argumentos con los que se sostiene que el proceder de los agentes captores fue arbitrario, alejado a legalidad, procedimiento en que en pleno uso de las garantías judiciales pueda ser estudiado el acto de que se duele, de ahí que se sostenga que la vía para atacar tal acto sea el juicio de amparo, que como garantía constitucional restablezca a las personas vulneradas en el goce del derecho violentado.

Así las cosas, por tratarse de un acto de autoridad en el que se calificó indebidamente la detención de la persona por encuadrarlo en un caso de flagrancia, supuesto que no se actualiza y que al ser ratificada la detención, la privación de la libertad como consecuencia directa de aquella determinación, se viene consumando en forma continuada, en los casos que no sea procedente la concesión del beneficio de libertad provisional bajo caución, así como en aquellos que no se tenga la posibilidad económica para exhibir la garantía, por lo que su privación de libertad no puede ser considerado como un acto consumado de manera irreparable, pues en el momento en que se inste el juicio de garantías deberá ser necesariamente antes del dictado de la sentencia.

Por lo que respecta a la admisibilidad de la vía de amparo indirecto resulta aplicable la siguiente jurisprudencia:

*[J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV, Noviembre de 1996; Pág. 347*

*DETENCIÓN, RATIFICACIÓN DE LA. EL AUTO QUE LA DECRETA DEBE SER COMBATIDO A TRAVES DEL*

*AMPARO INDIRECTO DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR LOS ARTÍCULOS 73, FRACCIÓN X, ÚLTIMO PÁRRAFO Y 114, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE AMPARO. El auto que califica la detención de un acusado, en los casos de urgencia o flagrancia, a que se refiere la reforma del artículo 16 de la Constitución General de la República, publicada en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, debe ser combatido a través del amparo indirecto de conformidad con lo dispuesto por los artículos 73, fracción X, último párrafo y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, ya que se trata de una violación que por afectar un derecho sustantivo como es la libertad, produce una ejecución de imposible reparación, lo cual constituye la definitividad requerida para la promoción del amparo en la vía biinstancial.*

#### **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO**

*Amparo directo 667/95. Juan Díaz Sarabia. 31 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Antonio López Padilla. Amparo directo 13/96. Alejandro Hernández Márquez. 29 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Hugo Arnoldo Aguilar Espinosa.*

*Amparo directo 344/96. David Dávila Villalobos. 8 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio López Padilla, en funciones de Magistrado por ministerio de ley.*

*Amparo directo 367/96. Higinio Zamora Hernández. 5 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio López Padilla, en funciones de Magistrado por ministerio de ley.*

*Amparo directo 485/96. Isaías Basurto Trujillo. 19 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio López Padilla, en funciones de Magistrado por ministerio de ley. Secretario: Hugo Arnoldo Aguilar Espinosa.*

*[J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV, Septiembre de 1996; Pág. 459*

**DETENCIÓN ILEGAL. DEBE RECLAMARSE EN AMPARO INDIRECTO.** *Los actos tendentes a impugnar la detención ilegal del quejoso deben reclamarse en amparo indirecto por encontrarse comprendidos en la hipótesis prevista en la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo, que a la letra dice: «Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación».*

**TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO**

*Amparo directo 551/95. Gregorio Serafín Hernández. 18 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.*

*Amparo directo 601/95. José Xavier Palafox Pozos. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.*

*Amparo directo 676/95. Miguel Delgado Enríquez. 20 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.*

*Amparo directo 574/95. Esteban Velásquez Pintado. 23 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Mercedes Cabrera Pinzón.*

*Amparo directo 135/96. René Solano Hernández y otro. 20 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.*

### **III. Estudio de la procedencia del juicio de amparo indirecto. Inaplicación de tesis jurisprudencial**

Continuando con el planteamiento de la admisibilidad de juicio de amparo indirecto, como se citó en el apartado anterior en criterios coincidentes de Tribunales Colegiados del Octavo y Séptimo Circuito, resulta reclamable en dicha vía la detención ilegal de que se duela cualquier sujeto.

La problemática surge cuando en el proceso penal se dicta auto de formal prisión, ya que en criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación esta situación vuelve improcedente la vía de amparo por cambio de situación jurídica, misma que al rubro reza:

*[J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX, Mayo de 2004; Pág. 441*

*RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN. EL AMPARO EN SU CONTRA ES IMPROCEDENTE, POR CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA, CUANDO CON POSTERIORIDAD SE DICTA AUTO DE FORMAL PRISIÓN (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO, VIGENTE A PARTIR DEL NUEVE DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE).*

Del texto de la tesis jurisprudencial se desprende que de una interpretación de lo dispuesto por el artículo 73, fracción X, de la Ley de Amparo, el acto de formal prisión dictado en contra del detenido hace: (...) *que se considere irreparablemente consumada de modo irreparable las violaciones que se le atribuyen a la ratificación de la detención, ya que no es posible decidir sobre las mismas sin afectar la nueva situación jurídica del quejoso, generada por el inicio de la etapa de instrucción(...);* cabe apuntar que esta tesis es objeto de la solicitud de modificación de jurisprudencia 3/2013, pendiente de resolverse por la Primera Sala.

Ahora bien, la procedencia de la vía la fundamento en la facultad de los Tribunales para pronunciarse sobre el acto de autoridad que se tilda de ilegal, en el razonamiento que a continuación expondré:

Primeramente, nuestra Constitución establece:

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

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

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

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

Del contenido del artículo 1° constitucional se advierte la protección de los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución, así como los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte; asimismo, en su segundo párrafo se incorpora el principio de mayor beneficio como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Cabe citar lo que la Primera Sala de nuestro más alto tribunal ha determinado en este sentido:

*[J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 799*

**PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.** *De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable –en materia*

*de derechos humanos–, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.*

#### *PRIMERA SALA*

*Facultad de atracción 135/2011. Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. 19 de octubre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.*

*Amparo directo 28/2010. Demos, Desarrollo de Medios, S.A. de C.V. 23 de noviembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.*

*Amparo directo en revisión 2357/2010. Federico Armando Castillo González. 7 de diciembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Mario Gerardo Avante Juárez.*

*Amparo directo en revisión 772/2012. Lidia Lizeth Rivera Moreno. 4 de julio de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.*

*Amparo directo 8/2012. Arrendadora Ocean Mexicana, S.A. de C.V. y otros. 4 de julio de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.*

*Tesis de jurisprudencia 107/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de tres de octubre de dos mil doce.*

Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 26/2013, pendiente de resolverse por el Pleno.

Retomando la procedencia del juicio de amparo, el hecho de encontrarse la persona privada de su libertad a partir de un acto inconstitucional en el que indebidamente fue ratificada de legal su detención; privación de libertad que se continúa consumando ya que los efectos privativos, cuando se encuentra interno en centro penitenciario, permanecen cobrando vigencia; el hecho de que el juez del proceso haya dictado auto de formal prisión por encontrar acreditada la probable responsabilidad en la comisión de algún delito hace que se formalice la orden de detención, que al haberse realizado en forma ilegal continúan teniendo efectos ilícitos.

Continuando con la legislación convencional que resulta aplicable, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del que México es parte, dispone:

*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*

*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

#### *Artículo 25. Protección Judicial*

*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

*2. Los Estados Partes se comprometen:*

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

De ahí que el recurso sencillo y rápido sea el juicio de amparo, el cual insto de conformidad con lo señalado

en el dispositivo 32 documento internacional suscrito y ratificado por el Estado Mexicano denominado *Conjunto de Principio para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión* (09/ diciembre/ 1988), en el que se precisa:

*Principio 32.*

1. *La persona detenida o su abogado tendrá derecho a interponer en cualquier momento una acción, con arreglo al derecho interno, ante un juez u otra autoridad a fin de impugnar la legalidad de su detención y, si esta fuese legal, su inmediata liberación.*

2. *El procedimiento previsto en el párrafo 1 del presente principio, será sencillo y expedito y no entrañará costo alguno para el detenido, si este careciere de medios suficientes.*

*La autoridad que haya procedido a la detención llevará sin demora injustificada al detenido ante la autoridad encargada del examen del caso.*

Compromisos internacionales de los que México es parte, que al encontrarse integrado en nuestro sistema mexicano y en el rango de nuestra Carta Magna, es considerado derecho vigente, luego al ser el juicio de amparo el medio extraordinario de defensa contra el arbitrario y al carecer de vía para impugnar la ilegal detención de la persona reclusa, es por lo que sostengo la procedencia del juicio de garantías para que sea analizada la determinación judicial combatida.

Cabe hacer referencia que en la *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados*, suscrita y ratificada por México, establece que por tratado se entenderá:

*PARTE III*

*Observancia, aplicación e interpretación de los tratados.*

27. *El derecho interno y la observancia de los tratados.*

*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*

Finalmente, con fundamento en los dispositivos antes invocados, sustento la procedencia del estudio del concepto de violación en el que plantee la inconstitucionalidad de la detención, como consecuencia, la inaplicación de la jurisprudencia en que se enuncia la improcedencia de la vía de amparo, al encontrarse ante un supuesto en que las convenciones y tratados de naturaleza supranacional suscritos por nuestro país se encuentran integrados a lo que se denomina el derecho convencional, que al encontrar el quejoso mayor garantía de protección recurre a esta vía y solicita sea resuelta la cuestión planteada, en pleno goce de sus garantías judiciales.

Lo anterior toma forma en el siguiente criterio de la décima época:

*[TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4; Pág. 2413*

*CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES APLICADAS EN EL ACTO RECLAMADO EN UN AMPARO INDIRECTO. ES VIABLE AUNQUE AQUELLAS NO HAYAN SIDO RECLAMADAS DE MANERA DESTACADA O SEA IMPROCEDENTE EL JUICIO EN SU CONTRA. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente a partir del once de junio de dos mil once establece que todas las autoridades, dentro del ámbito de sus competencias, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano. Conforme al ámbito competencial*

*de los juzgadores de amparo, les corresponde de forma relevante la protección de los derechos humanos, ya que su función primordial consiste en ejercer dentro de esa materia un control directo o concentrado de convencionalidad y constitucionalidad. Por otra parte, también existe una vertiente de control difuso o incidental ejercido por el resto de los Jueces del país, los cuales pueden analizar ex officio si las normas generales relacionadas con los procesos de su conocimiento vulneran algún derecho humano reconocido en el bloque de constitucionalidad; en cuyo caso deben inaplicar la norma transgresora, sin necesidad de verificar si podría ser impugnada a través del amparo. Pues bien, si los Jueces comunes cuentan con tan amplias facultades de control de convencionalidad y constitucionalidad de leyes, no puede sostenerse que carezcan de ellas los tribunales de amparo. Por el contrario, como principales garantes de los derechos humanos, pueden ejercer oficiosamente ese control sobre la norma general aplicada en el acto reclamado, aunque no haya sido reclamada o, habiéndolo sido, resulte improcedente el amparo en su contra. En efecto, lo anterior solo impediría el otorgamiento de la protección federal contra la ley inconvencional o inconstitucional, pero no contra el acto concreto, como medida tendiente a lograr la desaplicación de aquella norma abstracta. Este criterio se encuentra orientado por el principio hermenéutico pro homine establecido en el referido artículo 1o., en virtud del cual debe acudirse a la interpretación más extensiva cuando se trata de fijar los alcances de los derechos humanos y sus garantías.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA OCTAVA REGIÓN

*Amparo en revisión 108/2012 (cuaderno auxiliar 489/2012). Ligia Francisca Ayala Moo. 29 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretario: Samuel René Cruz Torres.*

#### **IV. Legislación citada**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión.
- Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

---

## Boletín bibliográfico

- *Antología sobre derechos indígenas en la procuración de justicia: retos y realidades*. México, D.F., Procuraduría General de la República, 2006. 238 páginas.
- Campo Sánchez, Nimrod Mihael: *Resolución de libertad para indígenas, por falta de acreditación de la responsabilidad en la comisión de delitos contra la salud, privación ilegal de la libertad y contra servidores públicos*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, 156 páginas.
- Cárdenas Rioseco, Raúl F.: *La garantía de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, México, D.F., Porrúa, 2005, 245 páginas.
- *Compilación de normas y criterios en materia de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, 1129 páginas.
- *Criterio y conducta*. Revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2007.

- Cuadriello Olivos, Hadlyyn y Megchún Rivera, Rodrigo: *Tojolabales*, México, CDI, 2006, 47 páginas.
- *Curso de especialización en el sistema penal acusatorio*, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, Secretaría de Gobernación, Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2012, 354 páginas.
- Dehesa Dávila, Gerardo: *Elementos indispensables de retórica para jueces, litigantes y público en general*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, 120 páginas.
- *El derecho mexicano contemporáneo, retos y dilemas: estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa*, Chilpancingo, Guerrero, Fundación Académica Guerrerense: El Colegio de Guerrero; San Cristóbal de las Casas, Chiapas: Facultad de Derecho, Campus III, 2012, 652 páginas.
- *Derechos humanos: parte general*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, 211 páginas.
- Díaz Hernández, Carlos: *La ética de juez*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, 225 páginas.
- Galindo Sifuentes, Ernesto: *Argumentación jurídica, técnicas de argumentación del abogado y del juez*, México, D.F., Porrúa, 2013, 264 páginas.
- Gallardo Arias, Patricia: *Huastecos de San Luis Potosí*, México, CDI, PNUD, 2004, 31 páginas.

- González Licea, Genaro: *Reflexiones jurídicas sobre derechos fundamentales, fuero de guerra y género en México*, México, D.F., Criminogénesis, 2013, 313 páginas.
- *Iter Criminis*: Revista de Ciencias Penales, México, D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1998, Número 1, Sexta Época (abril-junio) 2013.
- *Iter Criminis*: Revista de Ciencias Penales, México, D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1998, Número 2, Sexta Época (julio-septiembre) 2013.
- Jáuregui, Jesús: *Coras*, México, CDI, PNUD, 2004, 47 páginas.
- Derecho penal y criminalística: XII Jornadas sobre justicia penal / Sergio García Ramírez, Olga Islas Mariscal, coordinadores, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Formación de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2012, 210 páginas.
- Jurisprudencia y criterios relevantes en materia de controversias constitucionales, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, 1 libro electrónico.
- Maldonado Corpus, Rodrigo: *El procedimiento de ejecución en el derecho del trabajo*, México, D.F., Porrúa, Nuevo León, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013, 243 páginas.
- Márquez Algara, Ma. Guadalupe: *Mediación penal en México: una visión hacia la justicia restaurativa*, México, D.F., Porrúa, Aguascalientes, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2013, 317 páginas.



- Masferrer Kan, Elio: *Totonacos*, México, CDI, PNUD, 2004, 39 páginas.
- Martínez Garnelo, Jesús: *La presunción de inocencia en materia penal, ¿principio, garantía o derecho procesal?*, México, D.F., Porrúa, 2013, 603 páginas.
- *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, Secretaría de Gobernación, Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, 2011, 450 páginas
- *Normativa del juicio de amparo, concordancia entre el texto vigente y el de 1936 abrogado*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, 322 páginas.
- Obregón Rodríguez, María Concepción: *Tzotziles*, México, CDI, PNUD, 2003, 39 páginas.
- Osorio y Nieto, César Augusto: *Teoría del caso y cadena de custodia*, México, D.F., Porrúa, 2013, 159 páginas.
- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena: *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación del Distrito Federal y sus efectos jurídicos*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, 386 páginas.
- *Raíz y conciencia*. Órgano informativo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, México, D.F., Suprema Corte de Justicia

de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, 2007, No. 76, 77 y 78 (Mayo, junio y julio 2013).

- 1 folleto ; 20 cm.
- *Reglamento concordado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y la interpretación jurisprudencial de ambos instrumentos*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, 149 páginas.
- *Revista institucional de la defensa pública de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Argentina, Ministerio Público de la Defensa. Año 3, Número 4 (mayo) 2013
- Rivero Evia, Jorge: *El acceso de las víctimas a la justicia de la Corte Penal Internacional*, México, D.F., Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, 336 páginas.
- *La reforma penitenciaria: un eslabón clave de la reforma constitucional en materia penal*, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, Secretaría de Gobernación, Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2012, 231 páginas.
- Urosa Ramírez, Gerardo Armando: *Introducción a los juicios orales en materia penal, Apuntes sobre el pasado, presente y futuro enjuiciamiento criminal en México*, México, D.F., Porrúa, 2013, 194 páginas.

- Valadez Díaz, Manuel: *La defensa adecuada en juicio oral*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2013, 284 páginas.
- Wachter Rodarte, Mette Marie: *Nahuas de Milpa Alta*, México, CDI, PNUD, 2006, 55 páginas.

---

## **Actividades de capacitación**

Como cada año, se llevaron a cabo en la Sede Central las Especializaciones en Defensa Penal y Asesoría Jurídica, décimo tercera generación, teniendo una importante respuesta a la Convocatoria del presente Ciclo Escolar y previa revisión de la documentación presentada por los aspirantes, fueron admitidos 50 alumnos en cada una. Las clases presenciales, que iniciaron en febrero y terminarán en octubre, están a cargo de Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, destacados académicos y servidores públicos del Poder Judicial de la Federación.

Mayor exigencia de capacitación existe en la actualidad para los Defensores Públicos Federales, dada la transición del sistema procesal mixto al sistema acusatorio y oral que por disposición constitucional deberá operar en breve plazo y en el que la defensa pública federal adecuada será preponderante, se impartió en la Sede Central la cuarta edición del Diplomado Litigación en el Proceso Penal, que, como ocurrió el año pasado, se imparte por catedráticos de la Universidad Alberto Hurtado de Chile, a través de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac del Norte. En el 2013 tuvo lugar en las ciudades de Guanajuato, Gto., Monterrey, N.L. y Distrito Federal, con la participación de 150 Defensores Públicos de las veintisiete Delegaciones del Instituto.

Por su relevancia, es necesario resaltar el reto que significa tener capacitados a todos los Defensores Públicos del Instituto antes de que el sistema acusatorio y oral entre en vigor, por lo que estas acciones de capacitación fueron planeadas teniendo en cuenta que era necesario que los defensores tomaran un curso sistematizado que

cubriera el ámbito teórico y el práctico del nuevo sistema penal; además, también se planeó que este curso se complementara con una segunda parte, esencialmente práctica, que permitiera a los defensores incrementar sus conocimientos y habilidades acerca del sistema acusatorio y oral, por lo que se programó la segunda edición del curso “Litigación Profundizada”, en el que participaron de igual forma 150 Defensores.

En el mes de abril dio inicio el Ciclo de Conferencias destinado a Defensores Públicos y personal técnico del Instituto, con el tema *Debido Proceso Penal*, así como el Ciclo sobre *La Nueva Ley de Amparo*, que se llevó a cabo en la Sede Central durante los meses de junio y julio, en el que participaron destacados especialistas en los temas.

Finalmente, el pasado mes de julio, como parte de las acciones que ha emprendido el Poder Judicial de la Federación respecto de la Reforma Constitucional en Materia Penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura, por conducto del Instituto Federal de Defensoría Pública y la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, convocaron al *Curso-Taller de Derecho Penal-Penitenciario*, en el que 90 Defensores Públicos de las 27 Delegaciones asistieron a la Ciudad de México en la Primera Etapa, para recibir capacitación sobre el nuevo sistema de justicia penal, y en la Segunda, replicarán en cada una de las 45 Casas de la Cultura Jurídica a sus homólogos y comunidad jurídica de cada Entidad Federativa.

Lo anterior permitirá contar con un importante número de Defensores Públicos Federales capacitados para actuar en el sistema acusatorio y oral y contar con conocimientos sobre las Reformas más relevantes en el país.

---

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General  
Maestro Mario Alberto Torres López

Junta Directiva

Maestro Rodolfo Félix Cárdenas  
Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot  
Doctor Héctor Felipe Fix Fierro  
Doctor Moisés Moreno Hernández  
Maestro Miguel Pérez López  
Licenciado Javier Quijano Baz

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Jorge Rivero Ortiz  
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz  
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciada Susana Paczka Carmona  
Unidad de Supervisión y Control de Defensa  
Penal y Asesoría Jurídica

C.P. Silvia Madrigal Bueno  
Unidad de Apoyo Operativo

---

*El diseño y la formación de este volumen  
estuvieron a cargo de la Dirección  
General de Comunicación Social del  
Consejo de la Judicatura Federal.*