

IP dF **Revista**

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA



IIP dlF **Revista**

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Director

César Esquinca Muñoa

Coordinadores

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

Captura: Martha M. Terán López

Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública

Número 1, junio de 2006

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

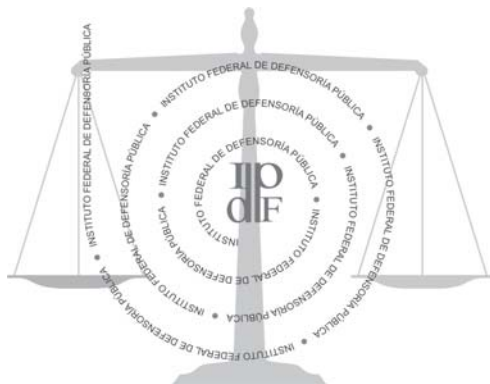
Editor responsable: César Esquinca Muñoa; número de certificado de litud de título, número de certificado de litud de contenido y número de reserva al título en Derechos de Autor, en trámite.

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública
ISBN (en trámite)

Tiraje 2,000 ejemplares
Distribución gratuita.



Índice general

	<i>Página</i>
<i>Presentación</i>	7
<i>Página de la Dirección</i>	9
 Sección Primera	
PRESENCIA DE LA JUDICATURA	
 <i>Ministro Juan Díaz Romero</i>	
<i>Principio de legalidad tributaria</i>	15
 <i>Ministro Juan N. Silva Meza</i>	
<i>Los problemas de la justicia internacional</i>	31
 <i>Consejero Constancio Carrasco Daza</i>	
<i>El Instituto Federal de Defensoría Pública. Punta de lanza en el régimen de certificación del ejercicio de la abogacía</i>	49

Magistrado Miguel Ángel Aguilar López	
Asunto Casablanca: la prueba ilícita	65

Jueza María de Lourdes Lozano Mendoza	
La argumentación y los operadores jurídicos	105

Sección Segunda

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

Dr. Ricardo Franco Guzmán	
Urgencia de unificar la legislación penal	127

Lic. Jorge Humberto Álvarez Moreno	
La transformación del papel procesal de la víctima u ofendido en la reforma constitucional del año 2000	135

Lic. Arturo Adolfo Andrade Serrano	
Los derechos de las personas indígenas en el sistema jurídico penal mexicano	199

Lic. Benjamín Ayala Romero	
Delitos cometidos en misiones diplomáticas extranjeras en México	215

Lic. Jesús Óscar Blanco Medina	
La inconstitucionalidad del arraigo	223

Lic. Arturo Bucio Ibarra	
El costo de los litigios fiscales: trato desigual para los contribuyentes	241

Lic. Mario Alberto Calderón Salguero	
Reflexiones sobre adecuación de la pena	257

Lic. Amando Chávez Chávez	
El combate a la delincuencia organizada sin afectación a garantías individuales	275

<i>Lic. Ibán García Galindo</i> <i>Alcances limitados de aplicación del artículo 423 del Código Penal Federal</i>	295
<i>Lic. Luis Fernando González Madera</i> <i>Las pruebas en el proceso penal</i>	307
<i>Lic. Jorge Guerrero Olguín</i> <i>Traslación de tipo</i>	325
<i>Dr. Jorge Carlos Heredia García</i> <i>La prisión preventiva</i>	341
<i>Lic. Margarito Lara López</i> <i>Los tratados internacionales y la defensa pública federal</i>	349
<i>Lic. Ulises López Aguilar</i> <i>La prueba circunstancial y sus implicaciones en el proceso penal federal</i>	365
<i>Lic. Carlos Morales Sánchez</i> <i>La violación al principio de la reserva de la ley penal en el delito de ataques a las vías de comunicación</i>	383
<i>Lic. Óscar Domingo Olguín Almanza</i> <i>Análisis crítico de la tesis de jurisprudencia 1a./J.1/2003</i>	413
<i>Lic. Apolinar Pedro Vargas Ordóñez</i> <i>Responsabilidad penal del adolescente. Rechazo y consecuencias en el esquema legal vigente</i>	433
<i>Lic. Salvador Velázquez Larios</i> <i>El principio de solidaridad en la producción de la prueba judicial</i>	441
<i>Lic. Jorge Aristóteles Vera Martínez</i> <i>El artículo 2º, fracción II, de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, su problemática constitucional</i>	457

Presentación

La institución de la defensoría pública ha sido una preocupación constante de los estados modernos, como una medida fundamental para garantizar el acceso a la justicia; por tal motivo, en 1922 se reguló esta actividad en el sistema jurídico mexicano, en el fuero federal, mediante la *Ley de Defensoría de Oficio Federal* y el *Reglamento de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal* de ese mismo año, integrando esta actividad a las del Poder Judicial de la Federación.

Esta medida cobró más sentido a partir de la reforma al artículo 20 Constitucional, fracciones IX y X, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, en la cual se estableció el derecho a tener un defensor de oficio y la garantía de recibir asesoría jurídica gratuita en los procesos penales; lo que dio cauce, en 1994, a que se integrara al recientemente creado Consejo de la Judicatura Federal la Unidad de Defensoría del Fuero Federal, con el carácter de órgano auxiliar. Posteriormente, en 1998, con base en la expedición de la Ley Federal de Defensoría Pública, se dio origen al Instituto Federal de Defensoría Pública como órgano auxiliar del Poder Judicial de la Federación, dotado de independencia técnica, operativa y que otorga el servicio de defensoría pública en procesos federales a toda la población, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en las materias administrativa, fiscal, civil y derivada de la penal.

No es por tanto ajeno a nuestro Estado de Derecho la necesidad de garantizar, a través de todos los medios, el acceso a la impartición de justicia, especialmente en la atención de la población más desprotegida del país, bajo los principios constitucionales de gratuidad, probidad, honradez y profesionalismo en la administración de justicia, contribuyendo así a superar las desigualdades sociales y a consolidar la impartición de justicia en México.

Por tales motivos, es para mí muy satisfactorio hacer la presentación, a través de estas líneas, a los defensores públicos de esta noble Institución, los funcionarios que integramos el Poder Judicial de la Federación, la comunidad jurídica y la sociedad en general, del primer número de esta revista, que se une a otros canales de comunicación del Instituto Federal de Defensoría Pública como el programa de radio “¡No Estás solo! Cuentas con nosotros”, que se transmite a partir del 26 de noviembre de 2003.

La “Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública” significa la primera publicación periódica especializada en temas de la defensoría pública que se hace en nuestro país, en la cual a través de 24 artículos nos muestra contenidos de gran interés en el acceso a la justicia, el desarrollo de los procedimientos del fuero federal, así como otras cuestiones de derecho, con la participación de articulistas del propio Instituto y un selecto grupo de escritores externos. Contribuirá con seguridad a la difusión de las tareas del Instituto, la divulgación de la cultura de la legalidad y el valioso debate sobre el derecho en México.

Muy loable la iniciativa del Magistrado César Esquinca Muñoz, Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, de idear e impulsar esta publicación semestral pero, aún más, llevarla al campo de los hechos con tan singular éxito. ¡Mis sinceras felicitaciones a él y a su equipo de trabajo!

Ministro Mariano Azuela Güitrón



Página de la Dirección

Las instituciones que tienen la responsabilidad de hacer efectivo el acceso a la justicia de los más necesitados, deben transitar todos los senderos y tocar todas las puertas para lograr que sus acciones sean eficientes y así legitimarse ante la sociedad. Con esa visión, el Instituto Federal de Defensoría Pública se empeña en superar los servicios de defensa penal y asesoría jurídica en otras materias, que con calidez humana proporciona a los marginados sociales.

Para lograrlo ha puesto en marcha estrategias que inciden en cuestiones torales relacionadas, en lo material, con espacios dignos para defensores, asesores, delegaciones y sede central; equipamiento informático, mobiliario adecuado, instrumentos de trabajo e insumos necesarios. En lo humano, con procedimientos de selección a través de concursos de oposición; sistemas de ascenso dentro del servicio civil de carrera; supervisión y evaluación al desempeño; estímulos y sanciones; capacitación y actualización por medio de cursos, conferencias, seminarios, talleres, mesas redondas y la publicación, a partir del 1o. de abril de 2000, de la *Gaceta de la Defensoría*.

También realiza labores de difusión que tienen por objetivo hacer saber a sus destinatarios los servicios gratuitos que puede proporcionarles. El activismo en este rubro ha sido intenso en toda la República, coordinado a través de un Programa Nacional de Difusión e Imagen Institucional que comprende las ac-

ciones generales, complementado con programas locales que las particularizan conforme a las necesidades advertidas en cada Delegación. En especial son de mencionar el programa radiofónico «*No estás sólo, cuentas con nosotros*», que desde el 26 de noviembre de 2003 se transmite semanalmente por la estación La B Grande de México; la publicación de la *Cartilla de la Defensoría Pública Gratuita*; la edición de carteles en español y en lenguas indígenas; la publicación de cintillos publicitarios en revistas y periódicos de circulación nacional y local.

Algo más consideramos que hacía falta en esta materia: difundir el pensamiento de quienes laboran en la institución, primero a través de un foro interno de discusión en nuestra página Web, abierto el 8 de junio de 2001; después en el proyecto más ambicioso, consistente en publicar una *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, que se hace realidad en este primer número que adquiere especial relevancia con la amable presentación que hace el Ministro Mariano Azuela Güitrón, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.



Con la intención de que la *Revista* sea foro democrático de quienes laboran en el Instituto, pero también testimonio de la unidad que prevalece en el Poder Judicial de la Federación —con independencia de la naturaleza y jerarquía de sus órganos—, el contenido está dividido en dos Secciones:

La primera, denominada *Presencia de la Judicatura*, contiene estudios jurídicos del Ministro Juan Díaz Romero, del Ministro Juan N. Silva Meza, del Consejero Constancio Carrasco Daza, del Magistrado Miguel Ángel Aguilar López y de la Jueza María de Lourdes Lozano Mendoza, presencia simbólica de los órganos terminales, en lo jurisdiccional y en lo administrativo, del Poder Judicial de la Federación.

En la segunda, denominada *Presencia de la Defensoría*, se publican colaboraciones del Doctor Ricardo Franco Guzmán, de asesores jurídicos, defensores públicos y delegados, mandos medios y personal administrativo, presencia del Instituto que abarca a su Junta Directiva y personal jurídico de diferentes niveles.

Nuestro agradecimiento a todos ellos por sus importantes y desinteresadas aportaciones, lo mismo que al Consejo de la Judicatura Federal por el apoyo financiero que hizo posible la realización de este proyecto, que motiva a seguir la lucha incansable en búsqueda de la excelencia en beneficio de los destinatarios de los servicios de la institución.

Magistrado César Esquinca Muñoa

Sección Primera
PRESENCIA DE LA JUDICATURA

Principio de legalidad tributaria

Juan Díaz Romero

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA EN MÉXICO

A la integración de las Cortes de Cádiz de 1812 acudieron como diputados varios personajes de la Nueva España; hay que recordar a José Miguel Guridi Alcocer, a José Miguel Gordo y Barrios y al más destacado, don Miguel Ramos Arizpe, nacido en un pueblo que ahora lleva su nombre en el Estado de Coahuila.

Cuando se logró la independencia de México, Ramos Arizpe, electo diputado constituyente, fue el motor incansable que con la experiencia de Cádiz promovió la instauración de las ideas políticas más adelantadas en esa época, tanto en Europa como en la naciente República de Estados Unidos de Norte América; así, la Constitución de 1824, la primera del México independiente, no sin fuerte confrontación en el seno del Congreso Constituyente organizó al Estado mexicano como una república federal, democrática, representativa, estructurada bajo la división de poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Obviamente, también fue acogido el principio de legalidad tributaria al establecer en su artículo 50, fracción VIII, que el Congreso General tendría facultades para:

“VIII.- Fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión y tomar anualmente cuentas al gobierno”.

Pasando por alto algunas constituciones que por distintas cir-

cunstancias no tuvieron arraigo duradero, se llega a la Constitución de 1857 que no sólo reiteró el principio de reserva legal en materia tributaria, sino que también introdujo, con mejor técnica, los demás principios que son propios de la materia; así, en el artículo 31, fracción VIII, estableció:

“Art. 31.- Es obligación de todo mexicano:

II.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del estado y municipio en que resida, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.

Esta redacción, casi igual a la fracción IV del artículo 31 de la Constitución de 1917 que actualmente nos rige, conforma, junto con los artículos 14 y 73, fracción VII, de la misma, la base de la legalidad tributaria.

LOS CRITERIOS INICIALES EN AMPARO SOBRE MATERIA FISCAL

Como se ha evidenciado, los principios fundamentales de las contribuciones ya aparecían con toda claridad desde la Constitución de 1857 y fueron reiterados en la Constitución de 1917, de modo que los conceptos de legalidad, proporcionalidad, equidad y destino al gasto público con que las caracteriza el Constituyente, tienen mucho tiempo de formar parte de nuestro paisaje jurídico.

Sin embargo, eso no basta, porque para que las normas vivan, es necesario que se apliquen. “La justicia existe si se le aplica”, dijo Alain (Emile Chartier), y mucho tiempo antes Hobbes había escrito: “La autoridad y no la verdad hace la ley”, y podría agregarse que cuando esa aplicación es medida y controlada por el juez, se tiende un manto de seguridad que, como en el juicio de amparo, protege al gobernado.

Sólo que la materia tributaria llegó tarde al juicio de amparo. Si se revisan las deliberaciones del Constituyente de 1917 con motivo de la presentación del amparo directo, se ve que las confrontaciones suscitadas entre Hilario Medina, Heriberto Jara, José María Truchuelo y otros Constituyentes giró en torno a los amparos penales y civiles; estas dos materias constituyeron el aforo principal en amparo durante un buen tiempo.

No quiere decirse con esto que no se presentaran amparos fiscales, pues aunque ocasionalmente, esto sucedía desde 1917 como se pondrá de manifiesto más adelante; lo que quiere significarse es que dichos planteamientos judiciales no eran de cuño corriente en las audiencias de amparo ni, mucho menos, habían alcanzado el auge actual, al que sin lugar a dudas contribuyó la creación del Tribunal Fiscal de la Federación en 1936, así como el otorgamiento de su plena autonomía mediante las reformas constitucionales de 1967 al artículo 104, ahora fracción XXIX-H del artículo 73.

Pero allá en 1917, cuando inició la vigencia de la Constitución, no es de extrañar que estos temas fueran rechazados por la Suprema Corte.

Así, en el amparo promovido por Ignacio Álvarez Icaza en contra de un impuesto que consideraba exorbitante, fallado el 17 de diciembre de 1917 por unanimidad de 9 votos, la Suprema Corte estableció que:

“El remedio de los (impuestos) ruinosos o exorbitantes establecidos por los Estados no es atribución del Poder Federal, sino del pueblo mismo, mediante el sufragio para elegir legisladores patriotas que cuiden los intereses generales, procurando la convivencia normal y progresiva de la comunidad”.

Y más adelante, el 10 de abril de 1918, en el amparo promovido por María Goríbar de Zaldívar, por unanimidad de 10 votos, la Suprema Corte dijo:

“IMPUESTOS, REQUISITOS DE LOS. Los relativos a la proporción y equidad de los que se decreten, deben ser calificados por las respectivas legislaturas, o por la autoridad que los acuerde, quienes deben estimar todos los factores económicos y sociales que sean de tomarse en cuenta para ajustarlos a la Constitución General”.

Estos criterios, en el mejor de los casos, deslindan al Poder Judicial de las protecciones individuales frente a la imposición de tributos, para dejar éstos a la buena conciencia constitucional de las autoridades impositoras, lo cual haría la felicidad plena de los Se-

cretarios de Hacienda de todos los países del mundo; y en el peor de los entendimientos más bien parece un reproche al quejoso por haber votado en favor de los legisladores que establecieron las contribuciones que combate.

Lo más probable es que la adopción de esta posición tenga una explicación “geográfica” derivada de que ubicándose el artículo 31 constitucional (que establece los principios tributarios) más allá de los primeros 29 preceptos que contienen, fundamentalmente, las garantías del gobernado que protege el juicio de amparo, ya estaban fuera de su alcance y abrigo, consideración a la que cooperó la circunstancia de que dicho artículo 34 forma parte del Capítulo IV, dedicado a integrar los derechos, obligaciones y prerrogativas -básicamente políticas-, de los ciudadanos mexicanos.

LA PUERTA QUE ABRIÓ UN NUEVO MUNDO

Durante ocho años la Suprema Corte integrada en 1917 se negó a estudiar, en términos generales, los principios tributarios por estimar que eran ajenos a la materia de amparo, pero las cosas cambiaron en 1925.

Hay criterios jurisprudenciales que marcan nuevos rumbos en el sistema jurídico de una sociedad; así, por ejemplo, la ejecutoria dictada por la Suprema Corte en 1924 en el amparo promovido por la Compañía Holandesa “La Corona”, S. A., que al reconocer calidad de órganos jurisdiccionales a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, amplió la protección constitucional a las garantías sociales de los trabajadores y dio impulso al estudio del derecho laboral.

De la misma manera, en otra ejecutoria histórica dictada el 20 de octubre de 1925 con motivo del amparo promovido por Aurelio Maldonado, la Suprema Corte estableció un criterio que fue la puerta hacia el mundo de los tributos, principalmente en cuanto afectan a los gobernados; la tesis, de gran trascendencia, dice:

“IMPUESTOS.- Aunque la jurisprudencia sentada por la Corte, en ejecutorias anteriores, fue que la proporcionalidad y equidad del impuesto, no puede remediarse por medio del juicio de

amparo, es conveniente modificar esa jurisprudencia, estableciendo que sí está capacitado el Poder Judicial Federal, para revisar los decretos o actos del Poder Legislativo, en cada caso especial, cuando a los ojos del Poder Judicial aparezca que el impuesto es exorbitante y ruinoso o que el Poder Legislativo se ha excedido en sus facultades constitucionales. Esa facultad de la Suprema Corte proviene de la obligación que tiene de examinar la queja, cuando se ha reclamado una violación de garantías, la falta de proporción o de equidad en un impuesto; y si bien el artículo 31 de la Constitución que establece esos requisitos de proporcionalidad y equidad en el impuesto, como derecho de todo contribuyente, no está en el capítulo relativo a las garantías individuales, la lesión de aquel derecho, es una violación de esas garantías; de suerte que si la Suprema Corte ante una demanda de amparo contra una ley, que establezca un impuesto notoriamente exorbitante y ruinoso, negara la protección federal, diciendo que el Poder Judicial no es el capacitado para remediar tal violación, y dijera que ese remedio se encuentra en el sufragio popular, haría nugatoria la prescripción de la fracción I del artículo 103 constitucional, que establece el amparo contra las leyes que violen las garantías individuales, y la misma razón podría invocarse para negar los amparos en todos los casos en que se reclamara contra las leyes”.

Como poco después, según ya se mencionó, se creó el Tribunal Fiscal de la Federación, con aquel criterio y esta creación, se dio auge al amparo fiscal, de entre cuyos elementos se destacará la legalidad tributaria.

EL DESARROLLO DE LA LEGALIDAD TRIBUTARIA

En las memorias jurisprudenciales de la Suprema Corte la legalidad tributaria tuvo un temprano despertar, incluso anterior a la sentencia de Aurelio Maldonado, aunque con altibajos que revelan un criterio no sistemático en la materia.

En efecto, en el amparo promovido por José Baigts la Suprema

Corte estableció, el 23 de enero de 1918, que el cobro de contribuciones “basado en acuerdos administrativos que no tienen carácter de leyes, y menos de leyes expedidas por legislatura competente, constituye una violación constitucional”, con lo que ya despunta el principio.

Más adelante, sin embargo (Compilación de 1955, tesis 541), en 1940, se establecieron como principios básicos de los tributos la proporcionalidad, la equidad y el destino al gasto público, pero no se incluyó la legalidad tributaria.

Estas alternancias de criterios, a veces aventajados y que a veces parecen retroceder, no son extraños en el seguimiento de las posiciones que en determinada materia va adoptando un tribunal; ello es explicable porque la ley permite cambios de criterio pero, además, porque entre un asunto y otro pueden transcurrir varios años y presentarse, en cada ocasión, litis específica sobre distintas aristas del mismo tema; se trata de un quehacer diferente a un tratado, al capítulo de un libro o a un ensayo, donde la secuencia lógica de una exposición totalizadora o acabada impide esas alternancias.

Con el paso del tiempo debe señalarse que el criterio se fue asentando, pues ya en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXI, página 5753, la Segunda Sala estableció, sobre dicho principio, los caracteres que, en esencia, se conservan hasta la fecha, a saber, que la legalidad tributaria:

a) Tiene fundamento en la fracción IV del artículo 31 constitucional.

b) Las leyes que establecen las contribuciones tienen relación formal con la Ley de Ingresos, que determina las que se causarán.

c) Para cumplir el principio no basta que el tributo esté en ley, sino que ésta debe señalar los elementos esenciales del tributo, así como la forma, contenido y alcance de la obligación.

d) La explicación racional e histórica del principio es la autoimposición de los gobernados.

e) La finalidad es evitar la injusticia de las autoridades aplicadoras, de modo que la arbitrariedad en la imposición y la

imprevisibilidad en las cargas tributarias deben ser proscritas del régimen constitucional mexicano.

Y un poco antes (Tomos 91-96 de la Quinta Época), la Suprema Corte había especificado que los elementos esenciales del tributo que deben quedar reservados a la ley, son: sujeto, objeto, base, tasa y época de pago.

Desde aquella época, por tanto, puede afirmarse que la Suprema Corte ya viene manejando el principio de legalidad tributaria acorde con el concepto generalmente aceptado en la doctrina y en la judicatura, pero como observa el maestro Antonio Jiménez González, las discrepancias y confrontaciones vienen a partir de dicho acuerdo o aceptación y se presentan sobre varios temas y especificidades.

Este es el momento para referirse, siquiera sea someramente, a algunos de esos temas conflictivos a la luz de la jurisprudencia.

LA LEY ANUAL DE INGRESOS Y LAS LEYES TRIBUTARIAS ESPECIALES

El artículo 74, fracción IV, de la Constitución Federal, otorga facultades a la Cámara de Diputados para examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, discutiendo primero las contribuciones que deben decretarse para cubrirlo. De aquí deriva que la Ley de Ingresos es de vigencia anual; nace el primero de enero y fenece el 31 de diciembre.

Por otra parte, el artículo 73, fracción VII, del Magno Ordenamiento da atribuciones al Congreso de la Unión para imponer las contribuciones necesarias para cubrir el Presupuesto. En esta disposición se acostumbra fundar la facultad legislativa federal para expedir las leyes tributarias especiales.

Connotados autores, como don Gabino Fraga, don Miguel Valdés Villarreal y don Sergio Francisco de la Garza, entre otros, al analizar la Ley de Ingresos y el cúmulo de leyes especiales, opinan que no se trata de dos facultades distintas, sino de una sola, pero sujeta a la temporalidad anual, de modo que si en la Ley de Ingresos de un año se omite relacionar un impuesto, éste ya no podrá legalmente aplicarse en esa anualidad.

La Suprema Corte ha aceptado que la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos tienen vigencia anual (7 de diciembre de 1941, Córdoba Mariano y coags., A. R. 998/40; 9 de marzo 1953, Oficina Federal de Hacienda de Piedras Negras, (Queja 200/52).

Sin embargo, no ha aceptado que la transitoriedad de las leyes de ingresos se transmita a las leyes contributivas especiales. Así lo ha venido sosteniendo desde 1927 (28 de diciembre, González de la Vega José, A. R. 1836/25), pues pese a que en la Queja 200/52 del 9 de marzo de 1953 se adscribió al criterio doctrinario antes referido, de ahí en adelante ha considerado, en forma consistente, que las leyes de ingresos sólo son, en esencia, un catálogo de impuestos, pero no determinan que las leyes tributarias tengan, como aquéllas, una vigencia anual, sino que perduran hasta que son derogadas; por tanto, cuando se pidieron amparos en contra del cobro de un impuesto porque no estaba contenido en el catálogo de la Ley de Ingresos, sino que había sido creado en una ley especial ya empezado el año fiscal, se negó la protección constitucional (Tesis Jurisprudencial 32, Compilación de 1988, Pleno).

Por tanto, si la jurisprudencia no acepta que la Ley de Ingresos tenga el carácter de condicionante de la vigencia de las leyes especiales, puede entenderse cuando menos hasta hoy, que para la Suprema Corte aquel ordenamiento anual, sin desdoro de que sea una ley, sólo contiene, en el sector contributivo, un catálogo de tributos que tiende a guardar un equilibrio con el Presupuesto de Egresos.

Hay una razón importante que se relaciona con la técnica del amparo contra leyes, para que haya arraigado en esta materia el criterio de la Suprema Corte, pues si todas las leyes tributarias reiniciarán su vigencia al principio de cada año, renacerían automáticamente todas las acciones constitucionales en su contra aun cuando con anterioridad ya se hubieran consentido, con grave perjuicio para la seguridad jurídica y hacendaria (A.R. 4475/58, Hermenegildo Santiesteban y coags., 19 de agosto de 1958).

Por otra parte, el hecho de que conforme al criterio de la Suprema Corte la Ley de Ingresos, en el aspecto contributivo, sea un

catálogo de tributos, no le quita su naturaleza de ley desde el punto de vista formal y material, razón por la cual en este ordenamiento se puede, válidamente, modificar o derogar cualquier aspecto de las leyes tributarias especiales (A.R. 7706/62, Transportadora Sinaloense, S. A. de C. V., y coags., 10 de mayo de 1964, Pleno); de la misma manera y por igual razón, se admite que la Ley de Ingresos puede establecer contribuciones aun cuando no estén contenidas en una ley especial, puesto que la facultad impositiva del Congreso es una sola y el medio de que se vale para establecerla tiene jerarquía de ley (A.R. 7013/63, Refrescos de Frutas, S. A., 2 de febrero de 1971, Pleno; y A. R. 1048/69, Mexicana de Gas Combustible, S. A., 3 de abril de 1974, Pleno).

Más todavía: De las pautas adoptadas referentes a que la facultad impositiva es una y que la ley anual no es condicionante de la vigencia de las leyes especiales, la Suprema Corte ha deducido que es válida la recaudación de un tributo establecido en una ley especial, aun cuando no se halle inventariada en la Ley de Ingresos de ese año (Semana Judicial de la Federación, 7ª. Ep., Pleno, Tomo 199-204, 1ª Parte).

SUPUESTO EN QUE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EXPIDE LEYES TRIBUTARIAS SIN VIOLAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

De lo dicho queda claro que el principio de reserva legal en materia contributiva exige que los tributos sean establecidos, al menos en sus elementos esenciales, por una ley que provenga del Poder Legislativo y que además reúna las características de abstracción y generalidad.

Por tanto, el Presidente de la República, ordinariamente, no puede, válidamente, dictar normas que establezcan contribuciones, dada la división de Poderes que establecen los artículos 40 y 41 constitucionales y la prohibición de que se reúnan dos o más Poderes en una sola persona o corporación que, en principio, establece el artículo 49 de dicho Magno Ordenamiento.

Sin embargo, este mismo precepto, que prohíbe depositar el

Poder Legislativo en un individuo, establece dos salvedades: En primer lugar, el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo que señala el artículo 29 con motivo de invasión, perturbación grave de la paz o cualquier otro evento que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto; y en segundo lugar, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131.

Dejando a un lado la primera salvedad relativa al artículo 29, por ser ajeno al tema que se viene tratando y circunscribiendo la visión sobre el artículo 131, segundo párrafo, exclusivamente a la facultad tributaria, aparece que “El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso, y para crear otras...”, agregando: “El Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida”.

Esta facultad tributaria del Ejecutivo no existía originalmente en 1917, pero como por una parte el Congreso de la Unión, al que originalmente le corresponde imponer las referidas cuotas, no está integrado todo el año ni puede actuar con la urgencia necesaria, y por la otra resulta apremiante en materia de comercio exterior decidir sobre las cuotas de importación y exportación por la fluidez de las relaciones comerciales y la repercusión que tienen en la economía de un país, como México, con déficit comercial crónico, el Ejecutivo Federal teniendo necesidad de intervenir, lo hacía sin tener facultades constitucionales para ello, por más que el Legislativo pretendiera darle atribuciones a través de las Leyes de Ingresos y de aquella Comisión de Aranceles que se creó en la Ley del 9 de febrero de 1946.

En tales condiciones, la Suprema Corte vino concediendo el amparo en contra de las cuotas mencionadas fijadas por el Ejecutivo, precisamente por violación al principio de legalidad tributaria. Entre muchas tesis relativas al tema, escojo ésta por su claridad y concisión:

“FACULTADES DE LEGISLAR.- El artículo 73, fracciones VII

y XXIX constitucionales, prohíbe que se autorice por el Congreso de la Unión al ciudadano presidente de la República para modificar las tarifas de los impuestos de importación. El Congreso tiene la facultad exclusiva de gravar el comercio exterior y de establecer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto de egresos y el presidente de la República, en ningún caso puede establecer impuestos, y será inconstitucional la delegación de facultades que para ello se haga en su favor; y si modifica una tarifa, la modificación implica la creación de un nuevo impuesto que, por las razones ya dichas, resulta inconstitucional". (A. R. 983/49, Villarreal Edmundo, 2 de marzo de 1950).

Si el amparo, en vez de tener efectos individuales, los tuviera generales, las leyes que daban atribuciones tributarias al Ejecutivo hubieran sido invalidadas.

Fue, pues, a partir de la reforma constitucional sobre el párrafo segundo del artículo 131, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de marzo de 1951, cuando ya se regularizó esta facultad y, desde entonces, la Suprema Corte viene resolviendo que son constitucionales las cuotas arancelarias fijadas por el Presidente de la República.

Cabe preguntar si estas atribuciones al Ejecutivo constituyen una excepción al principio de reserva de ley en materia tributaria, y la contestación parece ser negativa, puesto que las cuotas arancelarias están contenidas en una auténtica ley por disposición constitucional aunque provengan del Ejecutivo, éste actúa por delegación del Congreso y rinde cuentas al mismo sobre el ejercicio de esas facultades.

En la actualidad, esta delegación legislativa está otorgada al Ejecutivo Federal en la fracción I del artículo 4º de la Ley de Comercio Exterior.

LEGALIDAD TRIBUTARIA: ¿PRINCIPIO ABSOLUTO O RELATIVO?

De lo dicho hasta aquí, queda claro que es generalmente aceptado el aserto de que la reserva de ley en materia contributiva radi-

ca en que sólo la norma legal puede, válidamente, establecer los elementos esenciales del tributo, como son sujeto, objeto, base, tasa y época de pago, pero hasta qué punto esa exigencia es exclusiva de la ley, es un planteamiento de interés actual que despierta polémica.

Si se parte de una posición en que la reserva de la ley en esta materia es absoluta, resulta lógico esperar que todos y cada uno de los elementos esenciales de la contribución sean, no solamente establecidos en la ley, sino también desarrollados por ella en todos sus pormenores, pues de no ser así, carecerá de validez.

En cambio, bajo la idea de que el principio de legalidad tributaria debe entenderse como relativo, se permite que otras fuentes distintas a la ley, como por ejemplo el reglamento o las conclusiones técnicas de una institución, regulen algunas circunstancias o particularidades de los elementos esenciales del gravamen siempre y cuando -ésta es la condición básica- sea la ley la que determine expresamente los criterios, principios, cauces o directrices a las que deben ajustarse dichos auxiliares.

Como se ve, las consecuencias de adoptar una u otra de las clasificaciones tienen serios efectos prácticos, que hacen reflexionar sobre características del principio de legalidad tributaria que hasta hace relativamente poco tiempo parecían ya de estudio concluido.

Desde 1975 (A.R. 5332/75, Blanca Meyerberg de González, Jurisprudencia 49, Primera Parte, Compilación de 1985) el Pleno de la Suprema Corte estableció que “La determinación del monto de los impuestos debe ser hecha en la misma ley que los establece o, cuando menos, ésta debe fijar las bases generales necesarias para que las autoridades encargadas de su aplicación puedan hacer la fijación del monto del impuesto...”, con lo cual, aunque refrendó el principio de que se viene hablando, abrió la puerta a la relatividad.

Posteriormente, la Suprema Corte cambió de criterio con motivo de algunos amparos promovidos en contra de la Ley de Catastro del Estado de Sinaloa que para determinar la base del impuesto predial de inmuebles urbanos, remitía al Reglamento a fin de que éste acabara los pormenores necesarios para establecer los valores unitarios;

la Suprema Corte declaró inconstitucional la ley en los primeros meses de 1997 (A.R. 1980/93, A.R. 203/94, A.R. 1776/96 y A.R. 385/94), pero este criterio se interrumpió porque en el mes de noviembre del mismo año de 1997, se estableció con toda claridad que la reserva de ley puede ser relativa y que tratándose de la reclamada no se violaba el principio porque la Ley de Catastro, si bien remitía al Reglamento, dicha remisión no hacía posible una regulación autónoma del tema, pues quedaba subordinada a los cauces de la ley; la tesis relativa puede consultarse en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, pág. 68, P-CXLVIII/97.

No es extraño que este tipo de problemas se haya suscitado con motivo del impuesto predial urbano, por la dificultad hacendaria que hay para abarcar en la generalidad de la ley todos los detalles que se requieren para establecer, con el menor costo posible, algunos elementos contributivos adaptados a cada inmueble.

Fernando Pérez Royo (Derecho Financiero y Tributario, Parte General), apunta que la generalidad de la doctrina acepta que este principio es relativo, y desde la perspectiva de la Suprema Corte asentada en la ejecutoria acabada de mencionar, los carriles condicionantes establecidos en la ley evitan la violación al principio mencionado si no se deja libre arbitrio a la autoridad o institución coadyuvante en la configuración del elemento tributario.

Así, en el amparo en revisión 2240/97 fallado el 11 de octubre de 2000, se planteó que los derechos por servicio de agua en el Municipio de Acapulco eran violatorios del principio de reserva de ley porque el ordenamiento impositivo establecía diversas tasas de acuerdo con diferentes tipos de usuarios que señalaba la Comisión de Agua Potable y Alcantarillado.

En esta ejecutoria la Segunda Sala de la Suprema Corte estableció que la ley tributaria no violaba el principio de legalidad por encomendar a la autoridad administrativa el cálculo o decisión de algún dato para determinar un elemento de la contribución porque aquélla señalaba los requisitos y procedimientos para realizar dicho cálculo, de tal manera que impedía la conducta caprichosa o arbi-

traria de la autoridad participante y, además, daba certidumbre sobre ello al gobernado.

En otra ejecutoria que corresponde a la tesis 2ª CLXX/02, pág. 281, Tomo XVI, del Semanario, la Segunda Sala ha incursionado más a fondo partiendo de que acepta como válida la clasificación relativa del principio de reserva de la ley.

Al respecto hace una distinción: Cuando la ley faculta a un órgano o a una autoridad para que verifique un dato de mercado en un momento dado que sirva como factor para integrar un elemento del tributo, caso en el cual no se deja al arbitrio de ese órgano la determinación del hecho encomendado el que, por otra parte puede ser comprobado objetivamente por el gobernado; en cambio, cuando el órgano al que se encarga la determinación del factor debe realizar para ello una serie de estudios de mercado, comparar cambios económicos durante un tiempo, dar seguimiento a diversos variables, etc., entonces la ley debe resguardar el principio aludido estableciendo los procedimientos que el órgano debe seguir, los conceptos que debe tomar en cuenta, la temporalidad a que ha de atenerse, las limitaciones que debe respetar, etc., para impedir la actuación arbitraria.

Este último supuesto es un tema recurrente en los amparos a raíz de que con motivo de la inflación económica que México padece como enfermedad endémica, la Legislatura tuvo que recurrir al establecimiento de factores de ajuste y de actualización para calcular, principalmente, el pago del impuesto sobre la renta; como elemento fundamental de referencia para el ajuste inflacionario, el Legislador tomó el “índice nacional de precios al consumidor” (INPC) que mes a mes publica el Banco de México.

Cuando apareció este sistema, en 1987, la Suprema Corte estuvo concediendo el amparo por violación al principio de legalidad tributaria porque la ley no establecía la normatividad correspondiente para la determinación del “índice de precios al consumidor” por parte del Banco. Así aparece en la tesis jurisprudencial PJ-27/95, que establece:

“ÍNDICE NACIONAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR. EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLAR LA GARANTÍA DE LEGALIDAD TRIBUTARIA (TEXTO VIGENTE EN MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE).-

El segundo párrafo del artículo 20 del Código Fiscal de la Federación, según texto vigente en el año de mil novecientos ochenta y siete, al disponer que deberá aplicarse el Índice Nacional de Precios al Consumidor calculado por el Banco de México para determinar las contribuciones y sus accesorios, en los casos en que las leyes fiscales así lo establezcan, viola la garantía de legalidad tributaria consagrada en el artículo 31, fracción IV, constitucional, porque no precisa los componentes, bases, criterios o reglas que deberán considerarse para formular el citado índice, sino que deja en manos del Banco de México la determinación de uno de los elementos que los contribuyentes deben considerar para calcular la base gravable, con lo cual se quebranta la garantía ya citada que busca salvaguardar a los particulares de la actuación caprichosa de autoridades u órganos distintos del legislador, sin que obste a esta conclusión que el índice de que se trata puede ser un instrumento de medición económica confiable, por cuanto su elaboración se halla encomendada a un organismo capacitado técnicamente para detectar las variaciones inflacionarias, pues lo cierto es que la Constitución exige que sea precisamente el legislador y no otro órgano u organismo diverso, quien precise todos los elementos de la contribución”.

Pese a la drástica expresión final de esta tesis, acerca de que sólo el legislador y no otro órgano puede precisar los elementos del tributo, cuando el Código Fiscal de la Federación fue adicionado con el artículo 20 bis, que empezó a regir el 1º de enero de 1989, la Suprema Corte aceptó el sistema de relatividad, pues en dicho precepto ya se detalla con minuciosidad la forma y procedimientos que debe seguir el Banco de México para obtener el Índice Nacional de Precios al Consumidor.

La tesis actual (Jurisprudencia PJ-53/91) establece:

“ÍNDICE NACIONAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR. EL ARTÍCULO 20 BIS DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN (VIGENTE A PARTIR DEL 1º DE ENERO DE 1989), NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA AL DISPONER QUE DEBERÁN COTIZARSE PRECIOS DE PRODUCTOS CONFORME AL CATÁLOGO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS ELABORADO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA.- El índice nacional de precios al consumidor a que se refiere el artículo 20 bis del Código Fiscal de la Federación y que calcula el Banco de México, deberá sujetarse a las reglas que el propio precepto establece entre las que, en su fracción II, dispone que deberán cotizarse los precios correspondientes a cuando menos dos mil productos y servicios específicos agrupados en doscientos cincuenta conceptos de consumo, los cuales abarcarán, al menos, treinta y cinco ramas de los sectores agrícola, ganadero, industrial y de servicios, conforme al catálogo de actividades económicas elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Esta disposición sólo prevé que los precios de los productos que deberán cotizarse, de las diversas ramas que señala, se tomarán del catálogo que emite el citado instituto, pero jamás que tales precios, productos y servicios los elabore el instituto supracitado”.

Como se ve, este tema, ya de por sí apasionante desde el punto de vista académico, es de gran trascendencia práctica y, siendo muy complejo, tiene otros afluentes y honduras que requieren mejores exploradores.

Los problemas de la justicia internacional

Juan N. Silva Meza

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El derecho internacional ha ido reconociendo la posibilidad de que en nombre de la comunidad internacional, los tribunales de un estado ejerzan su jurisdicción más allá de sus fronteras respecto de determinados crímenes cuya gravedad resulta ser una amenaza contra la propia humanidad, con independencia de la nacionalidad de la víctima o del acusado y sin importar el lugar donde hubieran sido cometidos. Esta figura ha recibido el nombre de jurisdicción universal.

Para la doctrina, el concepto de jurisdicción universal supone que la ofensa o daño que producen determinadas conductas no afecta únicamente a quienes las padecen, ni incumbe sólo a los países en que tales hechos son cometidos, sino a la humanidad entera, por lo que el lugar de comisión del delitos o la nacionalidad de la víctima o del acusado, son irrelevantes para determinar qué tribunal tendrá la competencia para sancionar dicha conducta.

En efecto, contrario al modo tradicional como opera el derecho penal, el derecho penal internacional no pretende proteger bienes jurídicos tales como: la vida, la propiedad o la salud, sino al ser humano como tal, considerándolo en sí como uno de los bienes jurídicos más importantes, en la medida en que pueda ser amenazado por determinadas conductas.

De esta manera, el concepto de jurisdicción universal rompe con importantes principios del derecho procesal, tales como el de territorialidad, el de nacionalidad o el de personalidad, ello, consti-

tuyendo un recurso adoptado por la comunidad internacional en la lucha contra los crímenes internacionales, procurando que aquellos principios dejen de ser un obstáculo para perseguir y sancionar a quien ha cometido alguno de esos delitos.

Podemos decir, en principio, que para entender el concepto y contenido de la jurisdicción universal es necesario conocer los criterios sobre la competencia que pueden tener los tribunales de los diversos estados, para enjuiciar los delitos de los que tengan conocimiento. Solamente así podremos distinguir las dificultades que genera la relativa normatividad de la jurisdicción universal.

Como sabemos, la jurisdicción es una función soberana del estado que, en esencia, consiste en la potestad de dirimir o resolver litigios o controversias. A su vez, la competencia constituye el límite de la jurisdicción.

La doctrina ha distinguido cuatro principios para establecer la competencia en materia penal de los tribunales, a saber:

- a) El principio de territorialidad, en virtud del cual, un tribunal es competente para conocer de delitos que se cometen en el territorio del estado.
- b) El principio de personalidad activa, que establece que un tribunal es competente para conocer de delitos cometidos por los nacionales del estado, aunque se cometan en el extranjero y contra extranjeros.
- c) El principio de personalidad pasiva, según el cual, se debe tomar en cuenta la nacionalidad de la víctima, independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad del sujeto activo.
- d) El principio de protección, que establece como criterio que los tribunales de un estado conocerán de delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros y contra extranjeros siempre y cuando se pretenda que tenga efectos en el territorio del estado o contra éste.

Estos criterios de una u otra manera establecen un vínculo con los tribunales del estado que pretende ejercer competencia, siendo

ésta la objeción principal que se impone a la jurisdicción universal, toda vez que la misma, en su forma más pura, se ha entendido como ejercicio de la competencia en razón de la gravead del delito, sin importar la nacionalidad de los sujetos pasivo y activo, el lugar de la comisión de los hechos, o sus efectos. Por ello, la aplicación de la jurisdicción universal genera muchas dudas, tales como: si tiene un fundamento en derecho internacional, si es violatoria de derechos humanos, o si los estados están legitimados para actuar de manera tan indiscriminada.

Ninguna de estas interrogantes tiene una respuesta absoluta o completamente convincente. Prueba de ello es una sentencia de la Corte Internacional de Justicia respecto de un caso en el que un estado, Bélgica, libró una orden de aprehensión en contra del Secretario de Relaciones Exteriores de otro estado, la República Democrática del Congo, que es la que acude precisamente ante la Corte Internacional de Justicia, buscando la anulación de dicha orden. Asunto en el que fue inevitable que se plantearan cuestiones de jurisdicción universal.

Aunque el voto mayoritario no resolvió esta cuestión, en múltiples votos particulares se tocó el tema, reflejando el amplio espectro de criterios, opiniones y perspectivas que genera la jurisdicción universal.

Así, por ejemplo, se expresó que la meta primaria del derecho penal es sancionar en cada país los crímenes cometidos en el territorio nacional, pero que el derecho internacional clásico no excluye la posibilidad de que un estado ejerza su jurisdicción sobre crímenes cometidos en el extranjero, haciéndose un detallado análisis de diversas convenciones, en las cuales se ha ido reconociendo el ejercicio del principio de universalidad, destacando que en las mismas no se ha contemplado la jurisdicción universal en ausencia del acusado, concluyéndose que ésta resulta desconocida para el derecho internacional convencional.

Otro punto de vista, sostuvo que Bélgica hizo una interpretación demasiado abierta del principio de jurisdicción universal, lle-

gando al extremo de aplicar la jurisdicción en ausencia; y que si bien es deseable que el derecho consuetudinario internacional evolucione para que, a través de figuras como la jurisdicción universal, se procure prevenir y sancionar la comisión de determinados delitos, ello no debe hacerse, en detrimento de otros derechos y principios jurídicos que tienen igual validez universal.

En otro orden de ideas, se estimó que con la circulación de la orden de arresto, Bélgica había demostrado qué tan en serio se había tomado su obligación de combatir los crímenes internacionales, evidenciando así su intención de aplicar la jurisdicción universal.

Por otra parte, se consideró que aunque no hubiera una regla general autorizando específicamente el uso de la jurisdicción universal, la ausencia de una norma prohibitiva y el creciente consenso internacional sobre sancionar ciertos crímenes en los que hay consenso internacional respecto a su gravedad, indicaban que medidas como la orden de arresto reclamada, no eran violatorias del derecho internacional.

La defensa más consistente del principio de jurisdicción universal fue en el sentido de que la ausencia de mecanismos como el que se comenta, para sancionar a quien ha cometido estos crímenes, sería una lamentable fuente de impunidad.

A pesar de la diversidad de criterios, a la fecha algunos estados, como España, Israel, Alemania y Francia, han adoptado, en las leyes que regulan la competencia de sus tribunales, disposiciones para ejercer la jurisdicción universal. Estos países no solamente las incorporan, sino las han puesto en práctica, girando órdenes de aprehensión, e inclusive llevando procesos como en el caso de algunos militares de la ex República Báltica de Yugoslavia que han sido procesados en Alemania, o del llamado caso Eichmann, antiguo miembro de la cúpula Nazi en Israel.

En este sentido, la jurisdicción universal es innegable, ya que aunque en el ámbito internacional sea todavía un ente difuso, su regulación ambigua en el Derecho Internacional, viene a ser de beneficio para sus defensores, toda vez que la falta de regulación implica, a su vez, que tampoco se ha prohibido su uso.

Esta confusión conduce a tocar el tema de la obligación de sancionar violaciones a derechos humanos, para distinguirla de la jurisdicción universal.

Así pues, un primer esfuerzo por sancionar penalmente a las personas que violen derechos humanos, forzosamente depende del deber que tengan los estados para sancionarlos. De esta forma se ha recurrido a delegar en los estados la facultad de sancionar violaciones a derechos fundamentales, a través de conductas que se considere ofendan estos derechos.

En la actualidad una serie de tratados internacionales establecen la obligación de enjuiciar a los probables responsables de delitos internacionales o, en su defecto, a extraditarlos a un país donde se les pueda procesar, obligando a cada uno de los estados parte, a que establezcan su jurisdicción para sancionar, incluso con las penas más severas, el delito del que se trate, garantizando así la existencia de un foro donde las personas puedan ser enjuiciadas; por otra parte, y en complemento a lo anterior, dichas convenciones internacionales establecen también la obligación de extraditar si existiera algún obstáculo para procesar al individuo.

Entre dichas convenciones, podemos destacar la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los Cuatro Convenios de Ginebra, debiéndose aclarar que las mismas no son exclusivas de conductas que implican una violación a derechos humanos, pero tienen una innegable conexión con los mismos.

Esta mecánica se ha identificado con la jurisdicción universal, pero hay una diferencia básica que las distingue, pues mientras que aquella constituye una obligación derivada del derecho convencional, la jurisdicción universal es una facultad, que pudiera tener fundamento en el Derecho Internacional.

Por otro lado, hay que distinguir también, la jurisdicción uni-

versal de la jurisdicción internacional, la cual se puede entender como la ejercida por los tribunales internacionales para procesar delitos internacionales. De este sistema de tribunales surge la inquietud sobre la relación que deben guardar con las jurisdicciones nacionales, y en especial cuando se use la jurisdicción universal.

Por ejemplo, en el caso del Tribunal para la ex Yugoslavia, en el artículo 9 de su Estatuto, se ha establecido una jurisdicción concurrente en virtud de la cual las personas que pudieran ser enjuiciadas por este tribunal pueden serlo también por los tribunales nacionales; sin embargo, dicho tribunal, tiene primacía.

En estos casos el problema que pudiera existir, surgido de un conflicto competencial, queda resuelto por los propios estatutos de los tribunales, ya que si bien es cierto que éstos permiten que los tribunales nacionales conozcan de los hechos de los cuales pudieran resultar competentes en uso de su jurisdicción universal, en cualquier momento ésta puede ser removida para que conozcan los mencionados tribunales.

Ahora bien, con el surgimiento de la Corte Penal Internacional la solución ya no es tan sencilla, puesto que el Estatuto de Roma, tratado internacional que le da vida a esta Corte, establece una competencia complementaria, en virtud de la cual los tribunales nacionales tendrán la primera oportunidad para procesar por los delitos competencia de la Corte y, solamente cuando éstos no puedan o no quieran llevar a cabo estos procesos, podrá entrar en funciones la jurisdicción internacional de este tribunal, así, la coexistencia entre la jurisdicción universal y la jurisdicción internacional se complica, puesto que al no haber preferencia por la jurisdicción internacional ambas deben de coexistir.

En este sentido, el Estatuto de Roma contempla algunas previsiones sobre la concurrencia de solicitudes de extradición, por parte de los estados, y de entrega por parte de este Tribunal Internacional. Así, si el estado recurrente es parte del Estatuto de Roma el estado recurrido dará prioridad a la solicitud de la Corte, si se reúnen los demás requisitos de procedibilidad; lo mismo ocurrirá si el estado re-

quirente no es parte del Estatuto mencionado, siempre y cuando el estado recurrido no esté obligado por alguna norma internacional a conceder la jurisdicción.

Por otra parte, la coexistencia de la jurisdicción universal con la Corte Penal Internacional, se establece en función del ámbito competencial de esta última, lo que obliga a hacer referencia a los principios rectores de la función de este tribunal internacional.

- 1.- El tribunal competente para conocer de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión (cuando sea tipificado).
- 2.- También es competente, en razón de la persona, cuando los delitos sean cometidos por nacionales de los estados parte o contra nacionales de los estados parte.
- 3.- En razón de la competencia temporal, el Tribunal no tiene competencia retroactiva.
- 4.- Por exclusión, la jurisdicción universal puede aplicarse en todos los supuestos excluidos por el Estatuto de Roma.

Por ejemplo, un solo caso de tortura no puede caer dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional, pues para que ésta pueda ejercer su jurisdicción, deberá ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, mediando el conocimiento de dicho ataque.

Es decir que en los supuestos de delitos internacionales que no son cometidos en gran escala, no opera la competencia de la Corte Penal Internacional y tampoco en aquellos casos que se hubieran dado con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma, 1 de julio de 2001, además de que todavía hay una gran cantidad de países, incluyendo a México, que no han ratificado el Estatuto, para los cuales no podrán operar los principios de territorialidad y personalidad que el mismo tratado establece.

Todos estos supuestos, constituyen verdaderas lagunas, es donde seguirá operando la jurisdicción universal, de manera paralela a la jurisdicción internacional establecida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Puede concluirse, entonces, que tanto la figura de la jurisdicción universal, como la de la Corte Penal Internacional, vistas como mecanismos para sancionar la comisión de un delito internacional, hasta ahora presentan ventajas y desventajas, por lo que emitir un juicio definitivo sobre cuál de ellas resulta el mejor instrumento de justicia internacional, es algo muy complejo. La respuesta a tal interrogante, pensamos, estaría en función de cuáles son los objetivos que se pretenden conseguir con la adopción de cualquiera de dichos mecanismos.

Se debe insistir en que la polémica entre Corte Penal Internacional y jurisdicción universal, se genera entre las personas que procuran la defensa de los derechos humanos.

Para algunos, la figura de la jurisdicción universal es un mejor mecanismo, pues otorga a los tribunales nacionales un mayor alcance en esta lucha; por el contrario, para los otros la Corte Penal Internacional es el órgano ideal para erradicar esta clase de conductas.

Bajo este panorama, se insiste, el análisis comparativo entre jurisdicción universal y Corte Penal Internacional ha de hacerse en términos de los objetivos que se pretendan conseguir y a sabiendas de los riesgos que implica la adopción de cualquiera de estas figuras.

De esta suerte, en una reflexión final, pudiéramos afirmar que el sistema penal internacional podría quedar estructurado de la siguiente manera:

Ante la comisión de un crimen internacional, el conocimiento del asunto correspondería, en principio, a los tribunales del estado que, conforme a los principios clásicos de territorialidad, personalidad, nacionalidad o protección, tienen jurisdicción para sancionarlo.

Sobre este punto, es decir, sobre la primacía que tienen los tribunales nacionales para sancionar estas conductas, antes que cualquier instancia internacional, parece no haber ninguna objeción; de hecho, en esto consiste el principio de complementariedad que rige a la Corte Penal Internacional.

En caso contrario, cuando ese estado no sancionara la comisión del crimen internacional, o cuando instaurara un juicio única-

mente con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad, o cuando dicho proceso no sea llevado a cabo en forma imparcial, conforme al citado principio de complementariedad, la Corte Penal Internacional tendría plena jurisdicción para conocer del caso.

Como puede apreciarse de esta apretada síntesis que se ha hecho de la jurisdicción universal y de la Corte Penal Internacional, estamos ante un fenómeno jurídico internacional que nos obliga a todos, pero principalmente a los juzgadores, a actualizar nuestros conocimientos, no sólo de la ciencia jurídica, sino del saber general nacional e internacional, para así estar preparados para afrontar los problemas que el inminente futuro, nos presentará.

Un ejemplo palpable y reciente relacionado con los temas anteriores, tuvo lugar en nuestro orden jurídico con motivo del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 140/2003, conocido en los medios de comunicación como *el caso Cavallo*.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la constitucionalidad de la petición de extradición que España hizo a México, en aplicación del tratado celebrado entre ambos países para poder tramitar en aquel país el proceso penal en contra de Ricardo Miguel Cavallo. El sentido de la resolución fue el de determinar que en la extracción solicitada no había alguna violación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se debía proceder a la misma, aunque excluyendo de los procesos al delito de tortura, al confirmarse por razones estrictas de la técnica del juicio de amparo, el pronunciamiento del Juez de Distrito, respecto de que la acción para seguir este delito estaba prescrita.

Dicha resolución constituye un precedente importante, pues es la primera vez en que un estado (México) concede la extradición de una persona a otro que la requiere (España) para juzgarla, no obstante que en éste (España) no se cometieron los hechos que se le imputan (Argentina), y del cual el probable responsable además no es ciudadano (argentino), es decir, sin que en apariencia exista algún tipo de vínculo entre el país requirente y la persona que se

pretendía procesar. Sí hay precedentes en los cuales una persona es procesada en un estado donde no se cometieron los hechos imputados y en contra de un extranjero, pero en esos supuestos, invariablemente la persona procesada se encontraban en el territorio del estado que pretendía iniciar el proceso, aunque en ocasiones, hubiera sido llevado ahí por medio de un secuestro transfronterizo. Estos hechos han generado opiniones y análisis que deberán seguirse observando, pues muchos han sido, en el sentido de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no solamente aceptó la procedencia de la jurisdicción universal, entendida como la posibilidad que tiene un estado para ejercer su jurisdicción penal basándose exclusivamente en la gravedad del delito, con independencia del territorio donde hayan ocurrido los hechos, la nacionalidad del sujeto activo o del sujeto pasivo o cualquier otra conexión con el estado; sino que la apoyó aun en ausencia.

En este asunto, se tuvieron que analizar muy diversos problemas jurídicos, siendo de destacarse la posible violación a los principios de autodeterminación de los pueblos y no intervención, así como la obligación internacional de sancionar delitos internacionales y las violaciones a los derechos humanos.

En cuanto al primer punto, la Suprema Corte asumió una postura definida, coincidente con la protección internacional de los derechos humanos. Cabe destacar que el quejoso solamente argumentó que el Juez de Distrito no había estudiado el concepto de violación de manera correcta, pues alegó que nunca razonó la aplicación de su estudio sobre el tema con el caso en particular y su relación con la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio.

A pesar de que el tópico impugnado resultó ser muy correcto, el Tribunal Pleno tuvo oportunidad de pronunciarse sobre estos dos conceptos a la luz del artículo 89, fracción X, como principios rectores de la política exterior mexicana.

En efecto, el quejoso argumentó que la Convención contra el Genocidio violaba lo dispuesto por el artículo 89, fracción X, de la Constitución Federal que establece como una de las facultades del

Presidente dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, observando en la conducción de tal política, entre otros, los principios de autodeterminación de los pueblos y no intervención.

Esta parte de la resolución no tiene precedentes en nuestro sistema jurídico, por lo que vale la pena destacar las partes relevantes del fallo para fijar los razonamientos esgrimidos.

Se analizó en primer lugar, los orígenes y regulación internacional, de lo cual se desprendió que el “el principio de autodeterminación de los pueblos, consiste en el derecho que tienen los pueblos a disponer por sí mismos sobre su organización política, económica y social; mientras que el de no intervención consiste en la no intervención de un estado sobre otros en las indicadas decisiones internas a fin de que pueda libremente y de manera pacífica ejercer su derecho como nación soberana”.

Sentado lo anterior, se razonó que “la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, no es violatorio de los principios de derecho internacional de autodeterminación de los pueblos y de no intervención consignados en la fracción X, del artículo 89, de la Constitución Federal, en virtud de que en los preceptos legales impugnados no se estableció algún acto que interfiriera en la autodeterminación de los pueblos o que vulnera la no intervención de los mismos, ya que en virtud de dicha Convención, se buscó la cooperación internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio sin limitarse la autodeterminación de los pueblos, porque no se interfiere en las decisiones que éstos asuman sobre su organización política interna, puesto que en el artículo V de la propia Convención, se pactó que las partes contratantes se comprometían a adoptar con arreglo a sus respectivas Constituciones, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de dicha Convención, mientras que en el VI se estableció que las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serían juzgados por un tribunal competente del estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante el Tribunal Interna-

cional que fuese competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción, y en el artículo VII se estableció que para los efectos de la extradición el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serían considerados como delitos políticos, comprometiéndose las partes contratantes a conceder la extradición conforme a su legislación y los tratados vigentes; normas con las cuales no se advierte que se afecta en algún aspecto los principios internacionales de no intervención y autodeterminación de los pueblos”.

En tal virtud se concluyó que el juez del conocimiento acertadamente estimó que la convención impugnada “era un instrumento que buscaba la cooperación internacional para la prevención y sanción de lo que se consideraba un flagelo odioso que ha infringido grandes pérdidas a la humanidad, como lo era el delito internacional de genocidio cometido tanto en tiempos de guerra como de paz, la misma no podía constituir un mecanismo que limitara la autodeterminación de los pueblos ni tampoco interfiere en las decisiones que éstos asumieran sobre su organización política interna, impidiéndoles hacerlo libremente, máxime que en el artículo V, de la propia convención se facultaba a las partes contratantes a que adoptaran con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de dicha convención, lo cual significaba que no imponía a nuestro país la obligación de acatarla en contra de la Carta Magna, sino con arreglo a ésta, por lo que era que quedaba en libertad de hacerlo con base precisamente en nuestra Constitución y, por consiguiente que no podía ser contraria a ella”.

En tales condiciones, la Convención impugnada no resulta violatoria de estos principios rectores de la política exterior, toda vez que su único fin es el lograr la colaboración internacional para erradicar un delito repugnante. Lo que es más, el propio tratado internacional delega a los sistemas jurídicos la manera de implementar las formas de colaboración, tal y como lo hizo ver el Considerando en cuestión. Así pues, la Corte concluyó que la Convención no

violaba los principios de autodeterminación y no intervención de los pueblos, ya que la mera colaboración no constituye una injerencia tal que se vulnere estos principios.

De lo anterior, se puede desprender un principio general de suma importancia: los tratados internacionales que impliquen la colaboración entre estados en materia penal no infringen los principios de autodeterminación de los pueblos y no intervención, sobre todo si estos instrumentos internacionales están encaminados a combatir delitos internacionales y violaciones a derechos humanos que constituyan un flagelo para la humanidad.

Este principio es de suma importancia ya que como se verá a continuación hay un gran número de tratados internacionales que tiene como fin la colaboración en la lucha contra delitos como la tortura, la desaparición forzada y el terrorismo, entre otros. Así pues, este tipo de tratados internacionales no importan una vulneración a estos principios de la política exterior mexicana, independientemente de que los mismos tengan reconocimiento internacional; adicionalmente, en la medida en que su objetivo sea erradicar este tipo de delitos, se permitirá cierta flexibilidad en la aplicación de estos principios, siempre y cuando se busque acabar con este tipo de delitos en la consecución de este fin. En el particular, se puede decir que la lucha contra los delitos internacionales y las violaciones a los derechos humanos pudiera ser una excepción a los conceptos rígidos de soberanía.

En cuanto al tema vinculado con la obligación de sancionar penalmente las violaciones a derechos humanos, podemos decir que aunque la Suprema Corte no lo haya mencionado expresamente, la concesión de la extradición va ligada íntimamente con estas ideas, lo que adquiere gran relevancia con respecto al delito de genocidio.

Tenemos que la Convención contra el Genocidio contempla la posibilidad de que el presunto responsable sea procesado por los tribunales del país donde se cometieron los hechos, o por una Corte Penal Internacional. Por el motivo que fuera, este tratado no establece la obligación expresa de juzgar o extraditar, la única referen-

cia a la extradición señala que las partes contratantes se comprometen, en todo caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes.

Como se puede observar, el derecho internacional ofrece dos obligaciones para la sanción de violaciones a derechos humanos, en la esfera de la Convención Interamericana de Derechos Humanos la obligación consiste en sancionar, previa investigación, las violaciones a derechos humanos; por otro lado, en el resto del derecho internacional se presenta una alternativa para el estado de sancionar o extraditar; este deber, es en realidad la obligación de no dejar impune un delito internacional, estimándose que la ausencia de castigo en casos de violaciones a derechos humanos, o sea la impunidad de los mismos es un problema de orden mundial.

Lo anterior nos lleva a dos conclusiones importantes:

- a) México está obligado internacionalmente a sancionar o extraditar a cualquier persona de la que se presuma ha cometido un delito internacional.
- b) En caso de que México no sancione a las personas que cometan estos delitos en su territorio, tiene la obligación de extraditarlos.

De hecho, esto es lo que aconteció en el caso Cavallo. Para México era imposible el procesar a Cavallo ya que había algunos obstáculos procesales para ello, principalmente no existía denuncia en su contra, ante tal circunstancia México estaba obligado a extraditar, siempre y cuando, se aceptara que en derecho consuetudinario internacional existe una norma en virtud de la cual sea aplicable el principio de *aut dedere aut judicare* al genocidio. Es de esperarse que en el ámbito internacional esta resolución sea invocada para fundamentar dicha norma.

Es posible que de la simple lectura de la resolución del Tribunal Pleno, en este caso, no se desprenda con claridad esta conclusión; sin embargo, la Suprema Corte está tomando una postura en el sentido de que aquellos delitos que impliquen violaciones a derechos humanos deben ser investigados a fondo, ya sea por las instancias

nacionales o internacionales. En este sentido, vale la pena recordar el Amparo en Revisión 968/99, en el cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó al Ministerio Público de la Federación investigar exhaustivamente los hechos ocurridos el 2 de octubre de 1968, antes de determinar si operaba la prescripción de la acción penal.

En este mismo sentido puede interpretarse la sentencia del caso Cavallo, toda vez que los tribunales españoles deberán investigar (dentro del marco de un proceso penal), y en su caso sancionar, las conductas cometidas por Ricardo Miguel Cavallo. Por lo tanto, podemos concluir que la Suprema Corte, a nombre del estado mexicano está tomando pasos congruentes con la obligación internacional de sancionar delitos internacionales y violaciones de derechos humanos. La sentencia en el asunto que se estudia evidencia esta tendencia, no solamente frente a la Comunidad Internacional; sino en lo interno, como el amparo 968/99 ejemplifica.

Empero, el tema que causó mayor atención en este caso fue el de la competencia de los tribunales españoles, y en concreto de la Audiencia Nacional, para procesar a Ricardo Miguel Cavallo por tortura, terrorismo y genocidio, delitos materia de la petición de extradición. El punto de interés descansó en el hecho de que, de concederse la extradición se suponía el aval del ejercicio de la jurisdicción universal por parte del Reino de España.

Al respecto, el fallo de la Suprema Corte de Justicia analiza el último párrafo del artículo 119 de la Constitución Federal, que señala que las extradiciones internacionales se regirán por: la propia Constitución, los tratados internacionales sobre la materia y las leyes reglamentarias; por lo tanto, se estimó indispensable determinar si en estos ordenamientos existe alguna obligación para estudiar la competencia del estado requirente.

En la resolución se llegó a la conclusión de que en los ordenamientos aplicables no existía obligación del estado mexicano para verificar la competencia de los tribunales españoles. Lo que es más, en aras del principio de reciprocidad y buena fe, debe existir

la confianza por parte del estado requerido de que el extraditado será procesado por una autoridad competente. Además, verificar la competencia constituiría una intromisión en la soberanía del estado recurrente, ya que se estaría aplicando una norma de competencia de otro estado por tribunales mexicanos, quienes no tienen facultad para ello.

La única referencia a la competencia se encontró en el artículo 10, fracción III de la Ley de Extradición Internacional, que señala que el estado mexicano exigirá para el trámite de la petición, que el estado solicitante se comprometa, entre otras cosas, a que el presunto extraditado será sometido a tribunal competente, establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa en la demanda, para que se le juzgue y sentencie con las formalidades de derecho.

De lo anterior no se desprende la obligación de verificar la competencia de los tribunales del estado requirente, sino solamente se le puede exigir a éste el compromiso de que así será.

Como se puede observar, un análisis detallado de la sentencia nos indica que la competencia de los tribunales españoles no fue analizada porque no debía hacerse. En todo caso, se puede afirmar que la resolución de la Suprema Corte se limitó, en cumplimiento al numeral 119 de la Ley Fundamental, a aplicar el Tratado de Extradición con España y la Ley de Extradición Internacional, con la finalidad de determinar cuales son los requisitos indispensables para otorgar la extradición. Después de lo cual se determinó que no es necesario hacer dicho estudio.

A pesar de lo expresado aquí, es indispensable hacer una afirmación con respecto a la jurisdicción universal. El hecho de que la Ley de Extracción Internacional no requiera el estudio de la competencia de los tribunales para otorgar la extradición, de *facto* abre la posibilidad para que se utilice la jurisdicción universal. En efecto, si se sostiene, como principio general en materia de extradición, que el estado requerido no tiene facultades para verificar la extradición del requirente, se puede concluir que los estados requeridos no están en posibilidades de cuestionarse sobre la jurisdicción univer-

sal que un estado se otorgue a través de su legislación interna.

Sin duda que esto abriría la posibilidad de que la jurisdicción universal se ejerza, salvo que concurran dos circunstancias: que en derecho internacional surja una limitación al respecto, o que; entre los propios estados al acordar un tratado de extradición o mediante un protocolo adicional en el que se pacte lo contrario.

Como se puede observar, la contribución del caso Cavallo a la justicia internacional va más allá de lo que pudiera representar la jurisdicción universal. Se trata de una sentencia que, si bien es cierto, interpretó el tratado de extradición aplicable y la legislación reglamentaria interna, sirvió para compenetrar a nuestro sistema jurídico con el de justicia universal. El hecho de que se hayan aclarado conceptos, como el de delito político, y se hayan establecido los alcances de la extradición tiene un doble fin. Por un lado, al precisar términos normativos y el alcance de la Constitución siempre será bienvenido como un mecanismo (aunque no el único) de brindar seguridad jurídica a las personas, ya sea nacionales o extranjeros; por otro lado, también coadyuva en sentar las bases para nuestra relación con otros países en materia de Derecho Penal Internacional. Este último punto resulta de importancia, por ejemplo, en la negociación de nuevos tratados de extradición, en los cuales será imprescindible contar con los alcances, que la Corte ha establecido y el papel que juegan en el sistema jurídico mexicano, para lograr una adecuada redacción de los mismos.

Además es importante que se le dé una dimensión acorde con las nuevas tendencias del derecho internacional a conceptos como la autodeterminación de los pueblos y la no intervención. Si bien es cierto que existen otros mecanismos menos sutiles para solapar la impunidad como son las leyes de amnistía, la expansión del fuero militar y los estados de emergencia, los conceptos rígidos de soberanía y delitos políticos también pueden representar obstáculos para sancionar a los violadores de derechos humanos.

Así pues, podemos concluir que el caso Cavallo es solamente la más reciente expresión de la tendencia que ha tomado la Suprema

Corte para homogeneizar al sistema jurídico mexicano con el derecho internacional, y sobre todo con las tendencias que claman una sanción efectiva a los violadores de derechos humanos.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, punta de lanza en el régimen de certificación del ejercicio de la abogacía

Constancio Carrasco Daza
Consejero de la Judicatura Federal

“En un mundo de amenazas y desafíos interconectados, interesa a todos los países dar una respuesta eficaz a todos ellos. Por eso la causa de una libertad más amplia sólo puede promoverse mediante una cooperación extensa, profunda y sostenida a nivel mundial entre los Estados. Esa cooperación es posible si las políticas de cada país tienen en cuenta no sólo las necesidades de los propios ciudadanos sino también las necesidades de los demás. Además de promover los intereses de todos, esta clase de cooperación es también un reconocimiento de nuestra humanidad común”.

Kofi Annan

Declaración del Milenio

El nuevo siglo ha nacido bajo el signo de la globalización. Ningún país podrá por sí solo responder a los retos que nuestra seguridad afronta individualmente; ninguno podrá aprovechar las oportunidades económicas que se presentan en el ámbito global. La integración es y será, la única vía para mantener un status aceptable de desarrollo económico, político y social.

Inmerso en esa dinámica de adhesión, como factor de equilibrio en las relaciones nacientes, está el tema de la unificación judicial. Con él, a su vez, viene implícito el tópico relativo al ejercicio de la abogacía a nivel internacional, con la consecuente exigencia de estándares uniformes de excelencia profesional.

Referente a ese trascendental, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la “Directiva 98/5/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO” de 16 de febrero

de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquél en el que se haya obtenido el título; esto es, desempeñar la abogacía en lo que dicha normatividad denomina Estado de acogida.

Esa directiva parte del supuesto de que un abogado plenamente cualificado en un Estado miembro de la Unión Europea, puede ya solicitar el reconocimiento de su título para establecerse en otro Estado miembro, a fin de ejercer en éste la abogacía con su título profesional, siempre y cuando cumpla con los requisitos de la diversa “Directiva 89/48/CE” emitida el 21 de diciembre de 1998, por el propio Consejo de la Unión Europea, en donde se establece un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior.

Dentro del régimen establecido, destaca una prueba de aptitud que certifica la calidad del profesionista de que se trate (ya que no sólo se refiere a los abogados).

Conforme a esos lineamientos, los Estados miembros de la Unión Europea, se encuentran obligados a certificar previamente a sus abogados y, a partir de ello, pueden presentar la prueba de aptitud prevista en el diverso sistema de certificación establecido en la citada directiva 89/48/CEE, que les permite ejercer en un Estado miembro diferente al de origen.

Así, por ejemplo, en Alemania, el procedimiento de certificación marca desde hace algún tiempo, la diferencia entre la formación universitaria y la profesional, dado que, una vez cursados los estudios en la Universidad y la superación de un primer examen estatal (*Restes Staatsexamen*), se obtiene la Licenciatura en Derecho, y sólo entonces, comienza la formación profesional propiamente dicha, en el período denominado “de entrenamiento” (*referendariat*), que consta de dieciocho meses de pasantía, durante los cuales se está a las órdenes, primero de un Juez, más tarde de un Fiscal, después de un empleado de la Administración, y finalmente de un abogado ya certificado.

Durante ese período de formación práctica, el pasante es pagado por el Estado y la asistencia a clases sigue siendo necesaria. Como

requisito final, es necesario superar el segundo examen estatal (*Zweites Staatsexamen*), que consta de una primera parte escrita y otra de tipo oral, y sólo entonces, se estima que el pasante se ha convertido en abogado (*Rechtsanwalt*). Así se certifica la calidad del abogado en Alemania.

El procedimiento existente en Francia para obtener la certificación para el ejercicio de la abogacía, después de las lecciones recibidas, es más complejo.

En principio, se realizan cuatro años de estudios universitarios, tres de los cuales son para obtener el título de Licenciado en Derecho y el último tiene como finalidad el aprendizaje del Derecho Francés y sus procedimientos en particular.

Superada esa primera etapa de cuatro años, es necesario, para acceder a la segunda, presentar un examen oral y otro escrito. De aprobarse, inicia un nuevo período de preparación que consta de un año, en el cual se efectúa un estudio teórico y práctico del derecho, además de una fase de prácticas, y finalmente, se debe aprobar otra evaluación al concluir ese curso, con el fin de obtener un certificado de aptitud.

La tercera y última etapa, requiere la incorporación a un colegio profesional, para llevar a cabo un período de entrenamiento práctico, de aproximadamente dos años, tras el cual se obtiene automáticamente, aunque después de otro año, el *Certificat de Stage*.

Como es posible advertir, el procedimiento de certificación en Francia es largo, porque lleva aproximadamente siete años, y además, resulta complejo porque requiere acreditar varios exámenes.

Ello explica que Francia haya mostrado abierta reticencia a acatar la Directiva 98/5/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en cuanto a emitir disposiciones tendientes a convalidar titulaciones extranjeras y a permitir el libre ejercicio de abogados originarios de otros Estados miembros, dadas las dificultades que sus propios abogados deben superar.

Esa resistencia llevó a los galos, a ser objeto de una reprimenda judicial internacional. El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de la

Comunidad Europea, resolvió el veintiséis de septiembre de dos mil dos, en el asunto C-351/01, instaurado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, que esta última había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 98/5/CE, y como consecuencia de ello, condenó al pago de costas a la República Francesa.

Esa resolución, pone de manifiesto el enérgico interés de la Unión Europea, de que en los Estados miembros se proporcione un servicio de calidad por abogados certificados, que a su vez puedan litigar en cualquier representación judicial de la Comunidad.

En Italia, el sistema es distinto. Al concluir la licenciatura en derecho, son necesarios dos años de entrenamiento en un despacho, a menos que ese período de pasantía, se complete con un curso impartido para el propio fin, por las universidades y colegios de abogados, en cuyo caso, se reduce a un año.

Después, se realiza un examen, consistente en un cuestionario escrito, que lleva tres días completar y cuyos resultados se conocen hasta después de seis meses. Una vez acreditado el examen escrito, se tiene acceso a la evaluación oral.

Finalmente, se solicita la admisión al Colegio de Abogados y sólo al prestar juramento ante éste, el abogado se considera cualificado.

Como se ve, Alemania, Francia e Italia tienen perfectamente definido su procedimiento para la certificación de la abogacía, y resulta particularmente interesante ver que en esos países, los estudios universitarios constituyen el inicio y la base de la abogacía, pero no la única, dado que a partir de ella, necesariamente debe seguirse una formación práctica, para la cual se exige aprobar un examen previo para ello, como sucede en Alemania y Francia, y además, evaluarse nuevamente al término de esta etapa, para poder obtener el certificado correspondiente.

En lo que algunos han calificado como una reacción morosa, apenas el 23 de diciembre de 2005, fue presentada al Consejo de Ministros de España, la iniciativa de Ley relativa al Acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de Tribunales, la cual se en-

cuentra en análisis en las Cortes Generales.

Con esa propuesta, España trata de dar respuesta a la exigencia de la Unión Europea, de reglamentar un régimen de certificación de litigantes, ya que es el único país de la Comunidad, que carece de ella.

En la iniciativa referida, se regulan las condiciones de obtención del título profesional de Abogado y el de Procurador de los Tribunales, como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad. La obtención de esos títulos, conforme al proyecto, será requisito imprescindible para el ingreso en los correspondientes colegios profesionales.

La formación especializada necesaria para la obtención de los títulos, será reglada y de carácter oficial; se adquirirá en las universidades, mediante los programas de estudio acreditados por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia.

Además, reconoce la validez de la formación de práctica impartida en las Escuelas de Práctica Jurídica de Abogados y demás centros que puedan ser homologados por las corporaciones profesionales, dentro de los convenios que celebren con una universidad pública o privada.

De igual manera, se prevé que dichas Escuelas de Práctica Jurídica deben contemplar un período de prácticas externas en la Abogacía o en la Procura, según la orientación de los cursos, con tutores que serán a la vez Abogados y Procuradores del correspondiente Colegio, con un ejercicio profesional superior a cinco años.

Por su parte, los Estatutos Generales de la Abogacía y la Procura, reglamentarán los demás requisitos para el desempeño de la tutoría, así como los derechos y obligaciones del tutor, cuya infracción dará lugar a responsabilidad disciplinaria y la realización de la evaluación correspondiente a la acreditación de la capacitación profesional.

En cuanto a la evaluación final, para la acreditación de la capacitación profesional, será única en todo el territorio español, aun-

que se prevé realizarla de forma descentralizada, con la creación de una Comisión Evaluadora para el territorio de cada Comunidad Autónoma, donde tengan su sede los Centros que impartan esta formación práctica.

La comisión evaluadora será convocada por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia, y estará integrada por representantes de ambos ministerios y miembros designados a propuesta de la respectiva Comunidad Autónoma, además, habrá integrantes designados a propuesta del Consejo General de la Abogacía Española, tratándose de la abogacía y de la Procura, miembros del Consejo General de los Procuradores de los Tribunales.

En el transitorio único de la propuesta, se establece que los títulos profesionales regulados en esa ley, no serán exigibles a quienes ya estuvieran incorporados a un Colegio de Abogados o Procuradores, en el momento de la entrada en vigor de dicha ley.

La presentación de ese proyecto y el estudio que actualmente se realiza de él, es una manifestación de la disposición del gobierno español, no sólo a observar las directivas de la Unión Europea, sino también de satisfacer los requerimientos que su población tiene, de recibir un servicio profesional calificado por parte de los abogados.

Actualmente el proyecto de ley, se encuentra en la Comisión de Justicia del Congreso de Diputados; el 8 de marzo de 2006 la Mesa de la Cámara acordó ampliar el plazo de presentación de enmiendas al referido proyecto hasta el 14 de marzo de 2006. Con motivo de lo anterior, se han propuesto 153 modificaciones, las cuales fueron publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 28 de marzo de 2006.

Aunque en proceso de conformación, será hasta que el citado ordenamiento adquiera vigencia, cuando España cuente formalmente con un sistema de certificación en el ejercicio de la abogacía.

Es así como en Europa se garantiza la calidad del servicio profesional que prestarán sus abogados.

En nuestro país, la situación es menos afortunada. El ejercicio de la abogacía privada es ajeno a cualquier sistema de certificación,

lo cual resulta lamentable, no sólo considerando la posibilidad de situarnos en una posición congruente con el escenario internacional, sino en la apremiante necesidad de sufragar en el ámbito local, la problemática que genera la carencia de medios que garanticen el ejercicio profesional de la abogacía.

En un esfuerzo por corresponder a esas exigencias, dentro del conjunto de iniciativas de reforma al Sistema de Justicia Penal y Seguridad Pública, enviado por el Ejecutivo Federal al Senado de la República, el veintinueve de marzo de dos mil cuatro, se propuso la capacitación y certificación de los abogados penalistas por parte del Consejo de la Judicatura Federal – deseo pensar que el privilegio a la materia penal, es solo parte de una estrategia de introducción, porque la necesidad es igual en todas las materias –.

Sin embargo, en sesión pública ordinaria de dos de septiembre de dos mil cuatro, la Cámara de Senadores estableció que para poder analizar la iniciativa, primero debe determinarse el impacto presupuestal que podría causar la implantación de ese sistema, en caso de aprobarse.

Resulta lastimoso reconocer que la aprobación de la reforma penal, entre ellas, la relativa a la certificación de abogados, depende primordialmente de cuestiones monetarias y no de la obligación que tiene el Estado de proporcionar seguridad jurídica al pueblo mexicano.

No obstante, no podemos quedarnos inermes a la espera de que concurran las condiciones económicas propicias para dar cabida a una reforma integral.

En distintos foros he tenido la oportunidad de exponer, que la necesidad de transitar en el plano de la profesionalización, más que un elemento de la reforma penal, debe ser visto como una condición *a priori* para la reestructuración que se pretende; no solo por los beneficios que significa para los justiciables, principales destinatarios del servicio de los abogados, sino también, como preparación para afrontar la unificación de la justicia, que con la aceptación de compromisos internacionales, busca ya su residencia en nuestro sistema legal.

Así, *ab cautelam* del futuro que a corto plazo nos alcanzará, confiando en que pronto se visualizará la necesidad de desincorporar el tema de la certificación de la reforma integral; he observado la experiencia internacional para reflexionar en dos posibilidades, que a mi modesto parecer, pudieran dar pauta a propuestas viables de solución.

Un primer planteamiento, pudiera ser que el procedimiento de certificación, incluyendo la aplicación de exámenes, podría quedar a cargo de los colegios y barras de abogados de toda la República, que dentro de sus afiliados agrupen, por lo menos, un diez por ciento de doctores y maestros en derecho, en este caso, especializados en Derecho Penal; de miembros de las Judicaturas Federal y local; una cuota similar de docentes con solvencia académica, egresados de universidades de reconocido prestigio; de litigantes que comprueben cuando menos cinco años de ejercicio profesional; y además, que el colegio o barra cuente con un definido régimen disciplinario.

Sugiero que, de entre los miembros de las barras y colegios que cumplan con las condiciones enunciadas, se elijan de uno a dos integrantes, en proporción representativa a cada sector de los que provienen sus afiliados, quienes en su conjunto formarán parte de un comité facultado para ocuparse del proceso y examen de los aspirantes a ser certificados.

Por lo que hace a los sustentantes, con el objeto de evitar debates para armonizar la actual interpretación del artículo 9º constitucional, se considera excluir de los requisitos para acceder al proceso de certificación, la pertenencia a un colegio o barra, pues la discusión medular no se centra en el derecho o deber de colegiación, sino en la posibilidad, mediante la certificación, de constatar y avalar la capacidad profesional de los abogados que litigan en materia penal.

En cuanto al método de examen, pudiera retomarse lo propuesto en la reforma del Ejecutivo, acerca de la presentación de una prueba teórica consistente en preguntas de litigación penal; y otra práctica, desarrollando la solución de un caso penal seleccionado

por sorteo; con un promedio mínimo aprobatorio de 80 puntos en una escala numérica de 0 a 100; y la posibilidad de refrendo de certificación cada cinco años, tras acreditar una actualización teórico-práctica en la materia.

El registro de abogados certificados, estaría a cargo de un ente distinto a los colegios y barras suministradores de la información, en su caso, podría pensarse, como sugiere la iniciativa del Ejecutivo, en el propio Consejo de la Judicatura Federal, que en tareas afines, emitió el Acuerdo General 24/2005, que establece el Sistema Computarizado para el Registro Único de Profesionales del Derecho, ante los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de julio de dos mil cinco, en cuyo cumplimiento se obtendrá un banco de datos vigente, de quienes han demostrado contar con cédula legalmente expedida, ante esos órganos jurisdiccionales.

En relación con lo expuesto, las exigencias para considerar viable la facultad de certificación de profesionales del Derecho Penal, a favor de colegios y barras, que a la vista de algunos sectores podrían considerarse excesivas, persiguen un objetivo claro, desalentar su conformación, ex profeso, con el objetivo de certificar, sin mayor compromiso ético a sus afiliados.

Desde otro ángulo, podría plantearse la certificación, aprovechando los lineamientos básicos de la multicitada iniciativa presidencial, aun cuando, en mi opinión, presenta lagunas, porque, si bien en ella se establece que el procedimiento de certificación se realizará a partir de la aprobación de los citados exámenes, y que el Consejo de la Judicatura Federal, será el facultado para realizar la certificación, de ponerse en práctica el método actual aplicado para el ingreso y promoción en la carrera judicial, regulado en el Título Séptimo, Capítulo I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, deberá discutirse el inconveniente de que el examen de litigantes en materia penal se lleve a cabo, como actualmente señala el artículo 117 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por un comité o jurado, conformado en su mayoría por

miembros de la Judicatura: un integrante del Consejo; un Magistrado de Circuito o Juez de Distrito, ratificado; y, uno más del Comité Académico del Instituto de la Judicatura; esto es, que sea precisamente la Judicatura quien examine su desempeño frente a los tribunales.

Para materializar el proceso de certificación, se propone desarrollar una fórmula plural e incluyente, en la que participe un cuerpo colegiado mixto, conformado además de funcionarios del Consejo de la Judicatura Federal, por doctores y maestros en derecho penal; miembros de las Judicaturas Locales; docentes e investigadores de reconocida solvencia académica, por litigantes con experiencia ante los órganos jurisdiccionales.

El Consejo de la Judicatura Federal conservaría el registro actualizado de los profesionistas certificados; así como la figura de la revalidación periódica, que bien pudiera llevarse a cabo cada cinco años (como se cita en la iniciativa del Ejecutivo), valorando que este período, lejos de convertir la revalidación en un trámite de carácter burocrático (de dos o tres años), es el que razonadamente se estima suficiente para que, acorde a la dinámica de la legislación y la dogmática, pudiera requerirse de actualización.

Además, deberá contemplarse un régimen disciplinario, que regule a las barras y colegios, al propio comité o jurado, así como a los profesionistas certificados, con el fin de garantizar a la ciudadanía que las conductas de quienes se alejen de la ética, profesionalismo o excelencia, sean debidamente detectadas y sancionadas; pues de nada serviría exigir de los litigantes en materia penal acreditada capacidad profesional, si se omite la regulación de su actuar y de los órganos colegiados relacionados con él, mediante lineamientos éticos mínimos, precisando los efectos de su inobservancia.

Así las cosas, con independencia de los distintos puntos de vista que pudiesen surgir respecto de los criterios interpretativos que versan sobre la garantía de libre asociación y, de que éstos se hicieran extensivos al tema de colegiación obligatoria, lo trascendente de la disertación, es identificar que el proceso de certificación de quienes litigan en materia penal, lejos de trastocar ese u otro dere-

cho subjetivo, posibilitaría un eficaz acceso a la justicia mediante el ejercicio de la garantía de adecuada defensa.

Finalmente, baste decir que cualquiera de los caminos que se elija para instaurar un sistema de profesionalización del ejercicio de la abogacía, sin duda, encontrará apoyo incondicional en los profesionistas que con miras a la excelencia que demandan los tiempos, participan de una preparación y actualización constante, en este caso, en el área penal, pues desde cualquier arista, ese esfuerzo se traduce en un justo reconocimiento del interés y empeño de quienes buscan garantizar de manera efectiva y a favor de los acusados, una defensa adecuada.

Existe ya en nuestro sistema institucional, una exitosa muestra de lo que significaría la implementación de un régimen de certificación del ejercicio profesional de la abogacía.

El Consejo de la Judicatura Federal, a través del Instituto Federal de Defensoría Pública, ya realiza una certificación de abogados para garantizar una defensa con calidad en materia federal.

Es así, porque los abogados interesados en desempeñarse como defensores públicos en la materia penal o como asesores jurídicos federales en las otras materias, son, en principio, rigurosamente seleccionados, a fin de establecer si tienen la posibilidad legal de presentar el examen de ingreso, todo ello conforme a los “Lineamientos para la Selección de Ingreso de los Defensores Públicos y Asesores Jurídicos del Instituto Federal de la Defensoría Pública”, aprobado por la Junta Directiva del propio instituto y sólo acreditando con promedio superior a 8, las evaluaciones de conocimientos y psicológicas correspondientes, se puede acceder a los cargos antes referidos.

El servicio de defensa pública se presta a cualquier persona, en forma gratuita, en asuntos penales del orden federal, desde la averiguación previa, hasta la ejecución de sentencias, por parte del defensor público adscrito ante el Ministerio Público de la Federación, los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito.

Al ser la defensa penal una garantía constitucional, no se requiere trámite, ni requisito alguno, siendo suficiente con que el in-

interesado designe al Defensor Público que lo represente, o bien, que esa designación la haga el Agente Ministerio Público de la Federación, el Juez de Distrito o el Magistrado del Tribunal Unitario de Circuito, para que de inmediato, inicie la representación.

El servicio de asesoría jurídica, que por supuesto también es gratuito, se presta en materia administrativa, fiscal, civil e incluso en algunos asuntos derivados de materia penal, v. gr., el pago de la reparación del daño por la comisión de un delito.

Pueden solicitarlo las personas que estén desempleadas y no perciban ingresos; los trabajadores jubilados o pensionados, así como sus cónyuges; los trabajadores eventuales o subempleados; los que reciban, bajo cualquier concepto, ingresos mensuales inferiores a los previstos en las bases generales de organización y funcionamiento; los indígenas, y las personas que por cualquier razón social o económica tengan la necesidad de estos servicios.

El Instituto exige que el asesor jurídico, sea acucioso en el análisis de los expedientes judiciales en los que intervenga y en las promociones que elabore, debiendo ser éstas fundadas y motivadas, así como enriquecidas con la invocación de precedentes, tesis de jurisprudencia y doctrina.

En este caso, el usuario debe acudir personalmente a la oficina en que se encuentre adscrito el Asesor Jurídico y llenar la solicitud de servicio, para que se determine la modalidad en que se proporcionará la asesoría y sólo podrá acudir un tercero, si el interesado se encuentra imposibilitado para hacerlo personalmente.

La calidad del servicio que prestan esos abogados certificados por el Instituto Federal de la Defensoría Pública, se encuentra reflejada en el Índice de Efectividad que maneja la propia institución, con base en la información que aportan las veintiséis delegaciones y la dirección de Prestación del Servicio de Defensa en el Distrito Federal.

El índice de efectividad de defensa penal en averiguación previa, fue de 77.11%, toda vez que de 75,886 indagatorias concluidas, en 58,516, su resolución fue favorable, porque no se ejerció acción penal.

En primera instancia, el índice de efectividad fue de 21.19%, ya que de los 19,106 juicios concluidos, 4,048 obtuvieron sentencia favorable y 15,058 desfavorable.

En segunda instancia fue del 7.24%, dado que de los 21,432 asuntos resueltos, en 19,286 se confirmó la resolución y en 1,849 se modificó o revocó a favor de la sentencia, y en 297 esa modificación o revocación fue en contra.

No debe soslayarse lo expuesto en el propio informe, en el sentido de que los índices de efectividad, sólo son un punto de referencia objetivo, ya que la defensa adecuada implica más que un porcentaje en números.

En efecto, tiene razón el Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, al sostener que la defensa es efectiva, no sólo cuando se logra una sentencia absolutoria y la revocación de una condenatoria, sino también, cuando se obtiene la libertad mediante una fianza asequible al indiciado, o en el término constitucional se reclasifica el delito a uno de menor gravedad, o cuando en sentencia se impone la pena mínima y se conceden los beneficios de ley.

En cuanto a la asesoría jurídica, se reporta que el índice de efectividad fue del 68.73%, dado que de 12,352 asuntos concluidos, en 8,490 las resoluciones fueron favorables y en 3,862 adversas.

No puede negarse que, de acuerdo a esos datos, el servicio que prestan los abogados certificados como defensores públicos y asesores jurídicos, es de una calidad indudable, y ello se debe, precisamente, al procedimiento que para acceder a esos cargos debe superarse.

Es por ello, que me resulta paradójico, que los defensores públicos y asesores jurídicos federales, cumplan diversos requisitos propios de sistemas de certificación impuestos en otras latitudes, para poder ejercer como tales, en cambio los litigantes privados, que fijan sus honorarios en la forma que estiman conveniente y realizan su actividad sin regirse por lineamiento alguno que garantice su calidad, ejerzan la abogacía apoyándose sólo en su título profesional

de abogado o, en el mejor de los casos, en algún otro grado académico de especialización.

Muchas y bien conocidas, son las circunstancias que en México, hoy, han llevado al sistema de administración y procuración de justicia al centro de la crítica y del debate; es menester voltear también, al compromiso que le resulta al tercer integrante de la trilogía procesal, a quienes tienen en sus manos la gran responsabilidad de defender los intereses de los justiciables. Dar paso al vaticinio que prescribiera el Diputado Paulino Machorro Narváez¹, el dieciocho de diciembre de mil novecientos dieciséis, durante la Junta Inaugural del Congreso Constituyente, en la discusión del texto que conformaría el artículo 4º de nuestra Carta Magna, cuando dijo:

“Señores diputados: ... quiero tratar un punto que exactamente cabe en el artículo 4o. y en ningún otro lugar más.

[...]

La adición que yo propongo es en un sentido enteramente distinto: el artículo 4o. al referirse a las profesiones establece lo siguiente:

“La ley determinará en cada estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo, y las autoridades que han de expedirlo”.

Yo propongo a la comisión la conveniencia de agregar la siguiente idea: “La ley reglamentará también el ejercicio de las profesiones”.

Señores diputados, en México hemos entendido hasta la fecha, en mi concepto, el ejercicio de las profesiones llamadas liberales, precisamente o casi exclusivamente de la medicina y la abogacía, desde la expedición de la Constitución de 57, cuyo

¹Paulino Machorro Narváez. Licenciado en derecho por la Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara, Jalisco; desempeñó diversos puestos en el Poder Judicial en los estados de Jalisco y Aguascalientes, así como en el Poder Ejecutivo de su estado natal y de la federación, durante el periodo pre y posrevolucionario; fue diputado constituyente al Congreso de Querétaro en 1916 en el que figuró como presidente de la segunda comisión de Constitución y dictamen sobre el artículo 39 constitucional; ocupó los cargos de secretario de Hacienda y ministro de la Suprema Corte de la Nación; falleció el 11 de marzo de 1957.

criterio es exclusivamente liberalista, porque representa la escuela liberal francesa de 1830, según la cual el hombre era libre de hacer todo lo que quisiera: la ciencia no era nada frente al individuo; la sociedad quedaba adonizada por aquella escuela, cuyo dogma era la libertad individual. ...

Desde entonces el ejercicio de las profesiones, principiando por las de abogado y doctor en medicina, han sido vistas como el ejercicio de una industria o de un trabajo enteramente particular.

[...]

Yo soy abogado, señores, he sido abogado postulante durante más de diez años en la ciudad de Guadalajara y creo saber lo que es esta profesión y no lo que debiera ser, sino lo que es, existiendo entre nosotros un criterio erróneo, del cual se ha abusado al amparo del artículo 4o. de la Constitución de 57. ... Señores diputados, la revolución ha enarbolado entre otros principios el de la justicia; yo tengo la íntima convicción de que mientras no limitemos la profesión de la abogacía, no podremos dar al pueblo la justicia de que tiene hambre y sed. Si nosotros queremos jueces honrados, magistrados que no se inclinen a un lado ni a otro y que todo marche perfectamente, esto, señores no lo tendremos nunca mientras los abogados postulantes no vean de alguna manera reglamentado el ejercicio de su profesión.

[...]

No voy a proponer un sistema, porque entiendo que no se encuentran facilidades para llevarlo a la práctica; hago presente a ustedes que en los países europeos, aunque no son un modelo de virtud, allí existe, una reglamentación, allí existe un colegio que tiene el poder de imponer penas disciplinarias a los abogados postulantes. Se impone la pena no solamente cuando han robado al cliente; sino se les vigila en sus costumbres y se les encamina por el sendero del bien. ...

Yo por este motivo, señores diputados, propongo que al decre-

tar nosotros la Constitución ahora, en el artículo 4o. no vamos a establecer una ley, no vamos a establecer un principio, sino que únicamente vamos a dejar la puerta abierta para cuando el remedio se presente, cuando se haga literatura sobre eso, se escriban los artículos, se discuta sobre ellos y se haga el reglamento; por ahora no lo haremos; pero sí dejaremos la puerta abierta. Yo, señores diputados, quisiera que al pueblo, que tiene hambre y sed de justicia, no le cerremos las puertas.”

La adición, no fue aprobada; sin embargo, ese día, el tiempo vaticinado por el Diputado Machorro, a mi juicio, ha llegado.

A sunto Casablanca. La prueba ilícita

Miguel Ángel Aguilar López
Magistrado de Circuito

Sumario: I. La prueba en materia penal. 1. Apreciación conceptual del término “prueba”. 2. La prueba en el derecho penal mexicano. 2.1. Previsión constitucional. 2.2. Previsión adjetiva. II. La prueba ilícita. 1. Justificación. 2. Aceptación doctrinal del término “prueba ilícita”. 3. Clasificación doctrinal de la prueba ilícita. 4. Consecuencia jurídica de la prueba ilícita admitida en el proceso penal. 5. La inducción delictiva por órganos del Estado, como medio de prueba ilícita. III. Asunto Casablanca. 1. Antecedentes. 2. Hechos en los que se sostuvo la acusación ministerial. 3. El juicio de amparo directo. 3.1. La demanda de amparo. 3.2. La sentencia de amparo. 3.3. Resolución del juicio de garantías. Referencias.

PREÁMBULO

La reflexión sobre la importancia y eficacia del derecho penal, como estructura de control social, no entendido como instrumento represivo, sino como límite de la actuación del Estado, en la mediación de las garantías protectoras del interés social en general, frente al individual de quienes son sujetos a un proceso penal, motiva la elaboración del presente ensayo.

En el reclamo generalizado de la sociedad, relacionado con la erradicación de la delincuencia, de ninguna manera es aceptable el quebranto de los derechos individuales, dada la estructura sistemática de la ciencia del derecho, de cuya sustantividad no debe excluirse la observancia de las reglas estructurales que conforman el debido proceso.

Imperativo que constituye una obligación para los órganos judiciales, dado que el cumplimiento de la facultad de impartición de justicia, cumple su cometido cuando la actuación de dichos órganos se apeg a la legalidad; es decir, no es suficiente contar con elementos de prueba cuantitativamente eficaces para fincar la responsabilidad penal de una persona en la comisión de una conducta ilícita, objeto de acusación ministerial, sino que se requiere de una debida apreciación cualitativa, respecto de la legalidad de los medios de convicción, empleados como sustento para el dictado de una sentencia penal condenatoria.

Por ende, la práctica u obtención de elementos probatorios incriminadores, en contravención a las formalidades esenciales del procedimiento, así como su inclusión en el proceso penal, producen una mayor afectación al orden jurídico, cuando la autoridad judicial las aprecia indebidamente, al resolver en definitiva en el proceso penal, dada la trascendencia de afectación a la esfera jurídica del gobernado, quien resiente la imposición de sanciones penales como motivo del dictado de una sentencia condenatoria sustentada en pruebas ilícitamente obtenidas o derivadas de elementos de convicción ilegales y el detrimento que se ocasiona a lo que debe corresponder la cultura jurídica de la estructura social.

De ahí la importancia jurídica de la prueba, que independientemente de los mecanismos implementados para su obtención y aportación al proceso, su valoración constituye un reflejo del grado evolutivo de un Estado que pretende asumir los lineamientos de un Estado Democrático de Derecho.

Presupuestos que justifican el planteamiento del presente ensayo, estructurado en tres apartados. El primero, relativo a la disertación de la naturaleza, importancia y previsión normativa de la

prueba en materia penal. El segundo, enfocado a dilucidar la acepción doctrinal, características y consecuencias jurídicas de la prueba ilícita en el proceso penal. Planteamientos teóricos que sirven de fundamento para exponer la aplicación y vigencia en la dogmática penal mexicana. Y en el tercero, se expone a través del método deductivo el caso práctico denominado “Casablanca”, con la finalidad de destacar la importancia de la valoración judicial de los medios de prueba, como sustento de las sentencias penales, en las cuales debe prevalecer la regla de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas e introducidas a un proceso penal. Análisis que apuntala el principio que intrínsecamente se encuentra reconocido en la legislación mexicana, como parte constitutiva de la garantía de proceso penal, salvaguardada en la Constitución Federal del país, como de manera similar acontece con el principio de presunción de inocencia.

Desarrollo problemático, que en el ámbito del derecho penal mexicano, acorde a la imprescindible necesidad de reforma del sistema judicial, denota gran importancia; pues el interés social no solamente debe constreñirse a la persecución del delito, procesamiento de los responsables y aplicación de sanciones penales eficaces, sino también a la observancia de la garantías que consagra la Carta Magna a favor de los gobernados. Advertidas las precisiones que justifican el presente ensayo, resulta procedente desarrollar los tópicos propuestos.

I. LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

1. Apreciación conceptual del término “prueba”

En estricto orden esquemático, es preciso entender la conceptualización de la “prueba”, como término jurídico. Conforme a la acepción latina, el vocablo “prueba” deriva de las palabras *probo*, que se refiere a lo bueno, honesto; y, *probandum*, que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, acción o efecto de probar, razón con que se demuestra una cosa, indicio o señal de una cosa.¹

¹ De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento Penal Mexicano (Teoría, Práctica y Jurisprudencia)*, 3ª edición, México, Porrúa, 1998, página 199.

Sin embargo, en el ámbito jurídico, la “prueba” es concebida en sentido estricto y amplio. En el primer sentido, cuando se trata de la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos, discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso; es decir, se trata de la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes. En tanto, la segunda concepción, se asigna al conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador con el objeto de obtener el cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles. Pero por extensión, se denomina “prueba” a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho.²

En resumen, la prueba constituye un elemento necesario para convencer al juzgador de la existencia o no de hechos de importancia en el proceso,³ en otras palabras, es un juicio, una idea que denota necesidad ineludible de demostración, verificación o investigación de la verdad, de aquello que se ha afirmado en el proceso,⁴ pero en particular, tratándose de la prueba penal, podemos señalar que se trata del elemento o dato, racional y objetivo,⁵ idó-

² Cfr. Ovalle Favela, José, “Prueba”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, vol. P – Z, página 3123. En este sentido, Antonio Dellepiane, destaca la dificultad para establecer un concepto unitario de la *prueba judicial*, ante la diversidad de acepciones al vocablo, pues se emplea para designar *medios de prueba*, entendidos como los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria); pero también se emplea el término como la *acción de probar*, de hacer la prueba, suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos alegados como base de la acción; y, como fenómeno psicológico, que es la convicción producida en el juzgador derivada de los anteriores elementos de juicio, la certeza de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial. Cfr. *Nueva Teoría de la Prueba*, Colombia, Themis, 1997, páginas 7 y 8.

³ Vid., Chiovenda, Guiseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil, Institución de Diritto Processuale Civile*, Traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonso, *Biblioteca Clásicos del Derecho*, México, Harla, 1997, Volumen 6, página 442.

⁴ Díaz De León, Marco Antonio, *Tratado sobre las Pruebas Penales*, 4ª edición, México, Porrúa, 1991, página 251.

⁵ Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, de la Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, Oxford, 2004, página 543.

neo para acreditar la existencia o no del delito, así como para demostrar o no la responsabilidad penal del inculcado al respecto, inclusive para la demostración de las circunstancias relevantes a ponderar en la aplicación de sanciones.

2. LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

2.1. Previsión constitucional

Expuesta la concepción doctrinal de la “prueba”, corresponde establecer su ubicación en el sistema normativo del derecho penal mexicano.

Para tal efecto, acorde a la jerarquía de normas, es preciso hacer referencia a los dispositivos constitucionales que contienen las garantías del orden del procedimiento o de carácter instrumental, las cuales establecen las formas y límites a los que deben atenerse las autoridades, para poder lícitamente invadir el campo de las libertades individuales, o bien para hacer respetar el orden público necesario de la sociedad organizada; en el campo del derecho penal, tales normas resultan de vital importancia debido a la posible afectación de la vida, la libertad física y los derechos de las personas, tanto de quien es autor de un delito, como de quien tiene el carácter de ofendido o víctima de dicha conducta antijurídica.⁶

En ese sentido, se destaca el contenido del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal, que contiene garantías de legalidad y audiencia, complementarias a lo enunciado por el primer párrafo del artículo 16 del mismo ordenamiento primario.

Así, es entendida como garantía de audiencia, la premisa contenida en el artículo 14 de la Carta Magna, donde se dispone que las personas podrán ser privadas de sus derechos fundamentales, siempre que se cumplan los presupuestos siguientes: a) La existencia de juicio previo; b) El cumplimiento de las formalidades esenciales del mismo; y, c) Se tramite ante tribunales previamente establecidos.

Dispositivo constitucional del que también se desprende como garantía de legalidad y condicionante de actos que impliquen privación de derechos, por parte de la autoridad estatal, la relativa a la

⁶ Vid., Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 12ª edición, México, Porrúa, 2002, página 255.

observancia de las leyes expedidas con anterioridad del hecho juzgado.

Estructura normativa, que doctrinalmente es denominada el reconocimiento constitucional del derecho de debido proceso penal, presupuesto que justifica la privación de derechos fundamentales en perjuicio de los gobernados; la cual se integra por un aspecto formal, relativo al seguimiento del juicio ante tribunales previamente establecidos, con la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento; así como, por el aspecto de fondo, consistente en la realización de actos procedimentales que no dejen en estado de indefensión a las partes; de ahí que deba entenderse que la garantía de audiencia esencialmente adecua los derechos de los individuos a un procedimiento de defensa, en tanto que la garantía de legalidad determina las obligaciones de la autoridad para actuar constitucionalmente.⁷

El párrafo tercero del artículo 14 del invocado Pacto Político Nacional, contiene la garantía de exacta aplicación de la ley penal, al disponer que en los juicios del orden criminal quede prohibido, por simple analogía y aún por mayoría de razón, imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

Complementan el catálogo de garantías procesales, aquellas concernientes a la tutela de derechos de las personas sujetas a investigación o proceso de carácter penal, comprendidas en los numerales 16, 19, 20 y 23 de la Constitución Federal.

En el párrafo primero del artículo 16 de la Carta Magna, se contiene como garantía de legalidad, el imperativo en la actuación de la autoridad, que implique un acto de molestia para el gobernado, en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, lo cual únicamente se justifica cuando deriva de un mandamiento escrito, expedido por autoridad competente para ordenar el acto, en el que se expongan las disposiciones legales aplicables y la motivación debida, concerniente a la situación jurídica concreta en la que se encuentre el gobernado o sus extensiones a las que se dirige.

⁷ Idem, Castro Juventino V., *Op. Cit.*, páginas 267 y 268.

En tanto que, en los párrafos segundo a noveno del citado dispositivo constitucional, se destacan los requisitos constitucionales que debe satisfacerse en la emisión y ejecución de actos que afecten la libertad personal de los gobernados, la retención de quien es sometido a investigación ministerial, las órdenes de cateo y la intervención de comunicaciones privadas.

Por otra parte, el numeral 19 de la Carta Magna establece los requisitos que deben satisfacerse para sujetar a una persona a proceso penal, mediante el dictado del plazo constitucional, cuyo sustento radica en la legal apreciación valorativa de los elementos de prueba integrantes de la averiguación previa, mismos que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y demostrar la probable responsabilidad penal del indiciado; además, se reconoce constitucionalmente la garantía de tipicidad o *litis cerrada*, al señalar que todo proceso penal se seguirá forzosamente por el delito o delitos por los que se haya dictado formal prisión o sujeción a proceso.

Asimismo, en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se destacan las garantías del procedimiento penal, salvaguardadas a favor del procesado, así como de la víctima u ofendido del delito; sin embargo, debido a la acotación del presente ensayo, únicamente se hará referencia a las concernientes al inculpado.

En este sentido, el apartado A del dispositivo constitucional en comento, consagra como garantías a favor del inculpado, la de obtener libertad bajo caución, cuando resulte procedente; de no autoincriminación, entre la que se incluye el reconocimiento de ineficacia, por ilegalidad, de la prueba confesional, cuando se rinde ante autoridad distinta del Ministerio Público o juez del proceso, o ante éstos sin la asistencia de su defensor; la de ser juzgado en audiencia pública; de defensa, que comprende el conocimiento de los hechos y personas que lo acusan, para estar en posibilidad de esgrimir una adecuada defensa, de carearse con las personas que deponen en su contra, ofrecer y que se le reciban pruebas, en los términos legales establecidos para tal efecto y se practique su desahogo; se le

proporcionen los datos necesarios para ejercer su derecho de defensa y consten en el proceso; conocer las garantías que consagra en su favor la Constitución Federal; ser representado por un defensor; y, la determinación de los plazos para ser juzgado.

El artículo 23 de la Constitución Federal consagra como garantías específicas, las relativas a que ningún juicio deberá tener más de tres instancias, de *non bis in idem*, que significa el impedimento de juzgar a una persona dos veces por el mismo delito, y la prohibición de absolver de la instancia, es decir, impide las arbitrariedades del poder público en virtud de las cuales un acusado quede indefinidamente sujeto a procedimiento judicial, pues ello pone en entredicho su dignidad, y lo obliga a una defensa continua contra un cargo carente de definición.⁸

2.2. Previsión adjetiva

En cuanto a la reglamentación secundaria de la figura jurídica de la “prueba”, por generalidad, cabe hacer referencia a las disposiciones conducentes al Código Federal de Procedimientos Penales, al margen de las previstas en los diversos ordenamientos adjetivos de la materia vigentes en las entidades federales del país, al contener la misma esencia jurídica.

El citado ordenamiento procesal, comprende la tramitación de los procedimientos de averiguación previa, de preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia, ejecución y los relativos a los inimputables, menores o de quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir narcóticos.⁹

Procedimientos en los que, para su resolución, asumen trascendencia los medios de prueba existentes en autos; ello es así, porque en lo relativo a la averiguación previa, su injerencia determina al

⁸ Tratamiento particular de las garantías consagradas en el artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, consultar Castro Juventino V., *Op. Cit.*; Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal (Los artículos 20 y 23 Constitucionales)*, 2ª edición, México, Porrúa; Lara Espinoza, Saúl, *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*, México, Porrúa, 1998; y, Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, México, Mc Graw Hill Interamericana, 2004.

⁹ Vid., artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ministerio Público para la práctica de las diligencias necesarias para estar en posibilidad de resolver si es procedente ejercer o no la acción penal; en tanto que, en la preinstrucción la autoridad judicial practicará las actuaciones conducentes a determinar los hechos materiales del proceso, su clasificación típica y la probable responsabilidad penal del indiciado, o en su caso, decretar la libertad de éste por falta de elementos para procesar; por otra parte, la instrucción se compone por las diligencias practicadas ante la autoridad judicial, tendentes a la averiguación y demostración de la existencia del delito, las circunstancias de comisión del mismo y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste; además, en la primera instancia, el Ministerio Público, el procesado y la defensa precisarán sus pretensiones ante el Tribunal, quien valorará las *pruebas* existentes en la causa y dictará la sentencia; y, en la segunda instancia, el Tribunal de Alzada practicará las diligencias y actos concernientes a la resolución de los recursos. En la inteligencia de que los citados procedimientos de preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia, conforman el proceso penal federal,¹⁰ cuya razón existencial es la comprobación o improbación del carácter ilícito de los hechos materia del ejercicio de la acción penal, así como la demostración o no de la responsabilidad penal del procesado al respecto.

Ahora bien, el citado ordenamiento legal establece diversos lineamientos relativos a la obtención de las pruebas, en las diversas etapas procedimentales, cuyo acatamiento denota la legalidad del medio de convicción, las que bien pueden apreciarse en los diversos apartados concernientes a las reglas generales para los procedimientos penales, establecidas en el título primero, entre las que se encuentran las relativas a las formalidades, a los intérpretes, a los cateos y a las audiencias; en el capítulo segundo, las reglas para la práctica del procedimiento en averiguación previa; y en el título quinto, los lineamientos observables en los procedimientos de averiguación previa e instrucción, así como en el aseguramiento de los

¹⁰ Vid., artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Penales.

instrumentos y objetos del delito.

No obstante, es preciso resaltar la importancia que tienen en el proceso penal mexicano, los medios de prueba admisibles, las reglas para su obtención y valoración por parte de la autoridad encargada de la persecución de los delitos o de impartición de justicia, aspectos que están comprendidos en el título sexto del Código Penal Federal.

En este sentido, se destaca el contenido del artículo 206 del citado ordenamiento adjetivo penal, del que sustancialmente se desprende el imperativo legal de admitir como prueba todo aquello que se ofrezca con tal carácter, acorde a la previsión constitucional contenida en la fracción V del apartado A de la Constitución Federal,¹¹ con la condicionante de que sean conducentes y no vayan contra el derecho, a juicio del juez o tribunal.

De la interpretación teleológica del citado enunciado normativo, se desprende la apertura de admitir en el proceso penal los medios de prueba que con tal carácter se ofrezcan, salvo aquellos que sean contrarios a derecho, con independencia de la razón por la que asuman tal calificativo, por su origen, obtención o aportación al proceso, es decir, de pruebas que no pueden estimarse legales, por ser contrarias a los principios que rigen las disposiciones aplicables.

Asimismo, se estima prudente recordar que el sistema procesal penal mexicano, al margen de la anterior precisión de apertura en la admisión de medios de convicción que se ofrezcan con tal carácter, reconoce como medios de prueba la confesional, la inspección, la pericial, la testimonial, la confrontación, el careo y la documental; así como, adopta el sistema mixto de valoración de pruebas, al establecer legalmente el valor asignable a algunos de ellos y otros dejarlos a la ponderación del juzgador basada en la libre apreciación, que no tiene mayores límites que el debido ejercicio de la sana crítica.

¹¹ Disposición constitucional en la que se contempla como garantía de defensa del inculpado, tanto en averiguación previa como en el proceso penal, el derecho de que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca, se le conceda el tiempo que la ley estime necesario al efecto y se le auxilie para obtener la comparecencia de los deponentes, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

II. LA PRUEBA ILÍCITA

1. Justificación

Asentados los planteamientos precedentes, relativos a los tópicos de acepción doctrinal de la prueba legal y su regulación normativa en el proceso penal mexicano, corresponde abordar el estudio de la prueba ilícita, en torno al cual circunda la importancia del caso judicial a exponer en el presente ensayo.

La importancia de la legalidad de las pruebas, dentro de todo proceso judicial, pero con mayor trascendencia en los del orden criminal, radica en los bienes jurídicos cuya protección se tutela, a favor de quien tiene el carácter de víctima u ofendido del delito, dentro de un proceso penal, así como, de los bienes del inculpado, factibles de afectación como consecuencia jurídica del acreditamiento del delito y la demostración de su plena responsabilidad penal, que incide en la afectación de su libertad personal. De ahí que en la Constitución Federal, entre las garantías que se tutelan se incluyan las necesarias reglas del debido proceso, que a la postre sostienen la legalidad de un juicio, como acto de molestia, y otorgan seguridad jurídica al gobernado; por tanto, no solamente es necesario que los medios de prueba, en que se sustenta una sentencia penal, sean conducentes y eficaces, sino que su origen, obtención y aportación al proceso sea legal, es decir, con apego a las reglas establecidas para tal efecto, y con la observancia debida de las garantías del sentenciado; de ahí que las diversas teorías construidas en torno a la prueba ilícita, por diversas vertientes pretendan solucionar un mismo problema, que los jueces se pronuncien sobre los casos que les son sometidos a su conocimiento, de conformidad con las reglas probatorias que el ordenamiento regula y permite, por ende, con exclusión del material probatorio ilícito.¹²

La vigencia e indiscutible trascendencia de la prueba ilícita, en México es un tema poco explorado, a pesar del intrínseco reconocimiento que realiza la Constitución Federal, en cuanto a la inefica-

¹² Vid., Armijo, Gilbert, *Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo Proceso Penal*, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2001, páginas 174 y 175.

cia de dichos medios de convicción, al establecer en sus artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, y 20, apartado A, con el rango de garantías constitucionales, las reglas del debido proceso, conforme a las cuales las autoridades representantes del Estado no podrán afectar la esfera jurídica de los gobernados, sin que medie juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, donde se observen las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; además, la autoridad estatal competente, tiene el imperativo de expedir el mandato de molestia por escrito, donde funde y motive la causa legal de procedimiento, de esta manera se otorga seguridad jurídica al gobernado al ponerse de su conocimiento los elementos necesarios a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa; y, particularmente, en materia penal se reconoce en el rango de la ley fundamental, la ilegalidad de la prueba confesional del inculpado, rendida ante autoridad distinta del Ministerio Público, así como la realizada por éste ante dicha autoridad sin la presencia de su defensor.

Sin soslayar, que el tópico concerniente a las garantías individuales que tutelan el debido proceso, ya ha sido tratado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Federales, en la resolución de juicios de amparo, que constituye el medio legal de corrección ante la violación de las mismas, como se advierte del contenido de los artículos 159 y 160 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también denominada Ley de Amparo, donde se listan de manera ejemplificativa y no restrictiva los actos procedimentales realizados por tribunales civiles, administrativos, del trabajo y del orden penal, que implican una infracción a las leyes del procedimiento que hayan dejado sin defensa al gobernado, quien con el carácter de quejoso insta la acción constitucional del juicio de amparo.

2. Acepción doctrinal del término “prueba ilícita”

Entre las diversas conceptualizaciones de la “prueba ilícita”, encon-

tramos la externada por la jurista María Antonieta Sáenz Elizondo,¹³ quien denomina como tal, aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o es contraria a los principios de derecho positivo; denominación asumida por disposición legal o por consideración de la doctrina o la jurisprudencia; y que tiene íntima relación con el concepto de medio de prueba prohibido, relativo al que por sí mismo es capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en proceso, pero que el ordenamiento jurídico prohíbe utilizar.

Por otra parte, la jurista Ada Pellegrini Grinover,¹⁴ señala que la prueba ilícita, a la que también denomina prueba obtenida por medios ilícitos, se encuentra ubicada en la categoría de prueba prohibida, entendida como aquella contraria a una específica norma legal o a un principio de derecho positivo.

Así también, Gilbert Armijo¹⁵ otorga la acepción de prueba ilícita a la obtenida o valorada con vulneración a los derechos constitucionales, que implican un perjuicio efectivo para una de las partes del proceso. En el mismo sentido, sostiene Roland Arazi¹⁶ que la prueba ilícita es la obtenida con violación a los principios constitucionales o legales, así como cuando deriva de una prueba adquirida ilegalmente, a pesar que considerada aisladamente sea lícita.

En este contexto, es factible dilucidar que el concepto de prueba ilícita, por su amplitud, es de difícil constricción a un tema determinado, dado que la incidencia en su ilegalidad comprende tanto el elemento convictivo por sí, como los medios para su obtención u ofrecimiento en el proceso; pero también tiene alcances en ulteriores elementos demostrativos, no obstante la licitud de los mismos, porque deriva de una prueba ilícita; aspectos que conforme a la doctrina sitúan al derecho en confrontación, tanto para salvaguardar

¹³ Vid., *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 4, número 6, San José, Costa Rica, diciembre 1992.

¹⁴ Vid., *Pruebas ilícitas*, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 7, número 10, San José, Costa Rica, septiembre 1995.

¹⁵ Cfr. *Op. Cit.*, página 179.

¹⁶ Cfr. Arazi, Roland y coau., *Debido Proceso*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003, página 298.

los derechos de la sociedad en general, como para lograr el respeto de las garantías individuales en el debido proceso.

3. Clasificación doctrinal de la prueba ilícita

No obstante la diversidad de aplicaciones en las que puede ubicarse el tema de la prueba ilícita, acorde a las concepciones doctrinales precisadas, es factible obtener una clasificación genérica de la prueba ilícita. Ada Pellegrini,¹⁷ sostiene que a pesar que las pruebas en la actividad procesal tienen ingerencia en cuatro fases, a saber: a) Propuestas (indicadas o requeridas); b) Admitidas (cuando el juez se pronuncia sobre su admisibilidad); c) Producidas (introducidas al proceso); y, d) Apreciadas (valoradas por el juez); lo cierto es que la prueba ilícita está circunscrita a la ilegalidad propia del acto anterior o no coincidente con el de la producción en juicio; de ahí que no tenga incumbencia respecto al contenido y la veracidad de la prueba, pues ello es del ámbito de valoración del juzgador; en tal sentido, la clasificación de la prueba ilícita comprende aspectos de derecho sustantivo y procesal, el primero en lo concerniente a la constatación del acto ilícito, en tanto que el segundo recae la admisibilidad, es decir, su introducción en el proceso, y a la utilización de la prueba ilícita.

En otro tenor, Sáenz Elizondo¹⁸ aporta una clasificación en orden a la inadmisibilidad de la prueba ilícita relacionada con el derecho procesal, concerniente a las hipótesis siguientes: a) La testimonial, en caso de vínculos de parentesco o afinidad, vínculos jurídicos sustanciales o procesales o limitaciones en el interrogatorio; b) Declaración del imputado, en lo relativo a la observancia estricta de las formalidades establecidas para tal efecto; c) La documental, cuando no se obtiene acorde a las formas establecidas; d) La pericial, cuando se practica acudiendo a ciertas personas o valorando determinados objetos; e) La práctica tendiente a preconstituir la prueba de manera irregular; y, f) El reconocimiento sin observan-

¹⁷ Vid., *Op. Cit.*

¹⁸ Vid., *Op. Cit.*

cia de las reglas establecidas para su realización.

Las anteriores clasificaciones de la prueba ilícita, se clarifican con la ejemplificación realizada por Arturo Hoyos,¹⁹ quien sostiene que la prueba ilícita generalmente se relaciona con la ilicitud o ilegitimidad de los medios utilizados para obtenerla o aportarla al proceso: ya sea por fuerza, violencia, tortura o violación al conjunto de normas que tutelan el derecho a la intimidad, y que comprenden, entre otros, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, documentos privados, de las comunicaciones telefónicas privadas y protección del secreto.

4. Consecuencias jurídicas de la prueba ilícita admitida en el proceso penal

En relación a este tópico, la doctrina ha sostenido que a pesar que el derecho procesal penal prevea lineamientos o reglas determinadas para la obtención e introducción de pruebas en el juicio, aún omitiéndose las consecuencias jurídicas de los medios de convicción ilícitamente obtenidos o aportados en el proceso, ello es deducible de los principios generales del sistema constitucional que salvaguarda el debido proceso, que no es otra que la calificación de nulidad absoluta de las pruebas ilícitas por haberse obtenido en forma contraria a los principios constitucionales; por ende, no pueden ser tomadas como fundamento de una sentencia judicial condenatoria del orden penal.

Inclusive Ada Pellegrini, abunda sobre la consecuencia jurídica de la prueba ilícita, sosteniendo que ante su inadmisibilidad, por su contravención a los principios constitucionales, carece del carácter de prueba, ante su negación como tal, reduciéndose a la categoría de inexistencia jurídica, lo que incide en su ineficacia dentro del proceso; de ahí que el Tribunal deberá descalificar, aún al resolver algún recurso, las pruebas ilícitas que hubieren sido admitidas y valoradas en la sentencia, para juzgar la causa como si ellas no existiesen; y, tratándose del juicio constitucional, el Tribunal deberá anular

¹⁹ Cfr. *El Debido Proceso*, 2ª reimpresión, Bogotá, Colombia, Temis, 2004, página 82.

la sentencia, indicará las pruebas viciadas y determinará su apartamiento, así como de aquellas que resulten viciadas por derivar de alguna prueba ilícita, cuya contaminación de actos procesales sucesivos ocasionan su ineficacia.²⁰

La importancia de la observancia de las reglas relativas a la obtención e introducción de las pruebas al proceso penal, se refleja en la delimitación de licitud, pues el cumplimiento de las mismas vician el medio de convicción, introduciendo una limitación referida a la utilización y valoración de elementos de prueba por parte del juzgador, lo cual incide en el principio de libre convicción o sana crítica de valoración de la prueba, porque si bien el juez selecciona el material probatorio para fundamentar la decisión judicial y es libre para establecer el grado de credibilidad de cada prueba, esa apreciación no se traduce en una libertad irrestricta en la selección de medios de prueba, entre ellos los viciados, ni puede asignarles arbitrariamente un grado de convicción en contravención a las reglas de la sana crítica racional.

Acorde a los anteriores presupuestos, Daniel González Álvarez,²¹ resalta como solución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, la exclusión de la valoración de los elementos de prueba viciados (ilícitos), con el objeto de no darles utilidad alguna en la decisión final del asunto; sin que con ello se colisione el interés privado de la defensa, al lesionarse un derecho particular con la obtención de pruebas, con el interés superior y público de interés colectivo en la aplicación del derecho penal a quien cometió un hecho delictivo, sino que se trata de un mismo interés doblemente inobservado, pues tanto se lesiona el interés público cuando se comete un hecho delictivo, como cuando se lesionan otros fundamentales derechos en la investigación judicial motivada en un hecho delictivo, particularmente en la inobservancia de las reglas básicas en la producción de la prueba; pues si bien la comunidad está interesada en la

²⁰ Vid., *Op. Cit.*

²¹ González, Álvarez, Daniel, *La Prueba en los Procesos Penales Centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Costa Rica)*, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 12, número 17, San José, Costa Rica, marzo 2000.

represión penal, también es de legítimo interés público que en el proceso penal seguido contra los ciudadanos acusados de la comisión de un delito no se lesionen sus derechos fundamentales.

La regla de la exclusión de la prueba ilícita o doctrina de la fuente independiente, adoptada por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, se sustenta en la afirmación de que a pesar que el procedimiento penal se incoa con la finalidad de averiguar la verdad objetiva, ello debe realizarse conforme al método reglado establecido en la legislación procesal conducente, con exclusión de otras formas de investigación ajenas a dicho método, pues la obtención de la verdad histórica no justifica el empleo de medios de investigación ilegales, que el mismo Estado ha excluido por considerarlos ineficaces para el proceso.

En efecto, la esencia de la regla de exclusión, dispone que no puede aceptarse como válido el empleo de pruebas directamente relacionadas con otros elementos de convicción ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado en el proceso penal; en tal supuesto, deben excluirse o suprimirse todos y cada uno de los elementos de prueba que hubieren sido obtenidos como consecuencia de la violación a los derechos fundamentales del acusado, aunque la relación sólo sea indirecta.

La prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, congruente con lo señalado por el jurista Daniel González Álvarez,²² constituye un tema crucial, cuya solución se ha dejado regularmente a los Tribunales, pero que debiera reflejarse de manera explícita en los ordenamientos legales, pues tal solución permitiría a los Tribunales, de una correcta interpretación de la norma, sujetarse a la prohibición de no admitir como válidos elementos probatorios ilícitos, de origen, así como aquellos que aún siendo lícitos se hayan obtenido a través de un procedimiento o medio ilícito.

En orden a lo anterior, el derecho a presentar o contradecir pruebas, elemento integrante de la garantía constitucional del debido proceso legal, incluye sólo las pruebas lícitas, de ahí que sea

²² Vid., *Op. Cit.*

contrario a las garantías constitucionales la admisión, en un proceso penal, de pruebas ilícitas u obtenidas ilegítimamente, o aportadas al proceso, con independencia de la existencia de una norma legal expresa.²³

Cabe señalar que la doctrina, en determinadas circunstancias, ha restringido la aplicación del principio de exclusión de la prueba ilícita, en la denominada teoría de la proporcionalidad o prueba ilícita “pro-reo”, en virtud de la cual son admisibles los medios de prueba ilícitos, siempre que resulten favorables para el inculpado, con independencia que para su obtención se hayan infringido los derechos fundamentales de éste o de terceros, como acontece con quien graba subrepticamente una conversación que sostiene con un tercero con la finalidad de demostrar su propia inocencia.²⁴

5. La inducción delictiva por órganos del Estado, como medio de prueba ilícita

Entre la problemática que circunscribe el tema de la prueba ilícita, destaca la posibilidad de utilizar o valorar elementos de prueba legalmente practicados e introducidos debidamente al proceso, es decir, conforme a los procedimientos y mecanismos señalados en la legislación procesal y constitucional, pero obtenidos por conocimiento de elementos de prueba directamente ilícitos, esto es, practicados sin las formalidades o con inobservancia de derechos fundamentales.²⁵

Un claro ejemplo de la precedente afirmación es la inducción al delito por parte de cuerpos representativos de Estado (órganos de investigación delictiva), cuya práctica es determinada mediante el engaño que se realiza al sujeto activo del delito para que actúe con la creencia de que realiza actos ilícitos, pero ignorando que su determinación ha sido impulsada por los agentes del Estado para que

²³ Cfr. Hoyos, Arturo, *Op. Cit.*, página 86.

²⁴ Vid., Pellegrini Grinover, Ada, *Op. Cit.*

²⁵ Cfr. Mora Mora, Luis Paulino, y González Álvarez, Daniel, *La Prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina*, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 4, número 5, San José, Costa Rica, marzo-junio 1992.

se conduzca en la forma que ellos esperan, con la finalidad de obtener pruebas y justificar a la postre su procesamiento penal; planteamiento hipotético que no debe confundirse con la figura del “agente encubierto”, adoptada por diversa legislación, entre ellos la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, pues la naturaleza de ésta es diversa, dado que no se trata de una estructuración o manipulación de la autoridad para crear la ficción de un delito y obtener pruebas tendientes al procesamiento de un “supuesto delincuente”, sino que se relaciona con la infiltración de un investigador de Estado, en la estructura de una organización delictiva previamente conformada, con la finalidad de conocer su funcionamiento y la identidad de las personas que la conforman, así como para obtener pruebas que permitan su posterior desarticulación y detención de reales criminales.

Tal parece que la práctica de pruebas ilícitas y su introducción al proceso se soluciona con la teoría de la exclusión; sin embargo, la doctrina ha destacado particularmente, como tópico en conflicto, la incidencia de las pruebas ilícitas en otros elementos de prueba obtenidos de la primera fuente ilegal.

En este sentido, la posición conservadora sostiene que deben admitirse y valorarse las pruebas ilícitas, por ser irrelevante el modo de obtenerlas y por considerarse superior el interés de la colectividad de no dejar impune cualquier conducta delictiva debido a formalismos o tecnicismo procesales, no obstante se vulneren los intereses del inculpado.

Afirmación contraria es la que sostiene la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia respecto de la valoración de la prueba indirectamente ilícita, es decir, la que con independencia de poderse apreciar aisladamente como lícita, deriva de un medio de convicción que vulnera los principios del debido proceso; tal determinación encuentra su antecedente histórico en la jurisprudencia americana, desarrollada bajo la denominación de la “tesis del fruto del árbol envenenado”, también nombrada regla de la exclusión o la doctrina de la supresión, en virtud de la cual no es válida la acep-

tación del empleo de pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado en un proceso penal; en tales supuestos deben excluirse o suprimirse todos los elementos de prueba que hubieren sido obtenidos como consecuencia de una violación a los derechos fundamentales del acusado, aunque la relación sea sólo indirecta.

Y la tercera posición doctrinal, pondera los elementos de las dos tesis anteriores, para sostener que no es factible fijar reglas para la admisión o rechazo de la prueba ilícita en general, pues ello debe realizarse dependiendo del caso en concreto,²⁶ como acontece cuando un policía practica un cateo sin autorización y decomisa un elemento de prueba, pues tendría que ponderarse si el juez hubiera autorizado dicha intervención, porque de ser así, tendría el carácter de irrelevante la conducta indebida del agente.²⁷

No obstante las posturas clásica e intermedia, respecto a la admisión y valoración de la prueba ilícita y las derivadas de medios de convicción también ilícitos, debe sostenerse la relevancia, como fundamento de la estricta observancia de las reglas del debido proceso, salvaguardadas con el rango de garantías constitucionales, de la doctrina de la exclusión de la prueba ilícita, en cualquiera de sus vertientes, pues como lo sostiene la jurista María Antonieta Sáenz Elizondo,²⁸ la prueba en materia penal es imperativamente una garantía, que debe observarse desde la fase de formación hasta su introducción al proceso, así como al ser apreciada por el juzgador conforme a los criterios del esquema de libre convicción, de ahí que la consecuencia jurídica de la prueba ilícita y de los efectos que de

²⁶ Este planteamiento ha sido adoptado primordialmente en la jurisprudencia de países europeos, como la española, donde el Tribunal Constitucional desarrolló la teoría de la conexión de la antijuridicidad formulada, cuya permeabilidad ha posibilitado el cuestionamiento de la aplicación de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas en el proceso penal, al sostener que no puede afirmarse con carácter absoluto que la pruebas obtenidas con vulneración a los derechos fundamentales sean inutilizables en el proceso penal, ante determinados supuestos en los que es admisible que puedan ser objeto de valoración por parte del órgano sentenciador. Vid., en Miranda Estrampes, Manuel, *Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*, Madrid, España, José María Bosch, 2004, página 195.

²⁷ Id.

²⁸ Vid., *Op. Cit.*

ella derivan sea su nulidad absoluta; pues cuando el juzgador sustenta su decisión en una prueba ilícita no vulnera las normas del debido proceso penal, sino aquellas que lo vinculan a juzgar conforme a pruebas legítimas.

Establecida la postura que respalda la adopción del principio de exclusión de las pruebas ilícitas, tanto de origen como aquella derivada de medios de convicción practicados u obtenidos ilegalmente, debe señalarse que tratándose de la pruebas obtenidas mediante la provocación delictiva también asumen el calificativo de ilícitas, dado que la realización de actos “ilícitos” derivados de la provocación delictiva no son punibles, conforme a las razones expresadas doctrinalmente.²⁹

En primer término, bajo la perspectiva del bien jurídico, en relación a la provocación delictiva, se ha esgrimido la idea de la menor peligrosidad objetiva del autor provocado, cuando la ejecución del hecho es controlada por la policía. Por otra parte, se sustenta la nulidad de las pruebas obtenidas durante la inducción al hecho por un agente provocador y la consiguiente invalidación del proceso por la creación de un delito por las propias autoridades que tienen la misión de perseguirlo, lo que conduce a la pérdida de la legitimidad para castigar (*ius puniendi*).

La jurisprudencia española, para diferenciar las figuras de provocación delictiva y la intervención policial encubierta, ha señalado que el delito provocado se realiza en virtud de la inducción engañosa del agente policial, que incita a perpetrar una acción a quien no tenía el propósito de llevarla a cabo, surgiendo así la voluntad criminal en relación con el supuesto caso concreto previamente inexistente, de forma que el delito no se habría llegado a producir de no existir dicha provocación, con independencia de que los agentes intervinientes tienen controlados siempre los efectos jurídicos del delito; en tanto, que la intervención policial encubierta, no radica en la voluntad criminal antes inexistente, sino en

²⁹ Vid., Choclán Montalvo, José Antonio, *La Organización Criminal, Tratamiento Penal y Procesal*, en *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, España, Dykinson, 2000, volumen 10, página 65.

la averiguación y demostración de la existencia de infracciones penales ya cometidas o que se están cometiendo, independientemente de la intervención policial, de ahí que en este caso los agentes policiales únicamente cumplen con las funciones de averiguación del delito.³⁰

En tal contexto, se reitera que la figura de la provocación delictiva por un órgano del Estado, acorde a las características apuntadas, no guarda congruencia o similitud alguna con la conocida infiltración policial del agente encubierto, que consiste en una técnica de investigación procesal penal, cuya finalidad es suministrar a las autoridades encargadas de la persecución penal, información de relevancia y suficientemente fiable para preparar un juicio, mediante la cual un funcionario policial que actúa bajo una identidad supuesta, se introduce en el seno de una organización delictiva para obtener información de los integrantes de la organización y de las actividades delictivas llevadas a cabo por ellos, que sirva como prueba de cargo en un proceso penal.³¹

III. ASUNTO CASABLANCA

1. Antecedentes

Una vez analizada la estructura dogmática y legal de la prueba en el sistema penal mexicano, que se contrapone a la figura jurídica de prueba ilícita, en cuya acepción se adecua la provocación delictiva realizada por agentes policiacos, corresponde exponer como parte central del presente ensayo los antecedentes históricos, desde una óptica jurídica, de la investigación policial implementada por el gobierno de los Estados Unidos de América, a la que denominó “Casablanca”, cuyos efectos trascendieron en la instrucción de un proceso penal contra un grupo de funcionarios bancarios mexicanos.

En octubre de 1996, el gobierno de los Estados Unidos de Amé-

³⁰ Vid., Sentencia 91/03, del Juzgado de lo Penal número dos de Granada, dimanada de P.A. 256/02, rollo 9/03; *Delito Provocado*, Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta 29, noviembre de 1993.

³¹ Cfr. Bernardo San José, Alicia, *Diligencias de Investigación Restrictivas de Derechos Fundamentales*, en *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 208, UNAM, 2005, páginas 193 y 194.

rica, sustentándose en los lineamientos internos para operaciones encubiertas del FBI, emitido por el Departamento de Justicia de ese país, inició una operación secreta para detectar operaciones de lavado de dinero; con la finalidad de conocer las técnicas empleadas para la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita provenientes del narcotráfico, mediante la infiltración de agentes encubiertos en bancos de Colombia, México y Venezuela.³²

Del resultado de dicha operación, a la que se le denominó “Casablanca”, en 1998, la Corte de Distrito de los Estados Unidos, del Distrito Central de California, formuló acusación y ordenó el arresto de diversas personas que se vinculaban con operaciones de recursos procedentes de actividades relacionadas con el narcotráfico; en tanto que, la Oficina de Asuntos Internacionales, División Criminal, con sede en la ciudad de Washington, Estados Unidos de América, solicitó a autoridades mexicanas asistencia con relación a la investigación y acusación incoada contra un sujeto, señalado como operador financiero de los cárteles de “Cali” en Colombia y “Juárez” en México, entre otras personas.

Actuaciones de las que inicialmente tuvo conocimiento la Agregaduría de la Aduana de los Estados Unidos de América en México y la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Contra la Salud de la Procuraduría General de la República; así como, de las diversas acusaciones formuladas contra diversas personas de nacionalidad mexicana, a quienes se atribuía actividades ilícitas que habían vulnerado el sistema financiero.³³

Posteriormente, el Departamento del Tesoro de Estados Unidos de América, a través del Servicio de Aduana de la Embajada Ame-

³² Vid., Zamora Sánchez, Pedro, *Efectos de la Operación Casablanca*, en *Marco Jurídico del Lavado de Dinero*, México, Oxford University Press, páginas 83 a 104.

³³ De acuerdo a la información extraoficial difundida, los resultados iniciales de la operación arrojaron 112 personas involucradas, 35 millones de dólares confiscados, 26 funcionarios de 11 bancos mexicanos involucrados; al concluir la operación se conoció de la detención de 14 funcionarios bancarios mexicanos, 14 miembros del “Cártel de Juárez”, 2 miembros del “Cártel de Cali” y aproximadamente 67 millones de dólares americanos transferidos de bancos mexicanos a Estados Unidos de América. Vid. *Detecta tribunal inducción al delito*, diario Reforma, 5 de febrero de 2004, México, página 4.

ricana, solicitó el arresto provisional con fines de extradición internacional, de diversos mexicanos, que se relacionaron con la comisión de conductas consideradas como ilícitas, detectadas en la operación encubierta. Derivado de lo anterior el Ministerio Público de la Federación, dio inicio a la averiguación previa correspondiente y solicitó a Juzgados de Distrito especializados en materia penal, la orden de arraigo contra los inculpadados relacionados con el reclamo de extradición internacional; medidas de aseguramiento precautorio que fueron concedidas en mayo y julio de 1998, lo que llevó al internamiento de los mexicanos requeridos en centros preventivos de reclusión de la Ciudad de México.

Entre los extraditables, fue señalado un grupo de cinco funcionarios bancarios, de instituciones de crédito del sistema financiero mexicano; precisión que resulta relevante, dado que en torno al proceso penal que a éstos se les instruyó circunda el presente ensayo.

El procedimiento de extradición internacional, concluyó con la denegación de la solicitud planteada por el país requirente, al no garantizarse que a los requeridos no les fueran aplicadas penas que pusieran en riesgo su vida.

En tanto acontecía lo anterior, el Procurador Fiscal de la Federación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, formuló denuncia penal contra los inculpadados vinculados con la investigación encubierta, por hechos probablemente constitutivos de los delitos de Violación a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Concluida la indagatoria, en febrero de 1999, el Ministerio Público de la Federación ejerció acción penal, contra el especificado grupo de funcionarios bancarios, como probables responsables de la comisión de los delitos denunciados, concretamente, Violación a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, previsto por el artículo 2º, fracción I, y sancionado por el numeral 4º, fracción II, inciso b), de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (hipótesis de organizarse para realizar en forma reiterada, conductas que unidas a otras, tienen como resultado cometer el

delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis del Código Penal Federal); y, Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, previsto y sancionado en el artículo 400 bis del Código Penal Federal (hipótesis de depositar, invertir y transferir, dentro del territorio nacional, de éste al extranjero y a la inversa, recursos, con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita, con el propósito de ocultar e impedir conocer el origen, localización, destino y propiedad de dichos recursos).

Figuras delictivas por las cuales se ordenó la aprehensión de los inculcados en comento, por parte del Juzgador Federal del conocimiento; resolución que se cumplimentó de manera inmediata, dado que los inculcados estaban detenidos con efectos provisionales, en atención al requerimiento de extradición; luego de la tramitación del procedimiento de preinstrucción, se dictó a los inculcados auto de formal prisión por su probable responsabilidad penal en la comisión de las figuras ilícitas materia del ejercicio de la acción penal.

Términos en los cuales se tramitó la instrucción de la causa penal, formuló conclusiones acusatorias el Ministerio Público de la Federación y, en su oportunidad, se dictó la sentencia condenatoria de primera instancia, cuyo sentido fue confirmado en definitiva por el Tribunal de segunda instancia, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra aquélla.

2. Hechos en los que se sostuvo la acusación ministerial

Como precedente del planteamiento de los aspectos jurídicos del juicio penal en comento, es necesario hacer referencia a los hechos materia de acusación contra los sentenciados de referencia.

El Ministerio Público de la Federación, sustancialmente destacó que los hechos constitutivos de los delitos de Violación a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, eran los siguientes:

Los enjuiciados, como empleados de diversas instituciones bancarias del sistema financiero mexicano, en los años 1997 y 1998, de manera independiente, se organizaron con tres o más personas para

realizar en forma permanente conductas que unidas a otras tenían como finalidad cometer el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita; por lo cual realizaron depósitos, inversiones y transferencias en el territorio nacional, de éste hacia el extranjero y a la inversa, con conocimiento de que los recursos económicos procedían de una actividad ilícita, con la finalidad de ocultar e impedir conocer el origen, localización, destino y propiedad de los mismos, sin que desempeñaran en la organización funciones de administración, dirección o supervisión.

En concreto, se afirma que los sentenciados se reunieron en Santa Fe Spring, California, con dos individuos, identificados como operadores de cárteles de narcotráfico, así como con oficiales encubiertos e informantes confidenciales de los Estados Unidos de América, para acordar que los sentenciados utilizarían cuentas bancarias de las instituciones a las que cada uno pertenecía, para realizar operaciones financieras, con la finalidad de lavar recursos económicos provenientes de actividades de narcotráfico; operaciones bancarias consistentes en depósitos e inversiones, que fueron transferidos del extranjero, principalmente de los Estados Unidos de América y paraísos fiscales, para introducirse al sistema financiero, cuyo monto general ascendió a aproximadamente 15 millones de dólares americanos.³⁴

Hechos fácticos que estimó plenamente acreditados el Tribunal de Alzada que dictó la sentencia definitiva en el proceso penal instruido contra el referido grupo de funcionarios bancarios, al tenor de la valoración de las pruebas integrantes de la causa penal de origen.

3. El juicio de amparo directo³⁵

3.1. *La demanda de amparo*

Derivado de lo anterior, los sentenciados promovieron la acción constitucional de amparo directo.

³⁴ De acuerdo a la información proporcionada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, en la operación Casablanca el monto económico involucrado ascendió a 60.8 millones de dólares americanos Vid., *idem.*, página 89.

³⁵ D.P. 374/2004 y D.P. 444/2004, del índice del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, resueltos por ejecutorias de 3 de febrero y 19 de marzo de 2004, respectivamente.

Los agravios que sustancialmente hicieron valer en sus respectivas demandas dentro del juicio de garantías, en lo que interesa al presente análisis, fueron los siguientes:

1. Actualización de la figura de provocación delictiva como excluyente de los delitos.
2. Ausencia de puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma que describe el ilícito de Delincuencia Organizada.
3. Insuficiencia de pruebas para demostrar la inequívoca voluntad y conciencia de los sujetos activos para formar parte de una auténtica sociedad criminal, con el objeto de coadyuvar en la consecución de los ilegítimos fines ambicionados por la organización, bajo los principios rectores de jerarquía, división de funciones y disciplina; al acreditarse que en los hechos intervinieron agentes encubiertos e informantes confidenciales del gobierno de Estados Unidos de América, a quienes no podría considerárseles como miembros de una sociedad criminal.
4. Los quejosos no se reunieron con verdaderos criminales para acordar la realización de operaciones bancarias, sino con agentes encubiertos e informantes gubernamentales.
5. Pruebas insuficientes para acreditar que los quejosos realizaran las operaciones bancarias que se les atribuyen, por su carácter de empleados bancarios, quienes sólo autorizan por indicaciones de los cuentahabientes la realización de las operaciones que se les indican.
6. Inexacta aplicación de la ley penal, porque las operaciones bancarias atribuidas a los sentenciados no acreditan las hipótesis constitutivas del delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, al no tener el dominio de los recursos, como poseedores o propietarios; en su caso, debió establecerse la acusación ministerial de acuerdo a la hipótesis específica que prevé la comisión del delito por empleados bancarios, al prestar dolosamente ayuda a otras personas para la comisión de dichas conductas.

7. Los recursos económicos transferidos a las cuentas bancarias mexicanas, ya habían sido objeto de “lavado”, dado que fueron proporcionados para la operación encubierta por el Departamento del Tesoro de Estados Unidos.

3.2. *La sentencia de amparo*

Derivado de lo anterior, el Tribunal Colegiado analizó los conceptos de violación planteados por los demandantes de amparo, el acto reclamado y las constancias conformantes de la causa penal de origen, a efecto de dictar la ejecutoria constitucional.

Realizado lo anterior, el Tribunal Colegiado estimó sustancialmente fundados los argumentos sustentados por los demandantes de protección constitucional, al advertir que la sentencia definitiva reclamada era violatoria de las garantías de legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los artículos 14, 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por adolecer de la debida valoración de las pruebas existentes en la causa penal y aplicarse inexactamente la ley penal.

Para tal efecto, el órgano de control constitucional al advertir infracciones a las reglas de valoración de las pruebas, en el rango del debido proceso, justipreció los medios de convicción integrantes de la causa penal.

De esta manera, se arribó a las conclusiones jurídicas siguientes:

Primero. El Tribunal Colegiado afirmó que las pruebas conformantes del sumario eran ineficaces para acreditar elementos de los delitos por los cuales se condenó a los quejosos, ante la falta de puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados; lo que actualizaba la atipicidad, como causal de exclusión del delito, a que se refiere el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal; debido a que los hechos estimados como ilícitos derivaban de la provocación delictiva inducida por agentes de autoridades gubernamentales.

Afirmación que se sustentó en el análisis de los elementos de prueba obrantes en la causa penal, de cuya correcta concatenación

desprendió como hecho probado que en el periodo comprendido de octubre de mil novecientos noventa y seis a abril de mil novecientos noventa y ocho, el gobierno de Estados Unidos de América, dirigió una operación encubierta con el objeto de detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita, derivados de la comercialización de narcóticos en ese país, la cual identificó como “Operación Check Mark o Casablanca”; para ello asignó agentes encubiertos e informantes confidenciales, con la finalidad de que se hicieran pasar como narcotraficantes que requerían “lavar el dinero” obtenido de la venta de narcóticos; también alquiló un inmueble en Santa Fe Springs, California, donde estableció la sociedad “Esmerald Empire Corporation”, que fue ocupada por los agentes e informantes de la operación, para hacerse pasar como trabajadores de la misma; entre los informantes se designó con el nombre de “Javier Ramírez”, al identificado como “CW-1”, quien se ostentó como propietario de la empresa, y de los agentes se asignó para dirigir la operación a John Ortega, identificado como “CRI#1”; posteriormente, los agentes e informantes contactaron a un presunto narcotraficante, de quien tenían informes que se desempeñaba como operador financiero de los cárteles de “Cali” en Colombia y “Juárez” en México, con quien convinieron “lavar dinero” proveniente del narcotráfico, mediante el pago de una comisión porcentual por cada transferencia.

Así, dicho narcotraficante, contactó a diversos funcionarios bancarios en México, a quienes invitó a conocer las instalaciones de la empresa encubierta, lugar en donde los reunió para entrevistarse con los agentes encubiertos e informantes confidenciales del gobierno de Estados Unidos, con la finalidad de acordar realizar supuestas operaciones bancarias, con recursos provenientes de la venta de narcóticos en ese país, con el propósito de ocultar o impedir que se conociera el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos.

Aceptada la propuesta por los funcionarios bancarios, en sus respectivas sucursales, mediante las instrucciones que recibían de

las personas designadas por los agentes encubiertos, procedieron a autorizar y tramitar la apertura de cuentas bancarias, en moneda nacional y dólares estadounidenses, en las cuales se realizaron depósitos, mediante transferencias electrónicas, de diversas cantidades en dólares americanos; luego, por instrucciones de los cuentahabientes, los sujetos activos, autorizaron y tramitaron inversiones a plazos cortos en paraísos fiscales, entre ellos, Islas Gran Caimán; posteriormente, al vencimiento de las inversiones, autorizaron y tramitaron la expedición de giros a nombre de diversas personas físicas y morales designados por los agentes encubiertos que estaban en la empresa “Esmerald Empire Corporation”; sin embargo, dichos documentos se remitían a la citada negociación, por correo o mediante representantes de los agentes encubiertos en México.

Los fondos empleados en la citada operación encubierta, pertenecían a los recursos económicos confiscados como producto de actividades de diversos ilícitos, que estaban a cargo del Departamento del Tesoro de Estados Unidos de América; fondos que después de depositarse en las cuentas e inversiones autorizadas y tramitadas por funcionarios de instituciones bancarias mexicanas, así como extraídos mediante giros expedidos a nombre de personas ficticias y enviados a la empresa encubierta, el gobierno estadounidense, con deducción de las comisiones y cargos bancarios, los depositaba en cuentas secretas controladas.

Hechos demostradores que permitieron al Tribunal Colegiado que conoció del amparo, sostener que se actualiza el aspecto negativo de la tipicidad de los delitos de VIOLACIÓN A LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA y OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA, cuya comisión se atribuyó a los quejosos, al haber sido provocados para realizar las conductas descritas en las normas penales referidas, mediante la incitación para perpetrar la acción que no tenían el propósito de realizar; pues una vez implementado el operativo por parte del gobierno de los Estados Unidos de América, así como convenida la intermediación financiera con un supuesto

“lavador” de recursos provenientes de la comercialización de narcóticos de los cárteles de “Cali” y de “Juárez”, fueron contactados los sentenciados, para realizar las conductas descritas en las citadas normas jurídico penales; por tanto, era evidente que las operaciones financieras, señaladas como delictivas no se hubieran producido sin la provocación de los agentes del gobierno de Estados Unidos, quienes en todo momento mantuvieron el control de los efectos de los delitos.

Por tanto, al resultar de manera inconcusa que en ningún momento se lesionó o puso en peligro real los bienes jurídicos tutelados por las normas penales descriptivas de los delitos de referencia, consistentes en la seguridad de la nación, así como la estabilidad y sano desarrollo de la economía nacional y la seguridad pública, se concluyó con la actualización de la causal de exclusión del delito de atipicidad, prevista en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, y por ende, la ilegalidad de la sentencia definitiva reclamada.

Segundo. Por otra parte, el Tribunal Colegiado consideró que la investigación de los hechos por los cuales fueron procesados los impetrantes de amparo, violaba lo establecido en los artículos 14, párrafo segundo, 16 y 21, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ello en virtud de que el inicial procedimiento a seguir para privar a una persona de su libertad, propiedades, posesiones o derechos, es la averiguación previa, a cargo del Ministerio Público, quien tiene la facultad constitucional de investigar y perseguir los delitos; esto es, que debe existir una denuncia o querrela previa sobre ciertos hechos acaecidos que se consideran reprochables a título penal, por lo que el Representante Social inicia la actividad investigadora y persecutora sobre hechos denunciados, y de estimar la comisión de algún delito procede a su consignación.

No obstante, en la causa penal en estudio, se advirtió la instrumentación de una investigación para la creación de un hecho delictivo, lo cual violaba los artículos 14, párrafo segundo, 16 y 21

de la Constitución Federal; de ahí que los sentenciados fueran procesados por conductas cuya investigación se realizó por elementos de la policía y agentes gubernamentales encubiertos, pertenecientes a un país extranjero, quienes de acuerdo al sistema procesal mexicano carecen de facultad para la investigación del delito; aunado, quedó demostrado que fue hasta la conclusión de la operación secreta denominada “Casablanca”, implementada por el gobierno de Estados Unidos de América, cuando dicho país solicitó formalmente apoyo para la extradición de los enjuiciados, sustentándose en medios de prueba ilícitos, que a la postre se integraron a la causa penal de origen, en cuyo procedimiento de averiguación previa el Ministerio Público de la Federación realizó diversas diligencias, previo al ejercicio de la acción penal, pero ninguna dirigida a la investigación exhaustiva de las circunstancias eventuales y temporales relacionadas con la comisión de los ilícitos materia de la consignación.

Tercero. Los enjuiciados al cometer las conductas estimadas indebidamente como ilícitas por el Tribunal Penal de Alzada, se ubicaron en un error de tipo invencible, como causa de exclusión del delito.

En este sentido, se destacó que para justificar la punibilidad de una conducta, no solamente se requería que el sujeto activo colmara en su totalidad los elementos objetivos de la estructura típica, sino también que al momento de cometerse, el autor carezca de una falsa representación o falta total de representación del hecho, que lo induzca a un error de tipo, como la negación del contenido de la representación de la voluntad del sujeto, ante el desconocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo penal; aspecto que actualiza la causa de exclusión del delito, contenida en el artículo 15, fracción VIII, inciso a), del Código Penal Federal.

La precedente afirmación se sustentó en la confrontación de los hechos fácticos objetivamente demostrados por el Tribunal Colegiado del Amparo y la descripción normativa de las figuras delictivas atribuidas a los enjuiciados; cuyo análisis jurídico permitió advertir que el ilícito de Violación a la Ley Federal contra la Delincuencia

Organizada, requería para su acreditamiento de la organización de tres o más personas, en forma reiterada, para realizar conductas que, por sí o unidas a otras, tuvieran la finalidad de cometer el delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Aunado a que el referido ilícito de Violación a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada también se integraba con un elemento subjetivo específico, radicado en la psique del sujeto activo, consistente en la intención de formar parte de una organización criminal; aspecto que no quedó probado en actuaciones, porque a pesar de demostrarse que los enjuiciados se reunieron con un supuesto narcotraficante, que fungía como operador financiero para “lavar dinero”, proveniente de la venta de drogas en Estados Unidos de América, para los carteles de “Cali”, en Colombia y “Juárez”, en México, con quien acordaron la realización de operaciones financieras tendientes a ocultar, impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos; lo cierto es que no se acreditaba la pluralidad de sujetos activos requerido por el particular tipo penal, que consiste en la organización de tres o más personas, pues quienes intervinieron en las operaciones conjuntamente con los quejosos, eran agentes encubiertos o informantes confidenciales del gobierno de Estados Unidos de América, los cuales carecían de la intención dolosa para cometer el delito, de ahí que no compartieran la finalidad cognitiva y volitiva de los sujetos activos.

En tal contexto, se determinó que no se actualiza la pluralidad de sujetos requeridos para el acreditamiento del delito ni el elemento subjetivo específico del tipo penal, consistente en la intención del sujeto activo de involucrarse en una organización delictiva, con la finalidad de cometer determinados actos ilícitos, al evidenciarse que no existió una real organización criminal, al derivar los hechos de una operación implementada por el gobierno de Estados Unidos de América, quien mediante la creación de una empresa ficticia, en la que colocó agentes secretos e informantes confidenciales, para hacerse pasar como delincuentes, indujo al error de los sujetos activos, pues tuvieron una falsa representación de la realidad, al conce-

bir equivocadamente que actuaban con una real organización delictiva y nunca en una operación encubierta.

Y en lo relativo al delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, se destacó que los sujetos activos también incurrieron en un error en la apreciación del hecho, dado que como se les hizo saber que estaban involucrados en una organización delictiva, donde su participación consistía en efectuar operaciones con fondos económicos provenientes de la venta ilegal de narcóticos, cuando en realidad las pruebas demostraban que el dinero utilizado en la operación, fue aportado por el Departamento del Tesoro de Estados Unidos de Norteamérica.

Por tanto, dichos fondos carecían del carácter de ilícitos, pues independientemente de que formaran parte de dinero asegurado con motivo de otras investigaciones delictivas, era legal la posesión que del mismo tenía dicho órgano gubernamental; circunstancia que al desconocerla los sujetos activos, quienes para la configuración del delito requerían tener conciencia del carácter ilícito de los fondos objeto de las operaciones bancarias que autorizaron y tramitaron, es decir, que “lavaban dinero” proveniente de actividades del narcotráfico, actualizó el error de tipo invencible.

Carácter invencible del error de tipo sostenido, que originó la exclusión de los delitos, dado que los hechos derivaron de la implementación de la operación encubierta en la que intervinieron autoridades policíacas del gobierno de los Estados Unidos de América, que no fue descubierta; por tanto, los inculpadados no tuvieron posibilidad racionalmente de exigibilidad para vencer las falsas apreciaciones de la realidad a la cual fueron inducidos.

Cuarto. Aunado a lo anterior, se destacó que los medios convictivos integrantes de la causa penal, no evidenciaban que los recursos económicos, sobre los que recayeron las operaciones bancarias realizadas por los sentenciados, provinieran de la venta ilegal de narcóticos.

Lo anterior, al margen de que el Tribunal del Alzada, acorde a la acusación ministerial, sostuviera que fueron introducidos recur-

sos económicos provenientes de la venta ilegal de narcóticos en Estados Unidos, en las operaciones bancarias objeto de la investigación encubierta, los cuales después de depositarse, transferirse e invertirse en las cuentas autorizadas y tramitadas por funcionarios de instituciones de crédito del sistema financiero mexicano, se retiraron mediante giros expedidos a nombre de personas físicas y morales designadas por narcotraficantes que se dedicaban a operaciones de lavado de dinero, para finalmente ingresarse a cuentas de Estados Unidos de América o de otros países.

Afirmación sustentable, en virtud de que si bien los quejosos fueron contactados por un supuesto narcotraficante, presuntamente identificado como operador de recursos de procedencia ilícita, derivados de la venta de narcóticos de los Cártels de “Calí” y “Juárez”; también se demostró que tal evento se originó con motivo de la implementación de un operativo encubierto, dirigido y controlado por autoridades del gobierno de Estados Unidos de América; hechos en los cuales los impetrantes de amparo se involucraron, debido a la provocación e inducción de agentes policíacos secretos e informantes confidenciales, a través del engaño; y, ante la inexistencia de pruebas que demostraran que, previo a la realización de los actos atribuidos como delictivos, los enjuiciados formaran parte de una organización delictiva dedicada a realizar operaciones con recursos de procedencia ilícita o se dedicaran a realizar esta última conducta.

A mayor razón, porque tampoco se acreditó que los agentes secretos e informantes confidenciales, contratados por el gobierno de Estados Unidos de América, hayan recolectado dinero proveniente de la venta ilegal de drogas en ese país, como lo sostenía la acusación ministerial.

Quinto. Finalmente advirtió el Tribunal Colegiado que la sentencia reclamada, al tener por acreditado el delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, conforme a lo dispuesto en el artículo 400 bis, párrafo primero, del Código Penal de la Federación, en las hipótesis de “depositar”, “invertir” y “transferir” recur-

sos, por sí, en el territorio nacional, de éste hacia el extranjero y a la inversa, con conocimiento de que procedían de una actividad ilícita y con el propósito de ocultar e impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de los mismos; vulneraba la garantía de exacta aplicación de la ley penal, salvaguardada por el numeral 14, párrafo tercero, de la Constitución Federal Mexicana.

Afirmación jurídica que se sustentó en la demostración fáctica de hechos, derivada de la correcta apreciación de los medios de prueba integrantes de la causa penal de origen, dado que del análisis de los mismos se desprendía que los quejosos, con la calidad de funcionarios de instituciones de crédito, integrantes del sistema financiero, “autorizaron y tramitaron” diversas operaciones bancarias; conductas que de resultar ilícitas, en su caso constituían la prestación dolosa de ayuda o auxilio a otro, por parte de un funcionario de una institución del sistema financiero, para la comisión de las conductas que conforman el tipo penal básico del ilícito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita; sin embargo, las conductas reprochadas a los sentenciados se adecuaban a la descripción delictiva contenida en el tipo penal especial, previsto en el párrafo segundo del ordinal 400 bis del ordenamiento sustantivo de la materia y fuero, disposición normativa que, en su caso, resultaba aplicable, de conformidad con el principio de especialidad de la ley penal, y no en la descripción del tipo penal básico referido.

Argumento sustentable, que ante la imposibilidad de que los empleados y funcionarios de las instituciones integrantes del sistema financiero mexicano, materializaran las conductas rectoras del tipo penal básico, el legislador creó el tipo penal específico, descrito en el párrafo segundo del ordinal 400 bis del Código Penal Federal, porque al carecer de la capacidad para determinar por sí, las operaciones de una cuenta o inversión bancaria, por no ser los titulares de las mismas, la forma en que podían realizar dicha conducta delictiva, era mediante la prestación de ayuda o auxilio doloso, para que el cuentahabiente o inversionista realizara las conductas núcleo del tipo penal básico de OPERACIONES CON RECURSOS

DE PROCEDENCIA ILÍCITA, previsto en el párrafo primero del citado ordinal.

Violación que de ninguna manera podría subsanarse al considerarla como variación del grado de participación de los sujetos activos en la comisión del delito, porque mientras el tipo básico, previsto en el párrafo primero, del artículo 400 bis del Código Penal Federal, está clasificado dogmáticamente como un delito común, en cuya realización cualquier persona puede ejercer el carácter de autor, al señalar en su descripción “al que por sí o por interpósita persona”; el tipo especial, para su configuración requería la realización de las conductas que lo rigen, consistentes en “prestar ayuda o auxilio a otro”, las cuales no constituyen formas de intervención del sujeto activo en la comisión del delito, a las que se refieren las diversas teorías de la autoría y participación, pues al tratarse de un tipo especial propio, determina la intervención del sujeto activo, solamente como autor a la persona que satisfaga las características especiales que el tipo prevé, en el caso analizado lo representa quien reúna las calidades de “empleado o funcionario de las instituciones que integran el sistema financiero”, en tanto que las diversas formas de participación también son factibles de actualización en dicha hipótesis.

3.3. Resolución del juicio de garantías

En orden a las violaciones constitucionales advertidas por el Tribunal Colegiado de Amparo, en conclusión, se resolvió conceder la protección constitucional a los quejosos, de manera lisa y llana, cuya consecuencia no es otra que la invalidación del acto de autoridad reclamado, en la especie, de una sentencia condenatoria definitiva.

De la exposición sistemática del caso jurídico materia del presente ensayo, resalta la advertencia del órgano de control constitucional, de manera prevaeciente, sobre la existencia de una violación a las reglas esenciales del debido proceso, en lo concerniente a la valoración del conglomerado probatorio, dado que la autoridad responsable ordenadora de la sentencia definitiva reclamada, soslayó

que la acusación ministerial se sustentó en hechos derivados de la ponderación de pruebas obtenidas de la práctica de diligencias ilícitas, concretamente de la inducción delictiva por agentes de la policía; ilicitud de la prueba, cuyos efectos trascendieron a los restantes elementos de convicción integrados a la causa penal de origen, que de manera inconcusa no podían justificar el dictado de una sentencia condenatoria, sin vulnerar las garantías individuales de los enjuiciados, relativas al debido proceso, que rigen en la apreciación valorativa de las pruebas conforme al principio de la sana crítica.

En tal tenor, de acuerdo a la interpretación de las normas constitucionales y adjetivas, del sistema penal mexicano, se deduce el reconocimiento intrínseco, como parte de la garantía del debido proceso, del imperativo de negar eficacia demostrativa a las pruebas que tengan el carácter de ilícitas, ya sea por la forma de su obtención o su aportación en el proceso, original o derivada de actuaciones ilícitas, dada su contradicción con las reglas esenciales del procedimiento; consecuentemente, para el tratamiento de las mismas, es viable para los órganos judiciales la adopción del principio de exclusión de la prueba ilícita.

Sin soslayar, que sería un complemento a la reforma judicial del Estado, en alcance a los fundamentos que sustentan al Estado democrático de derecho, el reconocimiento expreso en la norma constitucional, del principio de exclusión de la prueba ilícita, porque las mismas son contrarias a los principios del debido proceso legal.

REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

Arazi, Roland y coautores, *Debido Proceso*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003, página 387.

Armijo, Gilbet, *Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo Proceso Penal*, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2001, página 455.

Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición. México, Mc Graw Hill Interamericana, 2004, página 638.

Bernardo San José, Alicia, *Diligencias de Investigación Restrictivas de Derechos Fundamentales*, en *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 208, UNAM, 2005, página 501.

Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 12ª edición, México, Porrúa, 2002, página 117.

Chiovenda, Guiseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil, Institución de Diritto Processuale Civile*, Traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonso, *Biblioteca Clásicos del Derecho*, México, Harla, 1997, Volumen 6, página 573.

Choclán Montalvo, José Antonio, *La Organización Criminal, Tratamiento Penal y Procesal*, en *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, España, Dykinson, 2000, volumen 10, página 81.

De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento Penal Mexicano (Teoría, Práctica y Jurisprudencia)*, 3ª edición, México, Porrúa, 1998, página 629.

Dellepiane, Antonio, *Nueva Teoría de la Prueba*, Colombia, Themis, 1997, página 161.

Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado sobre las Pruebas Penales*, 4ª edición, México, Porrúa, 1991, página 848.

González Álvarez, Daniel y Mora Mora, Luis Paulino, *La Prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina*, en *Ciencias Penales*, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 4, número 5, San José, Costa Rica, marzo-junio 1992.

_____, *La Prueba en los Procesos Penales Centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Costa Rica)*, en *Ciencias Penales*, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 12, número 17, San José, Costa Rica, marzo 2000.

Hoyos, Arturo, *El Debido Proceso*, 2ª reimpresión, Bogotá, Colombia, Temis, 2004, página 106.

Lara Espinoza, Saúl, *Las Garantías Constitucionales en Materia*

Penal, México, Porrúa, 1998, página 380.

Miranda Estrampes, Manuel, *Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*, Madrid, España, José María Bosch, 2004.

Ovalle Favela, José, “Prueba”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Coedición Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, vol. P – Z, página 3923.

Pellegrini Grinover, Ada, *Pruebas ilícitas*, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 7, número 10, San José, Costa Rica, septiembre 1995.

Sáenz Elizondo, María Antonieta, *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 4, número 6, San José, Costa Rica, diciembre 1992.

Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, de la Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, Oxford, 2004, página 826.

Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal (Los artículos 20 y 23 Constitucionales)*, 2ª edición, México, Porrúa, página 363.

Zamora Sánchez Pedro, *Efectos de la Operación Casablanca*, en *Marco Jurídico del Lavado de Dinero*, México, Oxford University Press, 301.

La argumentación y los operadores jurídicos

María de Lourdes
Lozano Mendoza
Juez de Distrito

“Abogados y jueces... todos están de acuerdo en reducir la justicia a un juego complicado y difícil, a una especie de gallina ciega para adultos, en el que parece que el mérito consistiera en esconderse detrás de los códigos para lograr que no se encuentren las huellas de la verdad”.

Piero Calamandrei¹

Sumario: I. Introducción. II. Una percepción generalizada del derecho. III. Los operadores jurídicos. IV. La creación de normas. V. La interpretación. VI. La argumentación jurídica y la práctica del derecho. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En “*El proceso*”² Kafka narra el drama vivido por Josef K. al ser sometido a juicio; describe los sentimientos de impotencia y frustración que invaden a este personaje sentenciado por un juez que nunca conoció, después de un largo proceso que no entendió y sin saber <ni siquiera al final> cuál era la acusación. Esta obra literaria critica severamente al sistema burocrático, omnipotente, arbitrario e injusto en el que el autor vivía.

A casi un siglo de su publicación se esperaría que al estudiar

¹ Calamandrei, Piero. “*Las buenas relaciones entre jueces y abogados*”. Traducción Santiago Sentís Melendo, Editorial Leyer, Colección Clásicos del Derecho, Bogotá, 2005, página 2005.

² Kafka, Franz. “*El proceso*”, Editores Mexicanos Unidos, México 2002.

esta obra se hiciera desde su aportación literaria o desde su contexto histórico, considerando los sucesos que describe como hechos del pasado, inexistentes en esta época; y, ciertamente, en la actualidad es inaceptable -al menos en una sociedad democrática o en aquélla que aspira serlo- que historias como la de Josef K. se presenten, porque se reconoce internacionalmente, como derecho fundamental del hombre, la garantía de defensa; sin embargo, en países como México y muchos de Latinoamérica, encontramos demasiadas personas <me refiero a aquéllas que carecen de formación jurídica>, que si bien no viven un drama igual, por lo menos comparten con el personaje de Kafka los sentimientos de impotencia y frustración cuando tienen que participar en algún proceso judicial. Una razón de ello (por supuesto no la única) considero, tiene que ver con el desconocimiento e incompreensión de las leyes vigentes, los procedimientos legales, las resoluciones judiciales, hasta del lenguaje utilizado por los juristas, que da lugar a impresiones como lo hace ver Calamandrei en la cita que inicia este trabajo.

Me parece importante destacar este fenómeno, porque mientras grandes sectores sociales perciban el derecho como algo ajeno, incomprensible, inaccesible, oscuro e injusto, no puede decirse que la sociedad a que pertenecen es democrática³; y, si aspira a serlo, este es uno de los puntos que se debe atender para hacer la transición, porque el vínculo entre lo jurídico y lo social permite la transformación recíproca de uno a otro.

¿A qué obedece esta percepción generalizada del derecho?, ¿Quiénes contribuimos a ese fenómeno?, ¿Es necesario que esta apreciación cambie?, ¿Cómo impactaría una percepción generalizada distinta del derecho al sistema jurídico?, ¿Qué hacer para cambiarla?, ¿De qué herramientas podemos echar mano?, son algunas de las preguntas en las que centraré este trabajo.

³ Al referirme al término democracia lo hago en un sentido más amplio que el relativo a la forma de elección de los gobernantes, retomo la propuesta que Irwin P. Storky expone en su trabajo *Crear las condiciones para la democracia*, publicado en *"Democracia deliberativa y derechos humanos"*. Editorial Gedisa, 1ª edición, Barcelona 2004, páginas 193 a 196.

II. UNA PERCEPCIÓN GENERALIZADA DEL DERECHO

¿Por qué las personas que carecen de formación jurídica perciben el derecho como algo confuso? Muchos son los factores que intervienen, uno, por ejemplo, sin duda, relevante es el bajo índice de escolaridad en México⁴; la especialización del lenguaje jurídico <es significativo el uso cotidiano e innecesario de expresiones en latín, aunque tengan una traducción fiel y reconocida en español>; la emisión de leyes nuevas cada año, que en muchos casos responden a un momento político, no necesariamente al mejoramiento del sistema normativo, en no pocas ocasiones implican contrarreformas y lo que en un momento es una conducta severamente castigada, en otro se atenúa⁵ o viceversa; la actitud de muchos juristas –litigantes, doctrinarios, profesores, jueces, legisladores, funcionarios– renuentes a explicar con sencillez y claridad la actividad que desarrollan; sólo por exponer algunos de ellos.

Sin embargo, considero que tiene que ver más con el hecho de que quienes resienten de manera inmediata el desgaste que significa estar involucrado en un proceso judicial y se ven afectados directamente en sus derechos con las resoluciones judiciales son legos en la materia, carecen de formación jurídica; por tanto, su percepción será acorde al resultado obtenido, si pierdo un litigio y no comprendo porqué sucedió así, es posible que comparta los mismos sentimientos del señor “K”; en algunos casos se puede incluir al abogado que defiende su propia causa, porque no es lo mismo dejar de percibir honorarios por perder un juicio ajeno, que ser afectado en un derecho propio.

⁴De acuerdo a los datos oficiales reportados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, en México los años de escolaridad promedio por entidad federativa según el XII Censo General de Población y Vivienda 2000 eran, el menor en Chiapas 4.8 y el mayor 9.1 en el Distrito Federal, que significan, en el primer caso, quinto año de primaria inconcluso y, en el segundo, secundaria terminada. Los datos preliminares del censo 2005, no reportan aún el rubro de educación pero las predicciones estadísticas se confirman, México conserva el onceavo lugar de países más poblados del mundo, difícilmente se mostrará un incremento importante en la escolaridad.

⁵Recordemos las reformas al artículo 19 constitucional y a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, por poner algunos ejemplos.

La percepción que una persona puede tener sobre la solución de un caso concreto varía dependiendo del lugar que ocupa en el conflicto; al directamente afectado puede parecerle una decisión injusta; para el beneficiado, correcta; para un simple observador puede depender de la coincidencia que tenga con alguna de las partes; para otro jurista puede ser resultado de una mala defensa; para el doctrinario “un caso interesante”; etcétera. Cada persona hace su interpretación de lo sucedido ¿Quién tiene la razón? Difícilmente se puede saber, depende de cada caso <el opinar a favor de alguna postura puede ser otra interpretación>, a fin de cuentas, la resolución definitiva se convierte en ley individualizada para los contendientes. Estas discrepancias profundizan la confusión y desconfianza en el sistema jurídico y en esto participamos, de distintas maneras, los juristas.

Atienza explica: “*El derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no hay ninguna relación social que no esté o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente*”⁶, lo denomina ubicuidad del derecho; si se comparte este punto de vista tenemos que reconocer la relevancia que la ciencia jurídica tiene en nuestra cotidianidad; ninguna persona escapa a la posibilidad de verse involucrado en algún momento de su vida –directa o indirectamente– en un proceso judicial; desde el simple cobro de un adeudo, hasta ser el protagonista de un proceso penal como el señor “K”, ésta es razón suficiente para justificar la importancia que en una sociedad denominada tiene la percepción del derecho, pues considero que conocer y aceptar internamente como correcta una norma jurídica, coadyuva a lo que Garzón Valdés denomina como “pretensión de legitimidad”⁷.

Tocar este tema es entrar al ámbito del vínculo entre moral y derecho, en el que no ahondaré, y, aunque hay posiciones contra-

⁶ Atienza, Manuel. “*El sentido del derecho*”, Editorial Ariel, 2ª edición, 2ª reimpresión, Barcelona 2004, página 15.

⁷ Garzón Valdés, Ernesto. “*Derecho y moral*”, ensayo compendiado en “*Derecho y Moral*” Rodolfo Vázquez comp. Editorial Gedisa, 1ª edición, 1ª reimpresión, Barcelona, 2003, página 23.

rias entre los filósofos sobre este tópico, considero que si se acepta la estrecha relación de lo jurídico y lo social, no puede separarse el aspecto moral, porque éste se encuentra implícito en el hombre que vive en sociedad, por ello, los miembros de una sociedad ideal, aceptan las normas jurídicas porque consideran que son correctas y las cumplen por esa razón, no por el terror del deber o la ignorancia de sus contenidos.

Garzón Valdés explica:

“...quienes adoptan el punto de vista interno (es decir, por lo pronto los legisladores y funcionarios; dicho brevemente: la parte oficial) sostendrán que su sistema coincide con la moral, también en el sentido fuerte de la palabra, es decir, como ética. Pues es obvio que quienes adhieren internamente a las normas lo hacen porque consideran que ellas son las “verdaderamente” correctas. La distinción hartiana entre “tener una obligación” y “sentirse obligado” tiene sentido sólo si se admite que quienes afirman tener una obligación lo hacen porque piensan que las normas que la imponen son correctas, también desde el punto de vista ético”.⁸

Para llegar a la adhesión interna a las normas puede hablarse de confianza en quienes hacen las leyes, las aplican y las interpretan, pero en una sociedad en que la mayoría percibe el sistema jurídico como algo oscuro y confuso, aquélla se pierde. En este caso me parece que es más importante la comprensión de las normas y procedimientos jurídicos, y en ello, los operadores jurídicos tenemos gran responsabilidad.

III. LOS OPERADORES JURÍDICOS

Para señalar los ámbitos de participación de los operadores jurídicos retomaré la primer tipología que Wróblewski⁹ hace sobre las áreas del discurso jurídico: La actividad de hacer el derecho, la de interpretarlo y la de describirlo. Las dos primeras tienen una influencia di-

⁸ Garzón Valdés, Ernesto. “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, ensayo compendiado en “Derecho y Moral” Op. Cit., página 143.

⁹ Wroblweski, Jerzy. “Sentido y hecho en el derecho”, Distribuciones Fontamara, 1ª edición, México 2001, página 46.

recta en la práctica jurídica, y, por tanto, en fomentar la oscuridad y vaguedad del derecho en su forma primaria (crear leyes –legislar– y emitir sentencia –juzgar–); la última (teórica y filosófica) define, muestra contradicciones, hace teorías que el práctico puede utilizar para evitar las confusiones y vaguedades que he referido.

Hacer el derecho es tarea del legislador y desde ahí comienza el problema, pero continúa con la interpretación, actividad que no es exclusiva del juzgador, porque “...interpreta –o puede interpretar– un texto quien no es –o en tanto no es– autoridad con respecto a ese texto... los jueces (los aplicadores en general), los dogmáticos o los simples particulares...”¹⁰; en la actividad interpretativa haré referencia a la actividad de: a) los jueces; y, b) los litigantes.

IV. LA CREACIÓN DE NORMAS

¿Cómo es que la tarea legislativa puede generar <en parte> la incompreensión a que me he referido? En nuestro sistema jurídico, hacer el derecho es actividad del legislador, crear normas, modificarlas, reformarlas, establecer instituciones; parece un contrasentido que siendo un representante popular, en el caso mexicano¹¹, su actividad sea incomprendida e inaceptada internamente por los electores, pues es de esperar que su tarea la realice atendiendo, en principio, a los intereses de éstos; sin embargo, esto no siempre es así, no son pocas las leyes que emite que pueden considerarse ambiguas, confusas, incompletas o injustas.

San Isidoro de Sevilla, citado por Débora O. Rainieri, hace una descripción aplicable a las características que la ley positiva debiera cumplir en la actualidad cuando dice:

“La ley debe ser honesta, justa, posible, conforme con la naturaleza, apropiada a las costumbres del país, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria, útil, claramente expresada, para que en su oscuridad

¹⁰ Atienza, Manuel. “Cuestiones Judiciales”, distribuciones Fontamara, México, 1ª edición, 1ª reimprisión, México 2004, páginas. 80 y 81.

¹¹ Recordemos que en México los poderes ejecutivo y legislativo <federales y estatales> son electos popularmente.

*no se oculte algún engaño, instruida no por fomentar un interés privado, sino para utilidad común de los ciudadanos”*¹²

No me pronunciaré sobre los calificativos que esta descripción indica, que sin duda dan lugar a análisis filosóficos, pero me parece que esta cita es de total actualidad.

Para aclarar en qué casos puede ser dudosa una norma, es útil citar aquí a Manuel Atienza:

“...lo que hace que el significado de un texto resulte dudoso puede ser alguno de los siguientes factores (o una combinación de ellos): 1) el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad o vaguedad); 2) no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); 3) no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho –lo escrito– y lo que se quiso decir); 4) es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con independencia de lo que haya querido el autor); 5) es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento”.¹³

Desafortunadamente son muchos los casos en que las normas emitidas por el legislador tienen alguno de los problemas que refieren esta cita y tornan complicada su comprensión hasta para los juristas.

Veamos algunos ejemplos. Tenemos una norma que postula lo siguiente:

“Al que sin autorización legal auxilie, coopere, consienta o participe en la transportación, almacenamiento, distribución, procesamiento, comercialización o destrucción de productos de los montes o bosques del Estado, cualquiera que sea su régimen de propiedad, tenencia o posesión de la tierra, se le aplicarán de dos a diez años de prisión y de treinta a doscientos cincuenta días multa”.¹⁴

¹² Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge, compiladores, *La argumentación de los operadores jurídicos*, editorial de la Universidad Católica Argentina, 1ª edición., Buenos Aires, 2005, página 39.

¹³ Atienza, Manuel. “Cuestiones judiciales”, *Op. Cit.*, página 81.

¹⁴ Código Penal para el Estado de México, artículo 229.

Como puede advertirse es un precepto que describe las características que debe tener una conducta para que sea sancionada, en este caso, con prisión de dos a diez años; parece simple, pero ¿Qué conductas en concreto se incluyen en esta norma? Son tantas las consideradas en un solo párrafo que puede generarse confusión.

Empecemos por señalar que el objeto del delito son *productos de los bosques o de los montes*, expresión que al no estar definida por el legislador da lugar a diversas interpretaciones. ¿Cuáles son los productos de los bosques y montes? Al pensar en un bosque lo relacionamos con la existencia de muchos árboles. ¿Éstos son su producto? Recordemos que su existencia lo conforman; entonces, son producto o son el bosque mismo. Por otro lado, sabemos que los bosques, por sus árboles, nos proporcionan oxígeno; también permiten la vida de diferentes especies animales; muchos de los árboles dan frutos, otros follaje y semillas ¿Son éstos su producto? Lo mismo podemos decir de los montes.

Ahora, la conducta que se sanciona no es una, son varias: 1) transportar; 2) almacenar; 3) distribuir; 4) procesar; 5) comercializar; y, 6) destruir. Quizá definir el transporte no sea tan complicado y podamos decir que es trasladar de un lugar a otro, pero almacenar puede significar guardar algo en un almacén, o acumular muchas cosas. Distribuir sin duda es un verbo más difícil, lo podemos interpretar como dividir algo entre varias personas, como dar el destino conveniente a una cosa; o, como entregar una mercancía a vendedores y consumidores. Lo mismo sucede con los demás, procesar es transformar la naturaleza del objeto o someterlo a un proceso determinado; comercializar significa poner a la venta un producto o darle las condiciones necesarias para su venta; por último destruir, es sólo inutilizar, transformar, deshacer o volver cenizas los *productos* mencionados.

Tenemos también a los sujetos que realizan la conducta, el que auxilia, coopera, consiente o participa, nótese que no habla del autor principal, y que sanciona al que consiente, es decir, al que no se opone.

Entonces, si se considera que un producto del bosque lo pueden ser los frutos, semillas o follaje de sus árboles, llevando la interpretación de la norma al absurdo. ¿Podría sancionarse a una persona que en navidad ayuda a otra a recoger piñas, follaje, nueces o piedras para sus arreglos navideños y las traslada (transporta) hasta su casa sin contar con una autorización legal? ¿Derribar un árbol sin autorización sería sancionado por esta norma, como destruir un producto del bosque?

Otro ejemplo:

“Desde el momento en que quede a disposición del órgano jurisdiccional, todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

- I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, se observarán las disposiciones establecidas en el código penal;*
- II. Que garantice las sanciones pecuniarias, fijándose al efecto el medio aritmético de la que corresponda al delito;*
- III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso; y*
- IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en la ley penal.*

La garantía a que se refiere la fracción I deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, y las señaladas en las fracciones II y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido”.¹⁵

¿Este texto es acorde a la garantía de caución asequible que establece el artículo 20, fracción I, de la Constitución mexicana?¹⁶

Y que decir de las normas que establecen impuestos.

El artículo 10 de la Ley de Impuesto sobre la Renta dice:

“Las personas morales deberán calcular el impuesto sobre la renta,

¹⁵ Artículo 319 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

¹⁶ El artículo 20, apartado A, fracción I, constitucional en lo conducente dice: “El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado”.

aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa del 28%. El impuesto que se haya determinado conforme al párrafo anterior, después de aplicar, en su caso, la reducción a que se refiere el penúltimo párrafo del artículo 81 de esta Ley, será el que se acreditará contra el impuesto al activo del mismo ejercicio, y será el causado para determinar la diferencia que se podrá acreditar adicionalmente contra el impuesto al activo, en los términos del artículo 9o. de la Ley del Impuesto al Activo.

El resultado fiscal del ejercicio se determinará como sigue:

I. Se obtendrá la utilidad fiscal disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio, las deducciones autorizadas por este Título. Al resultado obtenido se le disminuirá, en su caso, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada en el ejercicio, en los términos del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. A la utilidad fiscal del ejercicio se le disminuirán, en su caso, las pérdidas fiscales pendientes de aplicar de ejercicios anteriores.

El impuesto del ejercicio se pagará mediante declaración que presentarán ante las oficinas autorizadas, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que termine el ejercicio fiscal.

Las personas morales que realicen exclusivamente actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas, podrán aplicar lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 81 de esta Ley”.

Comprender la cantidad de operaciones y términos utilizados requiere de conocimientos especiales en materia contable.

Más ejemplos: En un mismo ordenamiento legal tenemos dos normas que contemplan el delito de falsificación de dinero que dicen:

“Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Se entiende por moneda para los efectos de este Capítulo, los billetes y las piezas metálicas, nacionales o extranjeros, que tengan curso legal en el país emisor.

Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, alma-

*cene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente. A quien cometa este delito en grado de tentativa, se le impondrá de cuatro a ocho años de prisión y hasta trescientos días multa...*¹⁷

“Se impondrá de uno a cinco años de prisión y hasta quinientos días multa:

*I.- Al que, produzca, almacene o distribuya piezas de papel con tamaño similar o igual al de los billetes, cuando dichas piezas presenten algunas de las imágenes o elementos de los contenidos en aquellos, resultando con ello piezas con apariencia de billetes...*¹⁸

¿Cuál es la diferencia de las conductas sancionadas con penas distintas? En el primer caso son objetos idóneos para engañar al público confundibles con moneda emitida legalmente, en el otro, piezas de papel con apariencia de billetes (nótese que la primer hipótesis también contempla los billetes).

Un caso más, un código procesal civil local¹⁹ establece que en los procedimientos contenciosos, una vez que se contesta o se tiene por contestada la demanda, debe citarse a las partes a una audiencia en la que se precisarán los puntos de controversia y se les invitará a conciliar, enseguida otra norma dice: *“Si a la junta conciliatoria no acude alguna de las partes, o ambas, se les impondrá una sanción del cinco por ciento del valor de lo demandado, o la que prudentemente señale el juez si no está determinada la cuantía, que se entregará a su contraparte. En caso de inasistencia de ambas, la sanciones serán aplicadas al fondo auxiliar para la administración de justicia”*.²⁰

¿Cómo concordar este precepto con el artículo 17 constitucional que garantiza que el servicio otorgado por los tribunales es gratuito?

¹⁷ Código Penal Federal, artículo 234.

¹⁸ Idem, artículo 235.

¹⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, artículo 2.121.

²⁰ Idem, artículo 2.122.

En fin, ejemplos de antinomias pueden citarse muchos, basten éstos para mostrar lo afirmado inicialmente, el contenido de las normas no siempre es claro, ajustado a los principios constitucionales, de comprensión simple porque a veces se requieren conocimientos especiales. ¿Cómo aceptar como correcta una ley que no es clara y da lugar a ambigüedades?

V. LA INTERPRETACIÓN

Como referí citando a Atienza²¹, la actividad interpretativa puede ser realizada por cualquier persona que no haya participado en la elaboración de un texto, pero para este apartado sólo destacaré el papel que en ello juegan, el juez, los litigantes, los profesores y estudiantes de la ciencia jurídica, por la importancia que su participación puede tener en el tema tratado.

a) El juez

En la teoría del derecho diversos autores destacan la importancia que tiene el papel del juez en la ciencia jurídica, deja de ser concebido como un *aplicador automatizado de normas jurídicas* y se le reconoce como un intérprete de ellas, como creador de ley <en sentido estricto cuando se habla del juez constitucional y también al individualizarlas en cada sentencia²²>; y, precisamente por ello, se insiste, en la importancia que adquiere su deber de justificar sus decisiones.

Dworkin²³ es pionero en destacar la importancia de las sentencias judiciales en un sistema jurídico, explica cómo las decisiones de los casos son importantes en varios aspectos, de manera inmediata para las personas involucradas en un juicio pues pueden verse afectadas más con una sentencia, que por actos generales del parlamento; y la comunidad, de forma mediata, resiente un daño moral si el juicio no es justo, lo que afecta la confiabilidad en el sistema, centra su desarrollo teórico en la actividad del juez y ello lo hace explicando casos concretos.

²¹ Supra página 4.

²² Dworkin, Ronald, *“El imperio de la justicia”*, editorial Gedisa, 1ª. edición., 2ª reimpresión, Barcelona, España, 2005, páginas 16 a 18.

²³ Idem, páginas 15 a --22.

Por su parte, Wroblweski²⁴ también afirma que las decisiones judiciales no están completamente determinadas por las normas jurídicas y ésto da libertad de elección, por ello es importante que los jueces justifiquen su decisión. Para Alexy²⁵ el juez está en el centro de la actividad argumentativa cuando participa en ella.

En otro sentido, Garzón Valdés afirma: “...su función principal (del poder judicial) es garantizar la estabilidad del respectivo sistema político”²⁶, destaca la importancia de la autonomía judicial, pero acota, autonomía no significa arbitrariedad; por su lado, Atienza²⁷ sostiene que decidir implica detentar un poder, el cual, en el caso del juez, se caracteriza porque la alternativas de acción están previamente determinadas; porque su elección no es libre ya que debe seguir pautas que previamente él mismo contribuye a establecer; y, porque debe dar las razones que justifiquen haber decidido de una cierta forma.

En resumen, la figura del juez en un sistema jurídico, juega un papel preponderante, por eso existe coincidencia en destacar la necesidad de que sus determinaciones contengan las razones que las justifiquen; pero, ¿cómo son en realidad las sentencias en México?

Desde la práctica profesional²⁸ puedo afirmar que, en general, las sentencias dictadas en este país tienen vicios producto de la práctica forense que provocan sean poco accesibles para un auditorio carente de formación jurídica, comenzando por su extensión, no es difícil encontrar los extremos, resoluciones que superan las cien páginas y otras que por cortas son escuetas y carentes de argumentos; ambos supuestos representan un problema, en el primero la simple lectura es poco atractiva, pues su extensión no corresponde

²⁴ Wroblweski, Jerzy, *Op. Cit.* página 67.

²⁵ Alexy, Robert, “El concepto y la validez del derecho”. Editorial Gedisa, 2ª edición, Barcelona, España, 2004, página 31.

²⁶ Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, obra compilada en La función judicial, Jorge Malem y otros Comps. Editorial Gedisa, 1ª edición., Barcelona, España, 2003, páginas 129 y 130.

²⁷ Atienza, Manuel, “Cuestiones Judiciales”, *Op. Cit.*, página 10.

²⁸ Sustento mi afirmación en más de 14 años de ejercicio profesional en el Poder Judicial de la Federación, que me han permitido revisar varios miles de resoluciones; por supuesto que al generalizar reconozco la existencia de excepciones, afortunadamente no todas las sentencias tienen los mismos vicios y con el paso de tiempo se observa mejoría vicios que también me son propios.

precisamente a un exceso de justificaciones, generalmente obedece a la costumbre de transcribir o parafrasear la historia procesal, las pruebas que integran el expediente, las peticiones de parte y las normas aplicables, en muchas ocasiones, repitiendo los mismos contenidos innecesariamente, lo que ocasiona que los argumentos sustentados por el juzgador –si los hay– se pierdan, en este caso más es menos; en el segundo, la ausencia de razones que justifiquen una decisión impiden saber por qué se resolvió en un sentido y no en uno diverso.

El uso incorrecto del lenguaje representa otro problema, porque es frecuente encontrar deficiencias en sintaxis, redacción y ortografía, que hacen poco clara una explicación; en otros casos, los problemas son de congruencia, precisión, claridad o exhaustividad.

¿Cómo se convence a un auditorio si las razones que se sustentan no son claras?

b) Los litigantes

Ante este panorama pareciera que todo los problemas de incompreensión son responsabilidad del juez, pero como ha quedado apuntado, el poder del juez no es infinito, tiene como primer límite la ley, y, como segundo, las peticiones y argumentos de las partes que contienen, los litigantes.

Parafraseando a Cárdenas Gracia²⁹ se puede afirmar que los problemas del Poder Judicial no son responsabilidad absoluta de éste, porque algunos de ellos tienen relación con el tipo y el carácter de la ciudadanía de nuestras sociedades; en la solución de los conflictos, parte de la responsabilidad corresponde a los litigantes, pues si uno de los límites del juez al resolver un caso es la petición que se le formula ya que debe atender los hechos y los argumentos que le son expuestos, una mala o inoportuna formulación de estos puede generar una resolución desfavorable.

¿Cómo es que éste operador jurídico contribuye al tema tratado? Pues precisamente al ser el enlace directo entre el sistema jurídico y la persona que puede ser afectada en un conflicto, su

²⁹ Cárdenas Gracia, Jaime. “*La Argumentación como derecho*”, Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición, México 2005, página 105.

participación es muy importante, primero por el deber que tiene de realizar la mejor defensa jurídica; y, adicionalmente, por el deber ético de informar a su representado, con la mayor sencillez y claridad posibles, de las opciones reales que tiene y de los procedimientos a seguir, sirviendo cuando sea necesario, de traductor jurídico.

Estas actividades no siempre se realizan eficientemente, afirmación que puede comprobarse con las sentencias <sobre todo las emitidas por los tribunales revisores> que declaran impróspera la acción ejercida como consecuencia de la insuficiencia de argumentos que controviertan los de la contraparte o los esgrimidos por el juez primario.³⁰

Aquí también tenemos prácticas viciadas que contribuyen a la confusión, como el uso de latinismos innecesarios, mal empleados o incorrectamente escritos, falta de claridad en la exposición, ausencia de argumentos, hasta confusión e incongruencia en las peticiones, el empleo de palabras rebuscadas, transcripciones de criterios legales y jurisprudenciales innecesarios. Para el lego es todo un compromiso firmar un documento incomprensible, acción que realiza por un presupuesto de confianza derivada de la relación contractual cliente-abogado, pero que al final, ante un resultado adverso, incrementa la desconfianza en el sistema.

VI. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO

¿Porqué hablar al mismo tiempo de un problema pragmático como la falta de conocimiento e incompreensión del derecho como fenómeno social y de la teoría de derecho? Parece contradictorio preocuparse porque grandes sectores sociales accedan poco a poco al conocimiento y aceptación del sistema jurídico y utilizar para ello la teoría del derecho, hay quienes consideran que la teoría y la filosofía, son actividades alejadas de la práctica, incluso para los juris-

³⁰ Es oportuno aclarar que en el sistema jurídico mexicano, los procesos judiciales inician a petición de algún interesado, su continuación y conclusión, en ocasiones corre a cargo de los jueces –casos de trámite oficioso y suplencia de la queja– en otros, el impulso procesal y los argumentos a debate corresponden principalmente a las partes, fundamentalmente cuando se trata de conflictos entre personas que se encuentran en igualdad de condiciones.

tas; sin embargo, precisamente de lo que se trata es de ver cómo pueden ayudar a la práctica jurídica, al respecto Atienza lo explica de manera clara “...*lo que puede hacer* (la teoría o la filosofía) *es contribuir a aclarar las cosas (los conceptos) y a sugerir cursos de acción*”.³¹

Precisamente porque la teoría puede sugerir cursos de acción me intereso en lo que la argumentación jurídica en concreto puede hacer para la práctica del derecho, para sus operadores y, consecuentemente, para aquéllos que resultan ser los directamente afectados en los procesos judiciales.

En la actualidad existe un interés creciente en la teoría de la argumentación, Atienza³² señala que puede explicarse con tres razones; a) una teórica, derivada de la necesidad de una teoría del derecho general que se ocupe de su estructura, mostrando y analizando los componentes del derecho, pero también del funcionamiento del derecho, visto como una serie de procedimientos discursivos; b) una pragmática, pues al ser la práctica del derecho una actividad discursiva, la teoría de la argumentación potencia las capacidades para idear y manejar argumentos; y, c) una política que se conecta con la democracia, pues cada vez se requiere en mayor medida que las decisiones estén racionalmente justificadas y permitan ser discutidas y controladas.

Retomando que la ciencia jurídica implica una actividad discursiva, la argumentación jurídica puede ser de gran utilidad para explicar la problemática que he mencionado y también una herramienta útil para contribuir a su solución, en los distintos campos de actividad del jurista.

Retomemos que hay varios modelos de argumentación que son aplicables dependiendo del ámbito en que se esté y precisamente el acercamiento de los operadores jurídicos a esta teoría y su adopción, permite potencializar las capacidades discursivas que el jurista debe manejar.

³¹ Atienza, Manuel, 2004, “*Cuestiones Judiciales*”, *Op. Cit.* página 9.

³² Atienza, Manuel, artículo publicado por Garzón Valdés, Ernesto y J. Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, Editorial. Trotta, Sociedad Anónima, 2a. edición., 2000, España 2000, página 231.

En el caso del legislador, puede cuestionarse que sea necesario argumentar porque es el creador de la norma, y si algún concepto es vago, a diferencia del juez que debe justificar las razones de su interpretación, al emitir una norma que aclara los alcances de una palabra o expresión se puede decir que no hay interpretación, sino una ley nueva; pero aún así, para llegar a la redacción final de un precepto legal, es conveniente verificar que la regla propuesta corresponda a los principios constitucionales que nos rigen, después comprobar que el enunciado formulado utiliza las menos expresiones ambiguas o multívocas, con una redacción, clara, precisa concreta, evitando lagunas y vaguedades, y para el caso de ser necesario, definir los alcances de la ley.

El caso del juez es distinto, pues tiene el deber de: 1) Resolver todos los casos de su competencia; 2) Fundar sus fallos; y, 3) Aplicar el derecho.³³ Para ello la argumentación es de gran utilidad comenzando con que para resolver un caso difícil primero debe identificarse el problema, Atienza³⁴ propone un modelo a seguir que me parece de gran utilidad, primeramente señala que los problemas pueden ser: 1.- De relevancia ¿Cuál es la norma aplicable?; 2.- De interpretación ¿Cómo debe interpretarse la norma aplicable?; 3.- De prueba se presenta cuando hay dudas respecto a si un hecho ha tenido lugar; y, 4.- De calificación, ¿el hecho está o no en el ámbito de aplicación de la norma? Una vez identificado el problema hay que determinar si surge por una información insuficiente o excesiva, pues de ello depende el uso de argumentos extensivos o restrictivos (para exceso de información se utiliza el esquema *reductio ad absurdum*, mientras que ante la falta de información se usa la argumentación analógica en sus subclases (*a simili*, *e contrario*, *a fortiori*); enseguida construir hipótesis de solución para el problema, que a su vez se convierten en premisas nuevas para completar la información; entonces, se pasa a justificar las hipótesis, que consiste en presentar

³³ MendoVa, Daniel. "Aplicación del Derecho" publicado en El derecho y la Justicia. Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Editorial. Trotta, 2ª edición, Madrid 2000, página 267.

³⁴ Atienza, Manuel. "Cuestiones judiciales", *Op. Cit.*, páginas 16 y 17.

argumentos a favor de la propuesta; el paso final es el que va de las nuevas premisas a las conclusiones que el autor denomina justificación interna.

Para el litigante, seguir un modelo como el apuntado para la elaboración de sus argumentos interpretativos le permite aportar a la discusión mayores puntos de controversia, que el juez debe analizar; también, reconocer el modelo utilizado, el tipo de problema que resolvió, la corrección de la formulación de su hipótesis o la elaboración de su justificación, le permiten, con mayor eficiencia combatir la sentencia si le es adversa.

Lo mismo sucede si se estudian las falacias y los sofismas, esos enunciados incorrectos que aparentan ser argumentos, pues identificarlos permite, en lo posible, evitar utilizarlos, pero reconocer la falacia expuesta por el otro, permite evidenciar la mentira y dar la pelea, con buenos argumentos, y posiblemente con mayor éxito. También en los teóricos encontramos propuestas para distinguir enunciados falaces.³⁵

Otro punto importante y de utilidad común son los estudios realizados respecto a la forma de los enunciados, en donde se distinguen enunciados descriptivos de prescriptivos, entre otros, y se proponen modelos para identificarlos o para elaborarlos.

Hasta ahora, la lógica jugaba un papel muy importante en la justificación de las decisiones, porque permite formular silogismos en los que a partir de ciertas premisas puede llegarse a una conclusión, lo que para Atienza³⁶ es insuficiente para justificar una resolución porque no dice cómo establecer premisas, cómo pasar a la conclusión, sólo proporciona criterios formales de corrección, pero no permite considerar como argumentos válidos aquéllos en que el paso de las premisas a la conclusión no sea necesario, tampoco permite el uso de la analogía.

La argumentación es un acto del lenguaje complejo que sólo se

³⁵ Atienza, Manuel. *“La guerra de las falacias”*, Editorial Cajica, 1ª edición, México 2004, páginas. 110-112.

³⁶ Atienza, Manuel, artículo publicado por Garzón Valdés, Ernesto y J. Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, Op. Cit., página 233.

realiza en situaciones determinadas, como la dialéctica, cuando aparece una duda que debe resolverse por medios lingüísticos, en donde no cabe la inferencia lógica porque debe encontrarse el argumento a favor y en contra³⁷, no excluye el uso de la lógica, sino que, proporciona alternativas discursivas para los casos difíciles.

Por supuesto, la teoría de la argumentación no se reduce a un modelo, o tipos y formas de enunciados, la intención en este trabajo únicamente es mostrar cómo desde la teoría se sugieren procedimientos que pueden ser de utilidad a los operadores jurídicos en sus respectivos ámbitos, lo que a su vez permite presentar propuestas claras, mejores defensas, normas mejor redactadas que a la larga posibilitan transformar la percepción del sistema jurídico como algo distante.

VII. CONCLUSIONES

a) En México existe desconfianza en los juristas y una percepción generalizada del derecho como algo distante, difícil, incomprensible, oscuro, engañoso provocada por los propios actores de la ciencia jurídica.

b) Los operadores jurídicos: Legisladores, jueces y litigantes, podemos participar activamente para transformar esta concepción.

c) La aplicación en la práctica de la teoría de la argumentación jurídica es útil para mejorar las leyes y las sentencias lo que implica una participación directa, desde los respectivos campos de acción, en el fortalecimiento de un sistema más democrático.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alexy, Robert. *“El concepto y la validez del derecho”*, editorial Gedisa, 2ª. Edición, Barcelona, 2004.
2. Atienza, Manuel. *“Cuestiones Judiciales”*, editorial Distribuciones Fontamara, 1ª edición, 1ª reimpresión, México, 2004.
3. Atienza, Manuel. *“El sentido del derecho”*, Editorial Ariel, 2ª reimpresión, Barcelona, 2004.

³⁷ Idem, pág. 235.

4. Atienza, Manuel. *“La guerra de las falacias”*, editorial Cajica, 1ª edición, México, 2004.
5. Calamandrei, Piero. *“Las buenas relaciones entre jueces y abogados”*, Colección clásicos del derecho, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Leyer, Bogotá, 2005.
6. Cárdenas Gracia, Jaime. *“La Argumentación como derecho”*, editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición, México, 2005.
7. *“Derecho y Moral”*, Rodolfo Vázquez compilador, editorial Gedisa, 1ª edición, 1ª reimpresión, Barcelona, 2003.
8. Dworkin, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, editorial Gedisa, 1ª edición, 2ª reimpresión, Barcelona, 2005.
9. Garzón Valdés, Ernesto y J. Laporta, Francisco, *“El derecho y la justicia”*, editorial Trotta, 2ª edición, España, 2000.
10. Kafka, Franz. *“El proceso”*, Editores Mexicanos Unidos, México, 2002.
11. *“La función judicial”*, Jorge Malem y otros compiladores. Editorial Gedisa, 1ª edición, Barcelona, 2003.
12. “MendoVa, Daniel. *“Aplicación del Derecho”* publicado en *El derecho y la justicia*. Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, editorial Trotta, 2ª edición, Madrid, 2000.
13. “Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge. Compiladores, *“La argumentación de los operadores jurídicos”*, editorial de la Universidad Católica Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2005.
14. Wroblwesi, Jerzy. *“Sentido y hecho en el derecho”*, editorial Distribuciones Fontamara, 1ª edición, México, 2001.

LEGISLACIÓN

1. Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.
2. Código de Procedimientos Penales del Estado de México.
3. Código Penal Federal.
4. Código Penal del Estado de México.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sección Segunda
PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

Urgencia de unificar la legislación penal

Ricardo Franco Guzmán

Integrante de la Junta Directiva del
Instituto Federal de Defensoría Pública

Con el fin de contribuir a una mejor impartición de justicia en toda la República Mexicana, y especialmente de coadyuvar en la importantísima labor que desarrolla el Instituto Federal de Defensoría Pública y los servidores públicos que lo integran, considero insistir en un tema que he venido divulgando desde hace más de medio siglo. Se trata de la urgente necesidad de unificar la legislación penal, sustantiva y de procedimientos en nuestro país.

Puedo afirmar que la inmensa mayoría de las naciones del mundo actual, tienen un solo código penal y que las excepciones son los Estados Unidos de América, México y algún otro país.

En efecto, la desventura de México data desde el siglo XIX, en que, con el ánimo de copiar el sistema de los Estados Unidos de América, de permitir que las diversas entidades de la Federación tuvieran la posibilidad de legislar en materia penal, no se estableció que el Congreso de la Unión estaba facultado para dictar leyes en dicha materia. De acuerdo con el sistema de que las facultades no reservadas a la Federación quedaban otorgadas a los estados, fue por lo que éstos, a partir de 1835 comenzaron a legislar en materia penal.

En la Constitución de 1857 la Federación tampoco se reservó el derecho de legislar en materia penal; así el artículo 117 establecía: “Que las facultades que no están espresamente (*sic*) concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden

reservadas a los Estados”, y toda vez que en el artículo 72 no se señaló para toda la República, se entendió que esta materia se reservaba para cada entidad federativa.

Además el artículo 40 de dicha Constitución estableció que la Federación está compuesta por “Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior”, lo que significó que en materia penal las entidades federativas tenían el derecho de legislar en materia penal.

En tales condiciones, encontramos como el primer Código Penal que rigió en la República Mexicana, el del Estado de Veracruz, de 1835 y más tarde, para el mismo Estado de Veracruz-Llave, otro de 1869. En 1871 se promulga el primer Código Penal para el del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación.

Y todo se originó desde la Constitución de 1857 en la que la Federación no se reservó el derecho de legislar en materia penal, como aconteció en materia de comercio. En efecto, con el fin de imitar a los Estados Unidos de América, se dejó que las diversas entidades de la Federación pudieran legislar en el aspecto penal.

Y así al finalizar el siglo XIX, otros Estados de la República mexicana, también promulgaron sus propios códigos penales.

I. El panorama de las codificaciones en materia penal en el siglo XX, en Europa.

Así como lo hicimos respecto del siglo XIX, estimamos pertinente referirnos a la situación de las diversas legislaciones penales en Europa, en el siglo XX y, en consecuencia, las que rigen en la actualidad en estos primeros años del siglo XXI.

Con el fin de evitar inútiles repeticiones, podemos afirmar que todos los países europeos en el siglo XX tuvieron un solo Código Penal en sus respectivos territorios.

Así, en Francia sigue rigiendo en todo su territorio el Código Penal de Napoleón de 1810, con múltiples modificaciones.

En España rigió en todo su territorio el Código Penal de 1928. Posteriormente al triunfo de la República, en 1932 se repone el an-

tiguo Código Penal de 1870, que rige hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1944. Más tarde, en 1963 entra en vigor el texto refundido del Código Penal Español y en 1996 entra en vigor un nuevo Código Penal que rige en la actualidad.

En Alemania, durante la primera mitad del siglo XX siguió rigiendo el Código Penal de 1871, con variadas reformas. Al finalizar la segunda guerra mundial, la República Federal Alemana, después de varios lustros de elaborar proyectos, puso en vigor un Código Penal que entró en vigor en 1975, compuesto de una nueva parte general y de una parte especial que en sus bases se sigue remontando al Código Penal de 1871.

Por su parte, la República Democrática Alemana puso en vigor su propio Código Penal de 1968.

Al reunificarse la República Federal Alemana con la República Democrática Alemana, se aplica en todo el territorio alemán el Código Penal de 1975, que rige en la actualidad.

En Suiza, fue necesario que transcurrieran cincuenta años para poner en vigor en 1937 un solo Código Penal para toda la Confederación Helvética.

En este aspecto, la Confederación Helvética es un ejemplo para México, pues está formada por 25 cantones, con cuatro lenguas oficiales, varias religiones, gran diversidad de usos y costumbres y, sin embargo, se encuentran unidos por un solo Código Penal, por el que se luchó durante más de medio siglo.

II. El panorama de las codificaciones en materia penal en el siglo XX, en América.

Así como lo hicimos respecto del siglo XIX, estimamos pertinente referirnos a la situación de las diversas legislaciones penales en América, en el siglo XX y, en consecuencia, las que rigen en la actualidad en estos primeros años del siglo XXI.

1. Por lo que se refiere a América, la casi totalidad de los países tuvo y tiene un solo Código Penal. Las dos únicas excepciones son los Estados Unidos de América y México.

En los Estados Unidos de América, cada una de las entidades

tuvo y tiene la facultad de legislar en las materias más diversas: bancaria, mercantil, civil, hidrocarburos, electricidad, religiosa y, por supuesto, en la legislación penal.

Unos estados establecen la pena de muerte, otros no; en unos la pena de muerte se ha ejecutado en la horca, en la silla eléctrica, en la cámara de gas o con inyección letal; unos estados disponen pena de prisión acumulable que puede llegar a 200 o 300 años.

2. En especial, es un ejemplo para México la Federación de los Estados Unidos de Brasil, en la que 21 Estados, 4 territorios y 1 Distrito Federal tienen un solo Código Penal para todo Brasil.

3. Por lo que se refiere al siglo XX en México, hemos tenido un verdadero mosaico de códigos penales en toda la República. No ha habido uniformidad, ni unidad, ni concierto en todos ellos.

Sobre el particular, estimamos pertinente referirnos a diversos aspectos, como sigue:

a) En el ámbito constitucional. Las disposiciones de los artículos 16 y 20 de la Constitución federal han sido interpretadas en las más diversas formas por los Estados de la República, que algunos han acatado y otros han ignorado total o parcialmente.

Basta con el ejemplo del artículo 16 que establece los requisitos para librar orden de aprehensión. Nunca existió un criterio uniforme acerca de los elementos para librar orden de captura. Fue hasta la reforma de 1993 en que se precisó que debían existir “datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal”, lo que daba mayor solidez y seguridad a dichos mandatos de captura. Sólo algunos códigos reformaron sus disposiciones para ponerlos de acuerdo con dicha modificación.

Sin embargo, en 1999 se reformó de nuevo dicho párrafo para establecer que “existan datos que acrediten el cuerpo del delito”, lo que ha producido grave desconcierto en todos los Estados de la República, dado que no existe un criterio uniforme sobre el tema, pues el constituyente permanente dejó que cada uno de los Estados y el Congreso Federal dilucidaran y definieran los elementos que constituyen el cuerpo del delito o, por lo menos, los que se necesitan para acreditarlo.

De este modo, el Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 168 lo que en materia federal se entiende por cuerpo del delito; mientras que en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, de aplicación local, el cuerpo del delito se tiene por acreditado con elementos diferentes a los previstos en la legislación federal.

b) La pena de muerte. Sobre el tema el panorama no puede ser más sombrío, pues mientras el Código Penal de 1929 suprimió la pena de muerte para el Distrito Federal y para los delitos federales, algunos códigos decidieron también erradicarla, pero otros la conservaron durante muchos años.

El Código Penal de 1931 continuó la sana decisión de su antecesor de 1929 y eliminó de su catálogo de penas la de muerte. Empero diversos códigos de Estados de la Federación mantuvieron dicha pena durante largo tiempo. Así, el Estado de Chihuahua y el de Nuevo León la mantuvieron hasta aproximadamente hace 20 años. En la actualidad ningún Estado de la República tiene pena de muerte.

En cambio el Código de Justicia Militar establece la pena de muerte, nada menos que para 69 delitos. Tengo entendido que los tribunales militares siguen dictando sentencias condenatorias de muerte que, en cierto modo, ratifica la Suprema Corte de Justicia al negar el amparo de la justicia federal por tratarse de delitos muy graves. Y el Presidente de la República otorga indultos y las sentencias de condena de muerte no se cumplen. Pero el hecho es que todavía tenemos tan oprobiosa pena en México.

c) La pena de prisión. Por cuanto hace a la pena de prisión no puede ser más variada la forma en que se establece para la mayoría de los delitos. Así en algunos Estados el máximo de la pena es de 30 años, en otros 40, 50 y hasta 60.

d) La minoría de edad penal. En materia de menores el panorama es catastrófico: en unos Estados la mayoría de edad penal se alcanza a los 16 años, en otros a las 17 y en unos más a los 18 ¿Puede encontrarse mayor disparidad en un solo país? Además, los Estados de la República que consideran penalmente responsables a

los menores de 18 años violan los derechos establecidos en su favor por la Convención de los Derechos del Niño que precisa en su artículo primero: “Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. La citada Convención fue firmada por el Ejecutivo Federal y ratificada por el Senado de la República y, por tanto, adquirió el carácter de Ley Suprema de toda la Unión, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución federal.

e) La disparidad de penas para los mismos delitos. En algunos Estados ya no existe el delito de injuria y en otros todavía se conserva. En ciertas entidades de la Federación ya se erradicó del catálogo de delitos el adulterio, pero en otros todavía existe.

Es increíble que en el Código Penal Federal aún se encuentre catalogado como delito. ¿Alguien me podría presentar un ejemplo de adulterio federal, en el que los actores lo realizaran en ejercicio de sus funciones federales?

El homicidio simple doloso tiene prisión de 12 a 24 años si es del orden federal y, en cambio recibe de 8 a 20 años si es del orden común.

El delito de fraude se persigue a querella de parte ofendida en materia federal y en el Distrito Federal. En cambio, en otros lugares de la República el mismo ilícito se investiga de manera oficiosa por el Ministerio Público y, por tanto, no existe la posibilidad de que el ofendido otorgue el perdón.

De acuerdo con el artículo 20 fracción I de la Constitución federal, el inculcado puede obtener su libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no sea acusado por un delito calificado como grave. De este modo tenemos tantas clasificaciones de delitos graves como códigos procesales existen.

Por ejemplo, en materia federal hay un catálogo de delitos graves en el artículo 194 del Código adjetivo federal. Sin embargo, en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal la clasificación de delitos graves depende del término medio aritmético de la pena de prisión prevista para el delito de que se trata.

De este modo, en la Ciudad de México una persona que comete un fraude por un millón de pesos puede obtener su libertad provisional bajo caución, siempre y cuando el delito sea de la competencia de los tribunales federales. Por el contrario, si el mismo sujeto tiene la desventura de que su conducta sea de la competencia del fuero común, dado que el término medio aritmético de la pena excede de 5 años de prisión, no podrá obtener su libertad provisional bajo caución y, por tanto, deberá permanecer recluido preventivamente durante su proceso.

Un ejemplo impresionante es el de los delitos de privación ilegal de la libertad que son regulados en las formas más diversas por los códigos penales de los Estados de la República.

Concretamente el delito de secuestro se sanciona con años de pena de prisión en los siguientes Estados: en Aguascalientes de 10 a 40; en Baja California de 20 a 40; en Baja California Sur de 8 a 20; en Coahuila de 16 a 40; en Colima de 10 a 25; en Chiapas de 15 a 40; en Chihuahua de 20 a 40; en Durango de 10 a 50; en el Estado de México de 30 a 50; en Guanajuato de 10 a 20; en Guerrero de 20 a 50; en Hidalgo de 5 a 20; en Jalisco de 25 a 35; en Michoacán de 10 a 25; en Morelos de 15 a 40; en Nayarit de 20 a 50.

¿Podemos imaginar mayor inequidad y desorganización legal?

f) En materia mercantil, desde 1889 tenemos un Código de Comercio que rige en la actualidad, tanto en la Federación como en los Estados de la República. Así, las instituciones jurídicas como los contratos mercantiles, la comisión mercantil, el depósito mercantil, los seguros, la prenda mercantil, el cheque, el pagaré y muchos otros más, son regulados para aplicarse en toda la República Mexicana y se aplican tanto por los tribunales de la Federación como por los tribunales del orden común.

Y nadie se ha desgarrado las vestiduras afirmando que los temas del comercio deben pertenecer a cada Estado de la Federación, de manera que cada uno pudiera emitir sus propios Códigos de Comercio y así tendríamos tantos Códigos de Comercio como Estados de la República existen.

g) En el siglo XIX, los Estados de la República tuvieron la posibilidad de legislar en materia del trabajo y tenemos conocimiento que algunos lo hicieron; pero fue justamente hasta 1929 cuando se reformó la Constitución para otorgarle el carácter federal a la materia laboral y así entró en vigor la Ley Federal del Trabajo en 1931.

La aplicación de dicha ley se ha realizado sin problema alguno, por parte de las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje y las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje de los diversos Estados de la República.

Podemos imaginarnos el caos que sería México si los Estados de la República legislaran en materia del trabajo y que algunas entidades de la Federación decidieran establecer la jornada semanal de 40 horas y otras de 35 y unas más de 50 horas; que se regularan en forma distinta: el trabajo de las mujeres, de los menores, de las jornadas diurnas y nocturnas, de las vacaciones, de los aguinaldos, de las huelgas, de los paros.

Pero nosotros, en una materia tan importante, como lo es la vida y la libertad de las personas, mantenemos esa injustificable e injustificada reserva para cada uno de los Estados de la República y así tenemos en la actualidad 31 códigos penales por cada entidad, un Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, un Código Penal Federal y un Código de Justicia Militar, o sea 34 Códigos Penales. Y además, un código de procedimientos penales para cada uno de ellos.

Todo lo anterior me lleva a continuar proponiendo la urgente necesidad de tornar federal la legislación penal para toda la República Mexicana, igual que acontece con la materia laboral, la mercantil, la bancaria y tantas otras más. En tal forma, debemos elaborar y poner en vigor un Código Penal de aplicación en toda la República, tanto para el fuero Común como para el Federal, como acontece con la Ley Federal del Trabajo. Así se podrá combatir de modo más eficaz la delincuencia y tener una mejor procuración e impartición de justicia.

La transformación del papel procesal de la víctima u ofendido en la reforma constitucional del año 2000

Jorge Humberto Álvarez Moreno
Defensor Público Federal

I. INTRODUCCIÓN

En México subsiste, a pesar de los meritorios esfuerzos de reforma constitucional y legal, una concepción impropia del carácter de pena pública de la reparación del daño, tan sólo atribuible a un resabio del positivismo criminológico, que incluyó a la víctima y a la reparación, entre las funciones y tareas del derecho penal, comprendiendo como lo hacen actualmente los artículos 29 y 34 del Código Penal Federal, la reparación del daño con el carácter de pena pública.¹

En parte como resultado visible de esta concepción en la práctica procesal penal, han existido frases concretas (que inclusive ya son clásicas de la literatura penal) con las que se ha caracterizado la posición de la víctima u ofendido bajo esa perspectiva.

Así se ha dicho como es de sobra conocido, que la víctima pasó

¹ Así, con especial referencia a la previsión del art. 29 del Código Penal Argentino, Maier, Julio B. J. *La Víctima y el Sistema Penal*, en *De los Delitos y de las Víctimas*, página 187, Editorial Ad-hoc, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2001. Este tratamiento de pena pública de la reparación del daño, ha sido calificado de “desacertado”. García Ramírez, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*, página 124, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1994. Agrega el autor que en este punto, el Código Penal de 1931 ha resistido los pocos intentos de reforma que han buscado reencauzar el régimen del resarcimiento que mantiene al ofendido en una posición mediatizada por el M.P. en lo que concierne al único derecho, propiamente, que le asiste fuera de toda duda con respecto al procedimiento penal: obtener por este conducto el resarcimiento. *Op. Cit.*, página 125.

a ser el “convidado de piedra” del sistema penal,² o bien, en nuestro ámbito, prudente es siempre recordar como lo ha hecho atingentemente Sergio García Ramírez, las palabras de Carlos Franco Sodi, a propósito de este sujeto de la relación procesal, al que la construcción procesal mexicana, afiliada a la idea de que el proceso penal es un enjuiciamiento público a ultranza, no admite la intervención protagónica de los particulares sin misión oficial, caracterizándolo como un “nadie” dentro del procedimiento penal.³

Y es que, en nuestro país se ha seguido al pie de la letra, un modelo que considera a la reparación del daño como sanción penal, entendida acriticamente como consecuencia jurídica del hecho punible impuesta en el proceso penal.⁴

Sin abundar en las consecuencias de orden teórico y práctico que el seguimiento de tal modelo ocasiona, conviene a los efectos del presente estudio destacar únicamente que, en definitiva, los resultados en el proceso penal en orden a la protección de los intereses de la víctima o el ofendido por el delito, han sido a todas luces insatisfactorios, al asignarse a la reparación del daño el carácter de pena pública, lo que indisolublemente conlleva dejar al ofendido en un plano secundario, despojándolo del rumbo y el fin de la reparación del daño, para trasladarlos a la esfera del autor del delito.⁵

² Maier, Julio B.J., *Op. Cit.*, página 186. El autor en cita va más allá cuando señala que “*El Derecho Penal en su conjunto, casi se podría decir, era ‘enemigo de la víctima’*”, página 193. Queralt, Joan J. *Víctimas y Garantías: Algunos cabos sueltos*. A propósito del Proyecto alternativo de reparación, en “*Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*” (*Libro Homenaje a Claus Roxin*), página 159, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, señala que la víctima es la gran olvidada en la práctica penal cotidiana, afirmación que se ha convertido ya en tópica.

³ García Ramírez, Sergio. *La reivindicación del ofendido: un tema de la justicia penal*. Revista Mexicana de Procuración de Justicia, página 15, volumen I, número 1, México, Febrero de 1996.

⁴ Hirsch, Hans Joachim. *La Reparación del Daño en el marco del Derecho penal material*, traducción de Elena Carranza, en *De los Delitos y de las Víctimas*, página 59, Editorial Ad-hoc, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2001. Y en nota 14, señala que este sistema “se encuentra además en el derecho penal de México”.

⁵ En este sentido lo indica ya, Winfried Hassemer: “En cualquier caso, el Derecho penal está unilateralmente *orientado hacia al autor del delito*”. Agregando que “las víctimas son tomadas en cuenta tan sólo desde el punto de vista del autor del delito, como meros puntos de referencia de la intervención estatal y de la exigencia de responsabilidad penal...”. (cursivas en el texto original). *Fundamentos del Derecho Penal*, página 89, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984.

Ello es así, porque bajo la concepción de la reparación del daño con el carácter de pena pública, es preciso reconocer que a la luz del fin que el artículo 18 constitucional asigna al sistema penal (es decir, al sistema de “penas” entendidas como consecuencias jurídicas del delito), orientado a la readaptación social del delincuente, considerar a la reparación del daño como “pena pública”, evidencia que su establecimiento tiene un objetivo preponderantemente dirigido a la prevención especial y por tanto, hacia el autor del delito, y no como debiera serlo, hacia la víctima u ofendido que es su indiscutible titular.

Bajo esa óptica no es extraño y resultan hasta cierto punto comprensibles, los motivos por los que el ofendido por el delito ha desempeñado un papel secundario y relegado en el proceso penal durante la mayor parte del siglo pasado y, en menor medida y con buenos augurios, en los primeros años del presente.

No es tampoco extraño por las mismas razones, que la suerte del ofendido en el proceso penal, ha seguido siempre y en el mejor de los casos, a la de la pretensión punitiva estatal, representada y encarnada en la figura del ministerio público e inevitablemente condenada también a sus “inercias” y “caprichos”, convirtiendo con ello al ofendido en un simple espectador del drama procesal penal, o como lo señala Eser, en *figura marginal* del procedimiento penal.⁶

En esas condiciones, el “tema de moda”⁷ en la literatura penal y

⁶ Eser, Albin. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias Nacionales e Internacionales*, traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba., en *De los Delitos y de las Víctimas*, página 16, Editorial Ad-hoc, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2001. En idénticos términos, Hassemmer, W. *Op. Cit.*, página 100, “la posición de la víctima es marginal...”.

⁷ Hirsch, Hans Joachim. *Op. Cit.*, página 55. Queralt, Joan J. *Víctimas y Garantías: Algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación*, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, página 145, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, para quien, en los últimos tiempos, se viene prestando especial atención a la posición de la víctima en la estructura delictual. De igual manera, Maier, Julio B. J., *Op. Cit.*, página 185, destaca la “nueva ola” político criminal cuando se habla de la víctima o el ofendido, la cual está por primera vez en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Y Hirsch, Hans Joachim, quien va más allá señalando que la euforia fijada en la resocialización del autor, de los años sesenta, fue remplazada, entretanto, por la euforia que recae sobre la víctima. *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico penales*, traducción de Julio B. J. Maier y Daniel R. Pastor, en *De los Delitos y de las Víctimas*, páginas 93 y- 94, Editorial. Ad-hoc, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2001.

procesal penal, es el redescubrimiento o el renacimiento de la víctima, que se debe no sólo al panorama anteriormente expuesto, sino también al olvido práctico del ofendido como sujeto procesal en el proceso penal, así como a la deficiente regulación de su papel procesal en el procedimiento penal y en el juicio de amparo; como también al nacimiento de disciplinas que reclaman autonomía entre las ciencias penales, concretamente la *victimología* y la *victimodogmática*.⁸

Debe advertirse como señala Maier, que la tarea de mejoramiento de la posición de la víctima no puede evitar el edificar una nueva concepción, e inclusive *“golpear y hasta derribar parcialmente, los fundamentos del sistema penal estatal y aún los de otras áreas de la vida jurídica: los fines expiatorios o preventivos de la pena y la función del Derecho Penal, la relación y los límites entre la pena estatal y el interés particular (Derecho Penal y Derecho Privado), los fines del procedimiento penal, la relación de los sujetos procesales entre sí, en especial, la de los órganos estatales con los intervinientes privados en el procedimiento, y la posición del imputado; de allí la dificultad para tomar decisiones y emprender un camino que opere prácticamente, pues hasta ahora las soluciones, en la práctica, no han rendido demasiados frutos”*.⁹

Esto es, resulta evidente que para rescatar a la víctima u ofendido de su opacidad en el procedimiento penal y aspirar al objetivo de dotarlo de instrumentos jurídicos efectivos y complementarios a su carácter adhesivo o coadyuvante del ministerio público, conviene superar no pocos paradigmas jurídicos que operan aún con destacada fuerza, tanto en la literatura nacional como en la jurisprudencia, y que en nuestra opinión, se encuentran abandonados por el constituyente permanente en los documentos que integran el proceso legislativo que desemboca en la creación de un apartado “B” en el artículo 20 constitucional.

⁸ Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª. Edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, página 524, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000. En igual sentido, De Vicente Remesal, Javier. *La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho Penal Español: Posibilidades actuales y perspectivas de futuro*, en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal” (*Libro Homenaje a Claus Roxin*), páginas 175 y 178, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

⁹ Maier, Julio B. J. *Op. Cit.*, página 193.

Pero en el aspecto concreto de la reparación del daño, la inquietud de estas líneas se centra sobre las nuevas posibilidades de defensa jurídica activa que el ofendido puede plantear en el proceso penal y más específicamente en el juicio de amparo. La hipótesis central de este trabajo, se detiene a considerar que el movimiento reformista constitucional iniciado en el año de 1993 y profundizado en la reforma del año 2000, en lo relativo al reconocimiento y posterior desarrollo del contenido y extensión de los derechos del ofendido o víctima del delito, elevados al rango de garantía constitucional, y la jurisprudencia que ha derivado en consecuencia, han ocasionado la obsolescencia de la regulación secundaria que al respecto previene la Ley de Amparo, concretamente nos referimos al contenido de su artículo 10, que a nuestro juicio ha quedado a la zaga de la nueva configuración de los derechos del ofendido, particularmente el relativo a la reparación del daño, no siendo impensable la idea de que a la luz del nuevo marco constitucional y legal, su contenido acusa evidente inconstitucionalidad. Por otro lado, creemos que en todo caso, debe considerarse también tácitamente derogado el artículo 10 de la Ley de Amparo, por las previsiones contenidas en el apartado “B” del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en el peor de los casos, debe optarse por una solución de compromiso, que respetuosa del principio de conservación de las normas, reconozca una interpretación del precepto en cuestión, que se ajuste al contenido y extensión de la garantía a la reparación del daño en su dimensión constitucional vigente.

Es pertinente aclarar por último, que en el presente trabajo, no se toca un punto álgido y de la mayor relevancia en la actual discusión sobre la reparación del daño, como alternativa para sustituir o inclusive eliminar la aplicación de la pena en un sistema de composición privada del conflicto; tema éste que ensaya perspectivas futuristas e inclusive bajo la óptica de posturas abolicionistas sobre un más extenso papel de la reparación del daño. En consecuencia, nos centramos exclusivamente sobre el análisis de las nuevas posi-

bilidades de intervención procesal que asisten al ofendido para lograr la reparación del daño, a la luz de su reconocimiento constitucional como garantía individual, cuyo objetivo es hacer realidad un pleno equilibrio entre las posibilidades procesales del imputado y el ofendido. Bajo la anterior precisión, en palabras de Maier, nos concretamos a analizar tan sólo un aspecto de los temas relativos *al ingreso de la reparación al sistema y no de la abolición del sistema mismo*.¹⁰

Únicamente cabe recordar aquí, que al menos en el derecho penal material y procesal federal, la reparación del daño, no obstante tener el carácter de pena pública por proclama legal, no juega ningún papel en referencia a la individualización penal de la consecuencia jurídica que se asocia al delito en el ámbito del autor, pues ni el artículo 52 del Código Penal Federal, ni el 146 del Código Federal de Procedimientos Penales, otorgan relevancia alguna al hecho de que el daño sea reparado con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia, limitándose a ordenar al juzgador que en uso de su arbitrio judicial, considere la “calidad” de la víctima o de las personas ofendidas.

Creemos que ello resulta hasta cierto punto incongruente con la consideración de la reparación del daño como pena pública, que si bien no se toma en consideración para la individualización de la pena, sí se exige para la procedencia de la substitución y la conmutación de sanciones y para el otorgamiento de la condena condicional y la libertad preparatoria,¹¹ dejando un campo que de *lege ferenda*, debiera servir para estimar disminuciones en el *quantum* de la pena privativa de libertad y otras, o bien inclusive, para traducirse en un sustitutivo de éstas, si es que verdaderamente se pretende que la reparación del daño, considerada pena pública, participe de los fines que constitucionalmente se asignan a la pena y sea factor que incida en el logro de la readaptación del autor del delito.

Es por ello que sería del mayor interés político criminal, explorar como opción de reforma legislativa en la materia, la posibilidad

¹⁰ Maier, Julio B. J. *Op. Cit.*, página 209.

¹¹ Destaca una situación similar en Alemania, Hassemer, W., *Op. Cit.*, página 92.

de asignar mayores consecuencias jurídicas favorables al autor del delito por reparar el daño ocasionado, y no considerar su satisfacción únicamente, como requisito para la procedencia de beneficios penales.¹²

En ejercicio de esta idea se inscribe el contenido del último párrafo del artículo 421 del Código Penal Federal que ya otorga efectos *-aunque reservados para el caso del delito ambiental-*, a la reparación del daño en la consideración de la pena individualizada, al establecer:

*“Siempre que el procesado repare el daño voluntariamente sin que se haya resuelto dicha obligación por resolución administrativa, las punibilidades correspondientes a los delitos cometidos, serán las resultantes de disminuir en una mitad los parámetros mínimos y máximos contemplados en este Título”.*¹³

El espacio para ensayar soluciones de esta especie, que utilicen criterios de oportunidad inscritos en la idea de la reparación del daño como pena pública y con efectos de carácter preventivo especial en el autor, derivados de su voluntario resarcimiento del daño causado y reflejo de su corrección, pueden observar muchas otras construcciones legales, constitutivas por así decirlo, de un prolífico “caldo de cultivo” para el legislador, que inclusive pueden acarrear la suspensión o el sobreseimiento del procedimiento penal o la eliminación de la consecuencia jurídica principal o accesoria asociada a la comisión del delito, a manera de excusa absolutoria o condición objetiva de punibilidad.

¹² Sobre la consideración de la reparación del daño para la determinación de formas sustitutivas de la pena privativa de libertad en derecho español, véase: De Vicente Remesal, Javier. *Op. Cit.*, páginas 185 y 186 y nota 31 y Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*, páginas 253 y 254, Tercera Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996. Más ampliamente, Roxin, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en *De los Delitos y de las Víctimas*, Editorial Ad-hoc, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2001. Concreciones legislativas primarias de esta idea, ya se observan a nuestro juicio en el Código Fiscal de la Federación, en lo relativo al entero espontáneo del monto defraudado en los delitos de defraudación fiscal y sus equiparados de los artículos 108 y 109, si bien aquí la reparación del daño opera en un momento ubicado fuera del inicio del procedimiento penal y aún más, de la formulación de la querella.

¹³ Como aquí, Maier, Julio B. J. *Op. Cit.*, página 2013, nota marginal 47.

II. EL DESARROLLO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Ahora bien, la reforma constitucional de los años 1993 y 2000, ha reconocido con jerarquía de derechos fundamentales, los derechos de la víctima u ofendido por el delito, bajo una visión de un modelo netamente garantista, y muy en concreto por lo que a la reparación del daño se refiere. Haciéndose eco de la nueva regulación constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció el carácter de garantía individual de la víctima u ofendido,¹⁴ al derecho a la reparación del daño, a la luz ya inclusive, del texto constitucional reformado en 1993:

REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE AFECTEN ESE DERECHO, ÚNICAMENTE POR LO QUE A ESE ASPECTO SE REFIERE Y SIEMPRE QUE CONTRA ÉSTAS NO PROCEDA MEDIO ORDINARIO ALGUNO DE DEFENSA. Si de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el derecho del ofendido o de la víctima de algún delito a obtener la reparación del daño, fue elevado a rango de garantía individual y toda vez que la protección de ésta debe ser inmediata, resulta inconcuso que la autoridad jurisdiccional está obligada a respetarla y, por tanto, en contra de las resoluciones dictadas en segundo grado o en los incidentes de reparación o de responsabilidad civil que afecten aquel derecho, el ofendido o la víctima de algún delito que tengan la expectativa legal de dicha reparación están legitimados para promover el juicio de amparo, únicamente por lo que al aspecto de la afectación se

¹⁴ Lo destaca en referencia a la reforma constitucional de 1993, García Ramírez, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*, página 118, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

refiere y siempre que contra ellas no exista medio ordinario alguno de defensa. Lo anterior se robustece si se toma en consideración que conforme al criterio de este Alto Tribunal contenido en la tesis P. CLXVI/97, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, página 111, de rubro: “ACCIÓN PENAL. LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, SON SUSCEPTIBLES DE VIOLAR GARANTÍAS INDIVIDUALES Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO”, el espíritu que impulsó el decreto de reformas al diverso artículo 21 de la citada Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, estuvo inspirado en la necesidad de crear instrumentos regulados por normas y criterios objetivos, a fin de controlar la legalidad de los actos de autoridad sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, que afectaren los derechos del ofendido o de la víctima de algún delito, entre los que se encuentra el de obtener la reparación del daño.

Tesis: 1a./J. 103/2001, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: XIV, diciembre de 2001, página: 112.

Más recientemente, los Tribunales Colegiados hacen eco de la jurisprudencia definida de la Primera Sala, en el siguiente precedente:

REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA DE APELACIÓN QUE CONFIRMA LA ABSOLUCIÓN DEL SENTENCIADO A SU PAGO. Del criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenido en la jurisprudencia 1a./J. 103/2001, sustentada al resolver la contradicción de tesis 94/2000-PS, de rubro: “REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN

DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE AFECTEN ESE DERECHO, ÚNICAMENTE POR LO QUE A ESE ASPECTO SE REFIERE Y SIEMPRE QUE CONTRA ÉSTAS NO PROCEDA MEDIO ORDINARIO ALGUNO DE DEFENSA”, que aparece publicada en la página 112 del Tomo XIV, diciembre de dos mil uno, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, se estableció que de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el derecho a obtener la reparación del daño fue elevado a rango de garantía individual, que la autoridad jurisdiccional está obligada a respetar y contra las resoluciones dictadas en segundo grado o en los incidentes de reparación o de responsabilidad civil que afecten aquel derecho, el ofendido o la víctima de algún delito que tenga la expectativa legal de dicha reparación están legitimados para promover el juicio de amparo, únicamente por lo que a ese aspecto se refiere y siempre que contra ellas no exista medio ordinario alguno de defensa, por lo que se arriba al conocimiento de que es por medio del amparo directo por el que debe reclamarse la sentencia pronunciada al resolver el recurso de apelación, siempre y cuando sólo se trate de la absolución del sentenciado respecto del pago de la reparación del daño decretado por el Juez de la causa penal.

Tesis: XXI.4o.5 P, Tribunales Colegiados de Circuito Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, XX, julio de 2004, página: 1794

Así las cosas, la creación de un Apartado “B” en el artículo 20 de la norma fundamental, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2000, continúa una tendencia legislativa iniciada por el Constituyente Permanente con

las reformas constitucionales del año de 1993, para reconocer, desarrollar y ampliar los derechos del ofendido o víctima del delito. Y es claro que la reforma del año dos mil amplía, sistematiza y agrupa con mayor acierto y mejor técnica, así como con una mayor claridad, los derechos que en nivel de garantía individual, asisten al ofendido o a la víctima del delito.

Pero concretamente por lo que toca a la reparación del daño - *que por cierto en la nueva redacción contenida en la fracción IV del Apartado “B” del artículo 20 constitucional se establece de manera más categórica y sin condicionamiento alguno, a diferencia de lo que señalaba la redacción anterior del último párrafo del mismo artículo 20 constitucional, indicando que la reparación sea satisfecha “cuando proceda”-*, resulta de la mayor importancia efectuar en primer término, un puntual análisis del proceso legislativo que aterrizó la reforma por la que se agregó un Apartado “B” al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de conocer con la mayor claridad posible, la nueva perspectiva que enmarca la dimensión con la que el Constituyente Permanente considera al ofendido y sus derechos, para estar en posibilidad de efectuar una interpretación teleológica adecuada, del alcance que en el ámbito estrictamente procesal y de acceso al juicio de amparo, se otorga a la víctima o el ofendido por el delito, para “que se le repare el daño”. Un segundo análisis comprenderá, el estudio de las características propias y la naturaleza jurídica que la jurisprudencia ha delineado a propósito de la garantía individual del ofendido consistente en que se le repare el daño causado por el delito.

En consecuencia, es necesario destacar algunos aspectos significativos del desarrollo del proceso legislativo, plasmados en las exposiciones, minutas, dictámenes y discusiones que precedieron a la reforma constitucional publicada en septiembre del dos mil al artículo 20 constitucional, por ser los documentos legislativos los que desentrañan la *ratio legis* y el alcance, contenido, y espíritu del Constituyente Permanente, que animaron el “renacimiento”, o si se quiere, la “nueva posición jurídica” de

la víctima u ofendido,¹⁵ así como la nueva regulación de sus derechos. En primer lugar, se estableció la necesidad impostergable (y que no obedece por cierto a una mera consideración formal), de consignar en apartados diferentes del artículo 20 de la norma fundamental, las garantías individuales que dentro del procedimiento penal, asisten a ambos sujetos de la relación procesal o “partes”: inculpa-do en el Apartado “A” y víctima u ofendido, en el Apartado “B”.

En consecuencia, observamos dentro de la exposición de motivos de las iniciativas de reforma constitucional al artículo 20 presentadas por una parte, por diputados del Partido Revolucionario Institucional y, por la otra, por legisladores del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, aspectos de destacada relevancia, que denotan la firme intención de rescatar a la víctima de la ineludible “sentencia” a que el panorama anterior la condenaba, y que en palabras de Eser no es otra, que aquella situación en que se pasa “de ser víctimas del delito a ser víctimas, incluso, también del procedimiento penal”, recordando que aún está pendiente por escribirse una “historia de la víctima del hecho como víctima del procedimiento”.¹⁶

En las iniciativas de ambos partidos políticos destacan los siguientes pasajes, que contienen aspectos sobresalientes de la reforma al artículo 20 constitucional en materia de derechos de la víctima o el ofendido por un delito:

¹⁵ Conviene en este punto destacar, que no existe un sólido acuerdo de opinión sobre las diferencias o sinonimia entre los términos víctima y ofendido. Para Maier, Julio B. J., se habla de *víctima* en el Derecho penal y de *ofendido* en el Derecho procesal penal, siendo ambas denominaciones, sin embargo, utilizadas como sinónimos *Op. Cit.*, páginas 185 y 192. Guillermo Colín Sánchez establece que por *ofendido*, cuyo término es usual en el campo del Derecho de Procedimientos Penales y que es necesario diferenciar del concepto víctima del delito, se entiende a la persona física que resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el Derecho penal. Y por víctima debe entenderse a aquél que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito. *Derecho de Procedimientos Penales*, página 211, Décimo tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1992. Aquí en definitiva se estaría trazando una diferencia específica y personal que imposibilitaría el uso como sinónimos de ambos vocablos, lo que para García Ramírez, no obstante apuntar que el término ofendido es más estrecho que el de víctima que es una noción más amplia, de emplearse en la Constitución como sinónimos o equivalentes, hubiera bastado con hablar de ofendido, que es, con la mayor probabilidad, el sujeto al que se refiere la disposición. *Op. Cit.*, página 120.

¹⁶ Eser, Albin. *Op. Cit.*, página 17.

A).- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA INICIATIVA DE REFORMAS AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, PRESENTADA POR DIPUTADOS PERTENECIENTES AL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI EL 28 DE OCTUBRE DE 1997:

“Los derechos y objetivos públicos reconocidos en materia procesal penal, que originalmente se referían sólo a los inculpados, se han ampliado progresivamente a la víctima u ofendido del delito tanto en el texto constitucional federal como por la legislación secundaria. Esta acción refleja la sensibilidad de los órganos del Estado y de la sociedad frente a los fenómenos de impunidad y a los efectos del delito sobre la víctima, dando lugar a que ésta tenga mayor participación en el procedimiento penal con el fin de ser restituida o compensada”.¹⁷

“Con base en la disposición mencionada, tanto en el ámbito federal como en el común, se ha venido legislando para darle vigencia y precisión a la reforma constitucional y *en algunos casos se han establecido instituciones y mecanismos para garantizarle a la víctima del delito el ejercicio de sus derechos; sin embargo, los alcances de los ordenamientos, de las instituciones y servicios tendientes a procurarle una protección integral, como consecuencia de la reforma citada, no han tenido los efectos esperados*”.¹⁸

“El sistema de justicia penal se ha modernizado, pero debemos admitir que el afectado o víctima del delito no está todavía en posibilidad de ejercer plenamente los derechos que se le han reconocido, *por lo que es necesario profundizar la reforma constitucional de 1993, ampliando el dispositivo que tutela a la víctima del delito*, modificando la redacción del artículo 20 constitucional, incorporando un catálogo completo de garantías referidas, específicamente a los afecta-

¹⁷ En este punto, la doctrina reconoce progresivamente la necesidad de “saludar enérgicamente que la política criminal haya dirigido su atención nuevamente a la víctima”. Hirsch, Hans Joachim. *Op. Cit.*, La Reparación del Daño..., página 89.

¹⁸ En este sentido, véase Eser, Albin. *Op. Cit.*, páginas 17 y 18, quien destaca que en los últimos años, el restringido rol del ofendido es percibido como insatisfactorio, añadiendo en referencia a la legislación alemana (Primera Ley para el Mejoramiento de la Situación del Ofendido en el Procedimiento Penal [Ley de Protección a la Víctima]) que la misma ha resultado insuficiente si bien constituye un primer paso y una señal para ulteriores leyes de protección.

dos por las autoridades delictivas”.¹⁹

“Con absoluto respeto a la vigencia de los principios históricos y doctrinales que justifican la naturaleza y actuación del Ministerio Público, la realidad irrefutable de la situación que guarda en el proceso el ofendido, mueve a consideración de la ley y la consecución de los fines de la justicia penal, *que la víctima debe intervenir dentro del proceso como parte con una serie de prerrogativas que precisen o amplíen las que actualmente tiene*,²⁰ para lo cual proponemos que el

¹⁹ En igual sentido, Eser, Albin. . *Op.Cit.*, página 31, cuando señala que el ofendido asciende, cada vez más, de su papel tradicional de mero medio de prueba (testigo), al de sujeto procesal, conformador del procedimiento penal; comparte esta opinión, Hassemer, W., *Op. Cit.*, página 92. Y Hirsch, Hans Joachim. *Op. Cit.*, La reparación del daño... página 56, enfatizando que el reclamo es que se mejoren las posibilidades del ofendido de obligar a la realización del proceso penal, y también, *de su participación activa en él*. No obstante, en diverso artículo, el propio autor parece ver como punto neurálgico, que la atención se dirija sobre la construcción de facultades procesales activas, citando como ejemplo, la participación del ofendido en el proceso penal, concluyendo, finalmente, que a su juicio, no obstante lo saludable de considerar de nuevo al ofendido en el campo de visión político criminal, ello no debe tratar de ampliar sus facultades a costa de los justos derechos y garantías procesales del autor, ni tornar borrosa la diferencia entre Derecho penal y Derecho civil resarcitorio. *Op. Cit.*, Acerca de la posición... páginas 97, 127 y 128. Pero a nuestro parecer, es Hassemer, W., quien enuncia esta idea como si tuviera frente a sí la penosa realidad que actualmente vive nuestro país cuando señala: “La perspectiva de la víctima es una importante variable políticocriminal que en tiempos de miedo exasperado a la delincuencia, es decir, tiempos en los que la gente es propensa a verse como futura víctima de robos, asaltos o secuestros, presiona sobre el legislador penal”. *Op. Cit.*, página 90.

²⁰ Al respecto, Maier, Julio B. J. *Op. Cit.*, páginas 192 y 237, relaciona las siguientes prerrogativas, la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial (por delito de acción pública), juntamente con el ministerio público o adheriéndose a su persecución, entre nosotros similarmente, la coadyuvancia; admitir su necesidad de conocer y controlar la clausura del procedimiento y el correcto ejercicio de los deberes de persecución penal por parte del ministerio público, lo que entre nosotros es una realidad con la reforma al párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, y la adición de una fracción III y una fracción VII a los artículos 10 y 114, respectivamente, de la Ley de Amparo; de ampliar el ámbito de los delitos que él persigue, autónomamente, ensanchando el marco de valor de la autonomía de su voluntad, que por cierto es una saludable medida de política criminal que contribuye a la descongestión de la creciente inflación penal; de mejorar su posición como actor civil dentro del procedimiento penal, y, por fin, de la creación de ciertos institutos procesales (suspensión del procedimiento a prueba) que privilegien la reparación a él debida, antes que la reacción penal, al menos en delitos de importancia media y leves (véase nota 11); por último, agrega este autor la posibilidad de explorar en un futuro inmediato, la posibilidad de que por decisión judicial o interna del ministerio público, delegarle el ejercicio de la acción penal pública, bajo el control y supervisión de un órgano determinado del ministerio público, incluso prestando las garantías necesarias de que continuará la persecución penal hasta su finalización, como opera en el procedimiento penal de Guatemala, opción que difícilmente encontraría asidero en nuestro marco constitucional.

artículo 20 constitucional se forme con dos apartados: el apartado “A” relativo al inculpado con la redacción actual, a excepción del párrafo quinto de la fracción X, adicionado con una fracción XI que especifique: cuando el inculpado tenga derecho a la libertad provisional bajo caución, en términos de la fracción I, ésta deberá ser suficiente para garantizar el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados al ofendido y un apartado B relativo a la víctima del delito que contenga, además de los derechos y garantías que actualmente comprende el último párrafo de la fracción X del citado artículo, los siguientes: *que la víctima del delito sea parte del procedimiento penal*, proporcionando al ministerio público o al juez directamente, todos los datos o medios de prueba con que cuente para acreditar los elementos del tipo penal o establecer la responsabilidad del inculpado, según sea el caso, así como la procedencia y monto de la reparación del daño; considerar el derecho de la víctima del delito de estar presente en todas las diligencias y actos procesales en los cuales el inculpado tenga ese derecho; que el juez que conozca del procedimiento penal de oficio inicie el incidente de responsabilidad civil proveniente del delito, para hacer efectiva la reparación del daño en la ejecución de la sentencia y establecer un derecho de la víctima de solicitar, aun cuando no lo haya pedido el inculpado, la diligencia de careo”.

“Las reformas y adiciones que proponemos y que consideran a la víctima del delito como sujeto procesal, no atentan contra el principio rector que concibe al Estado como monopolizador de la actividad punitiva en el delito y titular único de la acción persecutoria o acusatoria, sino que tratan, en una posición de equilibrio, que la víctima adquiera un peso mayor en la prosecución de todo el procedimiento penal. Tampoco se pretende introducir conceptos de otras teorías que no han probado plenamente su eficacia en otros sistemas penales ni mucho menos alterar o modificar la relación jurídica que el sistema procesal penal mexicano reconoce entre el ministerio público, el inculpado y el juez”.

Destaca en la excitativa de reforma al constituyente permanente,

la medida político criminal y tendencia internacional de continuar elevando el aspecto protagónico en el procedimiento penal del ofendido, dejando atrás su papel de actor de reparto,²¹ así como el reconocimiento respecto a la insuficiencia de los esfuerzos emprendidos con anterioridad, lo que obliga a ampliar las prerrogativas que asisten a la víctima en la secuela del procedimiento y profundizar el contenido de los derechos de estos sujetos procesales.

Lugar destacado ocupa sin duda, la consideración de la víctima u ofendido como sujetos procesales y partes en el procedimiento penal, lo que sin duda abre un abanico de posibilidades bastante amplio bajo la consideración de parte procesal, con todos los derechos y obligaciones que tal reconocimiento lleva por naturaleza jurídica propia.²²

De igual manera, es de la mayor relevancia considerar la existencia para el ofendido, de una posición de equilibrio (que no de equiparación) con el resto de los actores del proceso penal, sin que valgan ya las argumentaciones en contra de las que comúnmente se hacen eco doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que con tal “equiparación” de oportunidades procesales, se propicia la venganza y la retribución privada, auspiciando deseos de represalia por parte del ofendido,²³ como aún recientemente defendió alguna tesis jurisprudencial:

OFENDIDO, ACTOS QUE NO PUEDEN SER IMPUGNADOS EN EL AMPARO POR EL. De acuerdo con lo previsto por el artículo 5o. fracción III, inciso b) de la Ley de Amparo, los ofendidos o las personas que conforme a la ley tengan dere-

²¹ Maier, Julio B. J. *Op. Cit.*, página 218.

²² Así, Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, página 121, “los sujetos del procedimiento, quienes representan la cara visible del proceso penal alemán, son el imputado y su defensor, la fiscalía, el tribunal y el ofendido” este último, “cuya posición sólo en los últimos años se ha colocado en el centro del interés científico”.

²³ Véase las razones que al respecto expone Maier, Julio B. J. *Op. Cit.*, páginas 214 y siguientes, para no atender a este tipo de argumentos a los que frecuentemente se acude, destacando que no se ha comprobado empíricamente, que el ofendido supere otros límites diferentes a su legítimo derecho a obtener una disculpa del agresor y a que se le repare el daño causado, calificando la actitud contraria, como patológica, pero neutralizada además, por las reglas del procedimiento.

cho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, tienen el carácter de parte en el juicio de garantías que se haya promovido contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstos afecten dicha reparación o de responsabilidad; pero el juicio únicamente podrá ser intentado contra actos que se originen en el incidente de reparación del daño o de responsabilidad civil, o bien contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil, por disponerlo así expresamente el artículo 10 del ordenamiento legal citado. Así, es claro que tales hipótesis no tienen lugar cuando el acto reclamado lo constituye la sentencia de segunda instancia que confirma la absolución del acusado, porque la ley no permite a los ofendidos impugnar lo referente a la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado; puesto que el legislador no pretende auspiciar sentimientos de venganza y ha dejado para el Ministerio Público, como facultad exclusiva (artículo 21 constitucional), el ejercicio de la acción penal, resulta lógico que el ofendido carezca de dicha acción y, por consiguiente, que en relación con los juicios de amparo en materia penal en que el ofendido no sea precisamente el quejoso, sólo le asista el derecho a comparecer, como tercero perjudicado, en defensa de sus derechos patrimoniales vinculados con el delito; por tanto, el juicio de amparo que en tales casos se intente es improcedente porque no existe afectación a los intereses jurídicos del quejoso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo: XI, junio de 1993, página: 289.

No obstante ello, como reconoce Maier,²⁴ el único argumento

²⁴ *Op. Cit.*, página 217 y 222.

racional para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento, se vincula a la idea de que la posición del imputado es debilitada frente a una pluralidad de acusadores. Sin embargo, el mismo autor se encarga, a nuestro juicio con sobrada razón, de desestimar el reclamo expresado, señalando que el rompimiento del equilibrio deriva en todo caso, no de la intervención privada del ofendido, si no ya por medio de la persecución penal pública.

Debe agregarse únicamente, que el equilibrio que la reforma constitucional pretende lograr, es meramente procesal y no sustantivo, aún cuando se eleven los derechos del ofendido a rango de garantía individual, y en el punto concreto que nos ocupa (reparación del daño), interesa dotarlo de posibilidades jurídicas de actuaciones reales y efectivas dentro del proceso penal, que sean idóneas y eficientes para concretizar su legítimo derecho a la reparación del daño. Cabe efectuar también una última precisión sobre el punto, pues si bien el equilibrio procesal entre ofendido e imputado, pretende dotar al primero de un acceso real a los instrumentos procesales que sean idóneos para lograr la reparación del daño, ello no puede desligarse de la oportunidad de aportar elementos de prueba para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad del autor. Pero en este último aspecto, no observamos que ocurra un desequilibrio “procesal” frente al imputado, pues desde siempre y en su papel tradicional se consideró al ofendido, aún antes de su “renacimiento”, como mero medio de prueba (testigo),²⁵ no siendo entonces la posibilidad de aportar otros elementos de prueba, distinta a la de su naturaleza esencial en el proceso, primitivamente concebida como medio de prueba al alcance del Ministerio Público.

Por último, la iniciativa presentada por diputados del Partido Revolucionario Institucional, seguramente como parte de la tendencia dirigida al resurgimiento de la víctima, ante su evidente olvido, destaca la necesidad de ampliar sus prerrogativas, buscando

²⁵ Eser, Albin, *Op. Cit.*, página 31. Señala que el ofendido asciende, cada vez más, de su papel tradicional de mero medio de prueba (testigo), al de sujeto procesal, conformador del procedimiento penal.

hacer realidad el objetivo de que el ofendido ejerza a plenitud los derechos que tiene garantizados.

B).- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA INICIATIVA DE REFORMAS AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, PRESENTADA POR DIPUTADOS PERTENECIENTES AL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO ACCIÓN NACIONAL EL DÍA 27 DE ABRIL DE 1998:

“Con fundamento en lo dispuesto en la fracción II del artículo 71, fracción IV del artículo 73, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 55 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General, los abajo firmantes diputados federales miembros del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional en esta LVII Legislatura, sometemos a la consideración de esta H. Asamblea la presente Iniciativa por la que se reforma el artículo 20 constitucional, *con la finalidad de hacer más explícitos los derechos que tienen las víctimas del delito*”.

“En el marco del artículo 20 constitucional se consagran las garantías procesales de los acusados del delito y menosprecia las garantías y derechos que tienen las víctimas. *El respeto a los derechos humanos de las víctimas debe incluir garantías constitucionales, entre otras:*

- Reparación del daño a la víctima.
- *Que la víctima sea parte del juicio y pueda intervenir y aportar pruebas en los mismos términos que los acusados”.*

“La asesoría jurídica está vista como una serie de consejos, opiniones y orientaciones sobre el procedimiento y proceso penal, a efecto de que la víctima comprenda la dinámica y en la medida de sus posibilidades, *aporte elementos que ayuden a la integración de la averiguación previa o a establecer la responsabilidad penal del inculpado*”.

Entre las acciones jurídicas que se han instaurado de acuerdo con los derechos victimales destacan:

- *Auxilio en la aportación de pruebas que acrediten el delito y la presunta responsabilidad.*
- Elaboración de APELACIONES en caso de que no se garantice la reparación del daño.

- Solicitud de reparación del daño y auxilio en la interposición de recursos.

Se advierte en las razones de esta iniciativa presentada por diputados del Partido Acción Nacional, como se comparte la justificada preocupación doctrinal y de derecho comparado, por la posición del ofendido en el proceso y su mejoramiento, siendo visible que ya se aterrizan materialmente algunos aspectos procesales dignos de encomio.

Nos referimos en concreto a la posibilidad, no únicamente de aportar pruebas tendientes a acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad, sino inclusive a entrar en el juego de los recursos y de las apelaciones. Este punto refleja total congruencia con el objetivo más genérico de lograr un equilibrio procesal pleno entre imputado y ofendido, pues es evidente que con el carácter de parte procesal, no se limita a éste último a ejercer una prerrogativa propia de cualquier “parte procesal” como es la de ofrecer pruebas, sino más aún, a hacer uso de los medios de impugnación que las leyes secundarias otorgan en las mismas condiciones, que el imputado, con lo que creemos se abre una puerta de entrada a la impugnación ordinaria y extraordinaria, legitimando activamente al ofendido, para la interposición amplia del juicio de amparo, bajo un catálogo abierto de hipótesis en que se aprecie violación a alguna de sus garantías previstas en el Apartado “B”, y no como se viene haciendo hasta la fecha, adoptando un método de *numerus clausus* atento al superado contenido del aún vigente artículo 10 de la Ley de Amparo.²⁶

²⁶ En cualquier caso, la posibilidad de interponer el recurso de apelación por el ofendido, es contemplada inclusive antes de la reforma constitucional, entre otros, por el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 365), el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (artículo 417 fracción III); el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (artículo 280 fracción III), la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes (artículo 467). Sin embargo, la interposición del recurso siempre se circunscribe a que la cuestión controvertida se refiera al tópico del derecho a la reparación del daño exclusivamente. También existen legislaciones en las que es algo dudosa la posibilidad de interponer la apelación por el ofendido, como ocurre en el Código de Procedimientos Penales de Jalisco (artículo 319), donde se habla de legitimación para tal efecto, en la persona del “interesado si se trata de incidente no especificado”. Por último, existen cuerpos legales que no previenen la posibilidad de instar el recurso de apelación por el ofendido, como en el Código de

Y es que cuando la preocupación de los diputados, se centra sobre el punto de que la víctima sea parte en el proceso e intervenga en él, no vemos una razón para que dicha intervención prescinda del juego de los medios de impugnación sobre acuerdos y resoluciones que afecten sus garantías individuales, bien por razones de legalidad, bien por razones de constitucionalidad.

En conclusión, de nueva cuenta se observa como objetivo de la iniciativa, la intención de hacer más explícitos los derechos de las víctimas, y derivado del reconocimiento de parte al ofendido, la posibilidad de aportar pruebas y tener acceso a los recursos.

C).- DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES Y JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE 24 DE ABRIL DE 1999:

“La reforma constitucional de 1993, a través de la adición de un párrafo quinto a la fracción X del artículo 20, amplió a la víctima u ofendido sus garantías constitucionales de procedimiento, *toda vez que lo incorporó a la categoría de sujeto en el proceso penal*”.

Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato (artículo 353). La doctrina nacional por su parte, y en forma más amplia creemos, no desconoce la facultad al ofendido de participar en el juego de los recursos. Así, Colín Sánchez, Guillermo, para quien entre sus facultades se encuentra la de la interposición de los recursos señalados por la ley, cuando sus intereses así lo demanden. *Op.cit.*, página 214; igualmente, Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, página 196, 17ª. edición, Editorial Porrúa, México, 1997. Por su parte, Rivera Silva, Manuel, hace hincapié en el cuidado que debe tenerse respecto al derecho del ofendido para apelar, el cual debe ceñirse exclusivamente a lo relacionado con la reparación del daño. *El Procedimiento Penal*, página 333, 30a. edición revisada y actualizada, Editorial Porrúa, México, 2001. Muy destacada es la opinión del tratadista Julio A. Hernández Pliego, quien en referencia a la reforma al último párrafo del artículo 20 constitucional del año de 1993, ya escribía lo siguiente: “*Es por ello que no se descarta en el juego de los recursos la participación del ofendido por el delito... Por lo contrario, es prioritario esclarecer diáfamanamente las reglas de ese juego, tarea en la que tendrá que colaborar —y ya lo ha hecho innegablemente— la jurisprudencia, para que el noble afán que guía a las recientes reformas constitucionales, esencialmente en cuanto a las posibilidades de recurrir resoluciones del Ministerio Público sobre no-ejercicio y desistimiento de la acción penal y a la injerencia que se otorga en el proceso a la víctima, por efecto del último párrafo del artículo 20 constitucional, no se frustren en la ley secundaria*”. *Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal*, página 237, Editorial Porrúa, México, 2000. A la vista de la nueva formulación del Apartado “B” del artículo 20 constitucional y bajo los motivos que inspiraron su creación, creemos que las posibilidades de interposición de apelación, e inclusive de otros recursos y el juicio de amparo, se han ensanchado significativamente. En la doctrina alemana, Eser, Albin, a propósito de la regulación de la acción adhesiva en la Ordenanza Procesal Penal, señala que el querellante adhesivo se encuentra autorizado para la interposición autónoma de los recursos. *Op. Cit.*, página 25.

“D).- Los integrantes de las Comisiones Unidas que dictaminan coincidimos con los autores de ambas iniciativas, respecto a la importancia que tiene para la procuración y administración de la justicia penal el otorgamiento de derechos a las víctimas u ofendidos de los delitos. Al efecto, la esfera de protección que entraña la seguridad jurídica de las personas *debe incluir con amplitud y precisión* los derechos de las víctimas u ofendidos, en los términos concebidos en ambas iniciativas”.

“E).- Consideramos igualmente que *la protección de los derechos de la víctima del delito o de los ofendidos, tiene una importancia del mismo rango de los que las leyes positivas mexicanas otorgan a los inculcados por el delito*. La lucha contra la impunidad debe tener en cuenta los efectos del delito sobre la víctima, de tal suerte que *la intervención y las exigencias de ésta tengan una clara y plena reivindicación en el proceso penal*”.

“Estimamos que *estos derechos deben ser garantizados de manera puntual y suficiente, al grado que sean considerados con la misma importancia que los derechos que se otorgan al inculcado*, de donde se fundamenta la división propuesta al artículo 20 constitucional en dos apartados”.

“F).- Nos ha parecido pertinente la propuesta de dividir en dos apartados el texto del artículo 20 constitucional, a efecto de precisar en uno de ellos los derechos del inculcado durante la averiguación previa y el proceso penal y, en el otro, los de la víctima y el ofendido. En ambos conjuntos de disposiciones, si es que esta Soberanía considera favorablemente el presente dictamen y lo ratifican los demás integrantes del Poder Revisor de la Constitución, se encontrarán plasmadas en el artículo 20, con precisión y puntualidad, las garantías constitucionales otorgadas a las personas respecto de su situación específica en el proceso penal, sea como acusados o procesados o bien como víctimas u ofendidos. *Los efectos que esta reforma constitucional tendrá en la legislación secundaria y en el sistema de justicia en su conjunto, serán de la mayor importancia y beneficio para los justiciables*”.

“K).- *El derecho a aportar pruebas que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, constituyen elementos propios de las partes en el proceso penal. En consecuencia, hemos considerado pertinente establecer de manera expresa, además del derecho de ser coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del procedimiento penal, permitir a los interesados la facultad de proporcionar al Ministerio Público o al Juez los elementos de convicción a que hemos hecho referencia*”.

“Los integrantes de estas Comisiones Unidas que dictaminamos hemos hecho propio el contenido esencial de ambas iniciativas, porque consideramos que responden al reclamo social por combatir la delincuencia y la impunidad, toda vez que *permite una intervención activa a las víctimas y ofendidos quienes, como coadyuvantes del Ministerio Público, tendrán mayores facultades para aportar a este representante social y al juzgador elementos de convicción con respecto a la integración y comprobación del cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño*”.

El dictamen reconoce primeramente, la sensibilidad a las inquietudes consignadas por los diputados de ambos partidos políticos en sus iniciativas, y destaca la forma en que, bajo esa línea, se reconocen consecuencias procesales y prerrogativas derivadas del carácter de sujeto procesal del ofendido, las cuáles deben ser amplias, incluyéndose las de aportar pruebas para acreditar, no sólo lo relativo a la reparación del daño, sino también aquello conducente o idóneo para la acreditación del cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado, dando la facultad al ofendido de comparecer y ser oído en todo momento en el proceso penal, con un rango de importancia equivalente a los derechos del inculpado.

La preocupación del legislador constitucional por lograr un equilibrio y una igualdad entre los derechos y garantías del imputado y el ofendido, implica entonces derribar antiguas barreras e inclusive disposiciones de normas secundarias, que impidan la real vigencia y especial validez de la disposición garantista a favor del ofendido.

De ello se deduce con claridad que, si no se quiere desconocer el carácter de parte procesal al ofendido conforme al contenido de sus garantías individuales “ampliamente” previstas en el artículo 20, apartado “B”, de la Constitución General de la República, es determinante que ninguna ley secundaria acote o restrinja sus posibilidades de acceso a los medios de impugnación, tanto ordinarios como extraordinarios, en sede administrativa o jurisdiccional, por aspectos de legalidad o de constitucionalidad, lo que por demás es una característica consustancial desde el aspecto teórico y práctico, del reconocimiento de sujeto procesal o “parte” material y formal en el procedimiento penal, que el artículo 20, apartado “B”, de la Constitución le confiere a la víctima u ofendido.

Creemos firmemente que el legislador, no pudo dejar su trascendente y fundamental *desideratum* en torno a la posición de la víctima en el derecho penal y el derecho procesal penal, en un simple catálogo de buenas intenciones, sino que por el contrario, el sentido de la reforma es muy claro: ya no cabe limitar las posibilidades de defensa de su interés jurídico al ofendido, mediante argumentos estrechos relativos a que no se produce afectación a su esfera de derechos constitucionalmente protegidos en hipótesis que, para efectos del juicio de amparo, sean distintas a las que previene el artículo 10 de la Ley de Amparo. Esto es, actos que emanen del incidente de reparación o responsabilidad civil, o bien actos surgidos en el procedimiento penal relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil, así como aquellos señalados en el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional.

Y es que como más adelante se expone, el contorno que se ha dado por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación al derecho a la reparación del daño como simple expectativa legal, y las razones que subyacen a la reforma constitucional de septiembre de dos mil al artículo 20, permiten concluir que el derecho a que se repare el daño a la víctima o el ofendido por el delito, se ve afectado con un espectro más amplio de actos de autoridad, aún y cuando

decidan sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del autor, pues es evidente que de la consideración sobre la comprobación o no de esos extremos, depende la suerte de lograr la reparación del daño en una genuina relación de accesoriedad con la pretensión punitiva estatal, que no pocas veces constituye, por su desaseado manejo, la causa eficiente de que la legítima expectativa a la reparación del daño, se diluya.

D).- DISCUSIÓN SOBRE EL DICTAMEN EMITIDO POR LA COMISIÓN DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES Y JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS EN LA SESIÓN DE 27 DE ABRIL DE 1999:

Para este estudio son de interés singular, las participaciones de los siguientes oradores, diputados federales:

1. EL C. DIPUTADO BALDEMAR DZUL NOH: “También la víctima tiene el derecho de aportar pruebas que acrediten el cuerpo del delito, sea en la fase de averiguación previa o a lo largo del proceso”.

“En la parte final del apartado B del dictamen que se discute, se da la posibilidad de que los derechos de la víctima, aquí enunciados, *puedan ser ampliados por las leyes secundarias*”.

2. EL C. DIPUTADO JOSE ESPINA ROEHRICH: “Señoras y señores diputados, como consecuencia de los abusos policiacos y de la corrupción e incapacidad de los órganos de procuración de justicia,²⁷ el Constituyente Permanente aprobó en 1993 una reforma al Artículo 20 Constitucional, que reconoció y garantizó los derechos del inculcado, convirtiéndose así este artículo en la base reguladora del proceso penal. Asimismo la reforma y ampliación de este artículo en septiembre del 93 estableció por primera vez en un sólo párra-

²⁷ Este aspecto, es ampliamente destacado por Maier, Julio B. J., al tomarlo como argumento que aboga por la intervención del ofendido en el procedimiento penal, agregando que “Los órganos de persecución penal, como organismos estatales, inclusive por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas racionales, en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar al caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad.

fo, una serie de prerrogativas de las víctimas que los identifica como sujeto de derecho con una mayor presencia en el procedimiento penal. *Sin embargo, esa reforma constitucional fue insuficiente, puesto que en los hechos la víctima del delito no está aún en posibilidad de ejercer plenamente los derechos que se le han reconocido*".

"Por todo lo anterior, y como respuesta al reclamo social generalizado por combatir la delincuencia y la impunidad, así como la imperiosa necesidad por dotar a las víctimas u ofendidos de mayores y mejores disposiciones constitucionales y legales para ejercer a plenitud sus derechos, en la presente Legislatura Federal y de conformidad con nuestra plataforma legislativa, los diputados de Acción Nacional presentamos una iniciativa para ampliar y profundizar los derechos de las víctimas de los delitos".

"Tercero: Se establece de manera expresa, además del derecho a ser coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del procedimiento penal, permitir a los interesados la facultad de proporcionar al Ministerio Público o al Juez, los elementos o pruebas que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculgado y la reparación del daño".

"Señoras y señores diputados: Por todas las razones aquí expuestas y seguros de que respondemos a la imperiosa necesidad de contribuir al mejoramiento de la procuración y la administración de justicia en nuestro país; de ampliar el reconocimiento y las posibilidades para ejercer sus legítimos derechos a las víctimas de los delitos y de que los efectos que esta reforma constitucional tendrá en la legislación secundaria y en el sistema de justicia en su conjunto que serán de la mayor importancia y beneficio para las víctimas y los ofendidos por un delito, los diputados federales de Acción Nacional, votaremos en favor del dictamen que se ha puesto a nuestra consideración. Muchas gracias".

3. DIPUTADO VICTORIO RUBEN MONTALVO ROJAS:

"Por ello, para comenzar a compensar este desequilibrio, los derechos de los inculcados y los de las víctimas, deben ser equilibrados desde la fuente fundamental de nuestro sistema jurídico. Desde el punto de vista de los valores, del avance axiológico que debe sustentar toda estructu-

ra jurídica, *la víctima debe tener derecho a que se le proteja y se repare el daño causado en sus bienes y en su persona en la medida más amplia posible*".

"Por ello debe fortalecerse el marco constitucional que permita a las víctimas obtener la reparación de los daños causados a sus personas y a sus patrimonios".

4. EL C. DIPUTADO MIGUEL ANGEL QUIROZ PÉREZ: "En dicha iniciativa del grupo parlamentario del PRI propusimos modificar de manera sustancial el contenido del artículo 20 Constitucional a efecto de *ampliar, precisar y enfatizar el derecho de las víctimas y de los ofendidos por las conductas delictivas que sancionan la leyes penales*".

"La reforma que ustedes habrán de votar, señoras y señores Diputados, si es aprobada, ampliaría y especificaría el derecho de las víctimas y ofendidos para comparecer en todas las fases de la averiguación previa y el proceso penal, y además podrían hacerlo o podrán hacerlo por sí o de su representante para ejercitar los derechos que les correspondan".

Destaca en estas intervenciones el deseo de los diputados, para que la ampliación de las prerrogativas que fortalezcan la posibilidad de que las víctimas obtengan la reparación del daño, no se detenga en el marco constitucional, sino que trascienda a las leyes secundarias, lo que no ha tenido, al menos en el ámbito federal, una efectiva materialización.

Por el contrario, subsisten regulaciones como el numeral 10 de la Ley de Amparo en vigor, e interpretaciones jurisprudenciales letristas, restrictivas y apartadas del nuevo texto constitucional, que se empeñan en traicionar el espíritu de la reforma al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haciéndola nugatoria.

E).- DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES, DE JUSTICIA Y DE ESTUDIOS DE LA CÁMARA DE SENADORES DE 17 DE ABRIL DE 2000:

"Es por ello que los integrantes de estas Comisiones Unidas consideramos insuficientes los esfuerzos realizados hasta ahora por las instituciones y procedimientos existentes en nuestro derecho positivo, para

garantizar la protección de sus derechos fundamentales a las víctimas y ofendidos de los delitos. Estimamos que estos derechos deben ser garantizados de manera puntual y suficiente, al grado que sean considerados con la misma importancia que los derechos que se otorgan al inculcado, de donde se fundamenta la división propuesta al artículo 20 constitucional en dos apartados”.

“La inconveniencia de incluir a detalle cualquier derecho u obligación en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva de que en ella sólo debe contenerse el conjunto fundamental de los derechos del ser humano, por lo que resulta conveniente que tal regulación específica corresponda a la legislación, con los límites que le imponga la norma constitucional”.

“Se reitera que la Constitución debe recoger en su texto el conjunto fundamental de los derechos del ser humano que sean irreductibles para el legislador ordinario, pero que a su vez, permitan contener todo un despliegue de los mismos en las leyes reglamentarias con el único límite de que no se rebase o contravenga la identidad de la garantía constitucional consagrada”.

Nuevamente se observa, tras el reconocimiento de la insuficiencia de los esfuerzos realizados, la progresiva tendencia legislativa a que las leyes secundarias instrumenten los cambios y den pie a las interpretaciones judiciales necesarias, con el único límite que imponga la propia norma fundamental, para que se garanticen debidamente los derechos de los ofendidos, que son considerados de la misma importancia y en posición de equilibrio con aquellos que se otorgan al inculcado.

Así las cosas, consideramos que uno de los ejes que la legislación secundaria debe seguir para no contravenir la plena validez y aplicación práctica de los derechos constitucionales de los ofendidos, a los que se les reconoce la calidad de “parte procesal”, es considerar que el espectro de casos en que le asiste a la víctima el derecho a la impugnación (por conducto de los medios ordinarios o extraordinarios como el juicio de amparo) debe ampliarse en consonancia con el espíritu de la reforma constitucional, y además en forma au-

tónoma, ya sea a través de recursos o juicios en sede administrativa o jurisdiccional, siempre y cuando exista un agravio o afectación al contenido de sus garantías, pero considerándolas bajo el sentido de amplitud que la reforma le otorga, lo que además entra en consonancia con el reconocimiento de un equilibrio procesal absoluto entre el inculpado y el ofendido.

Bajo estas líneas rectoras, es impostergable analizar con el medio de control constitucional que proporciona el juicio de amparo, si el catálogo cerrado y “taxativo” (como un criterio jurisprudencial de Tribunal Colegiado establece) que el artículo 10 de la Ley de Amparo proporciona para su procedencia al ofendido, no está acotando indebidamente las hipótesis en que el ofendido puede ocurrir como quejoso al juicio de amparo por actos que afecten sus garantías individuales consagradas en el Apartado “B” del artículo 20 constitucional, restringiendo indebidamente su alcance, entre las que destaca con mayor valor la reparación del daño,²⁸ provocando que el pregonado equilibrio entre imputado y ofendido, no se realice en la práctica.

Cabe señalar por último, que el anhelo del Constituyente Permanente para lograr la igualdad y el equilibrio procesal entre las partes (imputado y ofendido) y ampliar la protección de los derechos de la víctima en el procedimiento penal, ha sido ya objeto de reconocimiento por la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se observa en la siguiente jurisprudencia:

REPARACIÓN DEL DAÑO. COMPRENDE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS DE MANERA DIRECTA POR LA COMISIÓN DEL DELITO. En los artículos 33, fracción II, del Código Penal para el Estado de Baja California, y 27, fracción II, del Código Penal del Estado de Campeche, se regula la figura

²⁸ No es extraño que algún autor sugiera que, frecuentemente, el interés real que la víctima persigue y lo que ella quiere, más bien, es una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito. Eser, Albin. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias Nacionales e Internacionales*, traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba., en *Nuevos Horizontes en la Ciencia Penal*, página 279, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999.

de la reparación del daño, referida también a los perjuicios sufridos por la víctima; por lo que, conforme a estos dispositivos, al resolver sobre dicha reparación, de ser procedente, el Juez deberá sentenciar al sujeto activo a la indemnización de los perjuicios causados de manera directa a la víctima por la comisión del delito; pues de considerarse que dicha indemnización debe ser reclamada en la vía civil, se limitaría la interpretación de los mencionados preceptos legales en perjuicio de la víctima, dejándose de lado la amplia protección que el legislador pretendió darle en el proceso penal; consecuentemente, si en el delito de lesiones las infligidas al sujeto pasivo fueron de tal magnitud que impidieron el desarrollo de su actividad laboral cotidiana, dejando de percibir la remuneración correspondiente, este perjuicio resulta ser un efecto directo de la comisión del ilícito, a cuya reparación debe sentenciarse al procesado, independientemente de que en la legislación ordinaria civil de esos Estados se regulen las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, toda vez que tal regulación se dirige a una relación jurídica caracterizada por exigencias entre particulares, que podrán demandarse por la víctima cuando no desee formular querrela, pero tampoco se encuentre dispuesta a absorber los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita; o bien, en contra de terceros que tengan el carácter de subsidiarios responsables del sujeto activo; pero que de ningún modo puede ser excluyente de la obligación que en materia penal el legislador impone al Juez y al Ministerio Público. Corrobora lo anterior, el texto vigente del artículo 20, apartado “A”, fracción I, y apartado “B”, fracción IV, de la Constitución Federal, en el que se ha elevado a rango de garantía individual el derecho que tiene la víctima a que le sea reparado el daño causado por la comisión del delito, obligando al Ministerio Público a actuar en el proceso para obtener el cumplimiento de esa garantía; y lograr así que en todo proceso penal la víctima tenga derecho a una reparación pecuniaria, tanto por los daños, como por los perjuicios ocasionados por la

comisión del delito; debiéndose considerar, además, que fue el propio Constituyente el que reguló, con estrecha vinculación, los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculcado una caución suficiente que garantice la reparación de daños y perjuicios, lo cual confirma que, actualmente, en todo procedimiento penal se debe tutelar como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, con lo cual se logra reconocer una importancia del mismo rango a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculcado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito.

Tesis: 1a./J. 51/2002 Primera Sala Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: XVI, noviembre de 2002, página: 160

III. LA ESCASA CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE AMPARO, EN RELACIÓN CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEL AÑO 2000

Conforme a lo apuntado en los apartados anteriores, la conclusión central del presente estudio se orienta hacia la hipótesis de que la reforma constitucional en materia de derechos de la víctima o el ofendido por el delito del año dos mil, ha dejado a la zaga el contenido del artículo 10 de la Ley de Amparo y por ende, se ha visto ampliamente rebasado como consecuencia de la falta de reformas a la ley secundaria (anunciadas por el Constituyente Permanente) pero que no han tenido eco en el legislador ordinario, ocasionando la insuficiencia material de las hipótesis de procedencia que se manejan en sus tres fracciones, lo que inclusive deviene contrario a las garantías que consagra el Apartado “B” del artículo 20 constitucional, pues el dispositivo analizado, mantiene prácticamente el mismo texto con el que vio la luz jurídica, al expedirse y promulgarse la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 10 de enero de 1936.

En efecto, el artículo 10 de la Ley de Amparo, únicamente ha sido reformado una vez durante la vigencia del ordenamiento, específicamente por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 09 de junio de 2000, pero simplemente para agrupar en forma más esquemática su contenido, separando las hipótesis de procedencia del juicio de amparo que inste el ofendido, en dos fracciones (I y II), con la adición de una fracción III, para, ésta sí, adaptar la legislación ordinaria a los dictados de la garantía constitucional que previene a favor del ofendido, el diverso artículo 21 párrafo cuarto constitucional, relativo a la garantía para la impugnación y control jurisdiccional de las resoluciones que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público.

En efecto, como ya se ha dejado establecido, dicho precepto guarda la misma redacción desde la expedición y publicación de la Ley de Amparo, cuyo texto original era el siguiente:

ARTÍCULO 10.- El ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, sólo podrán promover juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil. También podrán promover el juicio de amparo contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil.

No puede negarse que la enunciación de hipótesis de procedencia previstas para el juicio de amparo que inste el ofendido, resultaba abiertamente limitativa y cerrada, pues no deja lugar a dudas de ello el empleo del vocablo “sólo”. La redacción de las hipótesis de procedencia para el ofendido en la interposición del juicio de amparo, dieron paso a la generación de varios precedentes jurisprudenciales, que en consonancia con el sentido literal en que

se encontraba formulado el precepto, negaron la procedencia del amparo presentado por el ofendido contra actos reclamados diversos a los expresamente regulados en el artículo 10 de la Ley de Amparo, inclusive aún bajo la vigencia del último párrafo del artículo 20 Constitucional reformado en 1993:

OFENDIDO. LEGITIMACIÓN LIMITADA PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción III, inciso b), de la Ley de Amparo, los ofendidos o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, son partes en el juicio de garantías promovido contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstos afecten dicha reparación o responsabilidad; sin embargo el artículo 10 de la propia ley, precisa que: “El ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, sólo podrán promover juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil. También podrán promover el juicio de amparo contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil.”; de lo anterior se desprende que el ofendido sólo puede promover restrictivamente el juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad a que se contrae ese numeral, o bien, contra actos relacionados con el aseguramiento del objeto del delito, los bienes afectos a esa reparación o responsabilidad civil; por lo que si no se reclaman actos relacionados con dicho incidente ni con el aseguramiento en comento, sino lo que se reclama es la sentencia de segunda instancia que confirmó la de primer grado, en la que se condenó al sentenciado al pago de la reparación del daño a favor de la ofendida; es inconcuso que el juicio resulta improce-

dente al carecer de legitimación para promover la acción constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 73, fracción XVIII, en relación al artículo 10, interpretado a contrario sensu, ambos de la Ley de Amparo, por lo que atento a lo previsto por el artículo 74, fracción III, de la propia ley, procede sobreseer en el juicio de amparo.

Tesis: II.1o.P84 P, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: XIII, enero de 2001, página: 1759.

AMPARO, IMPROCEDENCIA DEL. CUANDO SE PROMUEVE POR EL OFENDIDO EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA QUE REDUJO LA PENA DE REPARACIÓN DEL DAÑO AL SENTENCIADO. La hipótesis de procedencia contenida en el artículo 10 de la Ley de Amparo para que la parte ofendida de un hecho ilícito pueda solicitar la protección constitucional, se refiere únicamente a actos que emanen del incidente de reparación del daño o de responsabilidad civil, además de los actos surgidos dentro del procedimiento penal relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación y a la responsabilidad civil y como último supuesto de procedencia, a las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional. La interpretación histórico-sistemática del invocado precepto legal nos permite llegar a idéntica conclusión, ya que el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y luego las legislaciones estatales, siguiendo las entonces modernas normas sustantivas, la indemnización por los daños del delito exigida del propio delincuente, dejó de ser derecho privado y se comprendió, por el contrario, como parte de la necesaria sanción de interés público; de ahí la razón por la que se ha estimado que la reparación del daño tiene el

carácter de pena pública; por lo mismo, en ese carácter de medida social anexa a la pena represiva principal, a partir de los códigos procesales vigentes desde los primeros años del siglo XX ya no se necesitó que el ofendido tuviese que promover incidente destacado para que en él se decidiera sobre la indemnización a que tuviera derecho con motivo del hecho delictivo en que tuvo carácter de sujeto pasivo, sino que la comprobación de su necesidad y cuantía debe formar parte de la investigación del proceso; sin embargo, tanto el legislador federal como los locales, conservaron en los códigos la necesidad de que se siguiese tramitando vía incidental la reparación del daño cuando ésta no se exige al mismo reo sino a terceros y en este caso, sí es necesaria la rigurosa instancia del interesado que, en el Código Federal de Procedimientos Penales vigente desde el diez de enero de mil novecientos treinta y seis, se tramita conforme a las reglas que para los incidentes prevé ese ordenamiento. En consecuencia, es evidente que conforme a una recta hermenéutica jurídica, la Ley de Amparo, al disponer en el artículo 10 que podrán promover el juicio de amparo las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño, sólo contra los actos que emanen del incidente de reparación, estaba haciendo referencia al incidente previsto en la ley instrumental federal citada y a los similares de las codificaciones procesales locales. Lo que nos permite concluir que solamente la reparación del daño reclamable a personas diversas del inculpado en un proceso penal y la decisión que sobre ese punto determine la autoridad judicial puede constituir el acto reclamado a que se refiere el precepto invocado, en tanto que la sanción relativa que con el carácter de pena pública se imponga al sentenciado en la resolución de segundo grado, hasta ahora no es susceptible de impugnarse vía amparo por el sujeto ofendido, por lo que el supuesto en el que el acto reclamado es el fallo de segundo grado a través del cual el Magistrado designado responsable redujo al enjuiciado la pena que por concepto de reparación del

daño se le impuso en la resolución de primera instancia, no se encuentra comprendido en el precepto invocado, ya que no basta con que la materia del acto reclamado se refiera a la reparación del daño, y que esta decisión se adopte en una causa penal, para que el ofendido tenga interés jurídico para promover el juicio de garantías, sino que además se requiere que estrictamente se encuentre en alguno de los supuestos contenidos en el numeral citado.

Tesis: XVI.1o.3 P, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: XII, diciembre de 2000, página: 1368.

OFENDIDO, ACTOS QUE NO PUEDEN SER IMPUGNADOS EN EL AMPARO POR EL. De acuerdo con lo previsto por el artículo 5o. fracción III, inciso b) de la Ley de Amparo, los ofendidos o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, tienen el carácter de parte en el juicio de garantías que se haya promovido contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstos afecten dicha reparación o de responsabilidad; pero el juicio únicamente podrá ser intentado contra actos que se originen en el incidente de reparación del daño o de responsabilidad civil, o bien contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil, por disponerlo así expresamente el artículo 10 del ordenamiento legal citado. Así, es claro que tales hipótesis no tienen lugar cuando el acto reclamado lo constituye la sentencia de segunda instancia que confirma la absolución del acusado, porque la ley no permite a los ofendidos impugnar lo referente a la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado; puesto que el legislador no pretende auspiciar sentimientos de venganza y ha dejado

para el ministerio público, como facultad exclusiva (artículo 21 constitucional), el ejercicio de la acción penal, resulta lógico que el ofendido carezca de dicha acción y, por consiguiente, que en relación con los juicios de amparo en materia penal en que el ofendido no sea precisamente el quejoso, sólo le asista el derecho a comparecer, como tercero perjudicado, en defensa de sus derechos patrimoniales vinculados con el delito; por tanto, el juicio de amparo que en tales casos se intente es improcedente porque no existe afectación a los intereses jurídicos del quejoso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo: XI, junio de 1993, página: 289.

OFENDIDO, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO PROMOVIDO POR EL. Es improcedente el juicio de garantías promovido por el ofendido en contra de la sentencia que absuelve al acusado de la comisión de un delito, pues el reclamante no se encuentra dentro de ninguna de las hipótesis previstas por el artículo 10 de la Ley Reglamentaria del juicio de garantías; en tal virtud, considerando que el acto reclamado no afecta los intereses jurídicos del quejoso, el juicio constitucional debe sobreseerse con fundamento en lo dispuesto en los artículos 74, fracción III y 73, fracciones V y XVIII, del mismo ordenamiento.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo: IV, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989, página: 341.

ORDEN DE APREHENSION, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO PROMOVIDO POR EL OFENDIDO CONTRA LA RESOLUCION QUE NIEGA UNA. Es improcedente el amparo solicitado por el ofendido contra la resolución que niega una orden de aprehensión dado que tal caso no encuadra dentro de las hipótesis previstas por el artículo 10 de la ley de la materia, y, por tanto, el juez actúa conforme a derecho al desechar la demanda de garantías.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO,

Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo: II, Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1988, página: 367.

Los precedentes transcritos, especialmente los más antiguos, no sopesan la consideración a la reparación del daño, como garantía fundamental del ofendido o la víctima de un delito, que hoy nadie pone en duda. Pero además, los criterios jurisprudenciales a que se hace referencia *-algunos ya en franca contradicción al ya vigente Apartado "B" del artículo 20 constitucional-* desdénan el hecho de que conforme a una interpretación integral que se ajuste a la norma fundamental, sobre la que no pueden tener vida jurídica artículos de la legislación secundaria, así sea de la Ley de Amparo, debiera ser suficiente para la procedencia del amparo por parte del ofendido, que los actos reclamados administrativos o jurisdiccionales, afectan de manera directa e inmediata la "expectativa legal" a la reparación del daño.

Ahora bien, como resultado de la modificación acaecida el 09 de junio de 2000, se relacionaron en tres fracciones las hipótesis de procedencia del juicio de amparo que intente el ofendido o la víctima, agregando una tercera para adaptar su contenido al párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, quedando como sigue:

ARTÍCULO 10.- La víctima y el ofendido, titulares del derecho de exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, podrán promover amparo:

I.- Contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil;

II.- Contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; y,

III.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.

Pero además, destaca en la reforma al artículo 10 de la Ley de Amparo la supresión del término "sólo", que delimitaba las hipóte-

sis en que el ofendido podía ocurrir al juicio de amparo, y que no dejaba espacio alguno para una interpretación diversa a la estrictamente literal, respecto a la procedencia del juicio de amparo en casos diversos a los que cerradamente contenía la previsión legal.

Aún y cuando nada en concreto se expresa sobre las razones de la supresión del vocablo en mención en los documentos que integran el proceso legislativo que precedió la reforma, creemos que la eliminación obedece a la intención del legislador de que el artículo 10 de la Ley de Amparo, no fuese más un catálogo cerrado de hipótesis de procedencia para el juicio de amparo por parte del ofendido o la víctima, pasando de una previsión limitativa a una enunciativa. Ahora bien, efectuando una interpretación sistemática del modificado artículo 10 de la Ley de Amparo y del contenido del Apartado “B” del artículo 20 constitucional que consagra como garantía individual, entre otros, el derecho a la reparación del daño, concebido inclusive como “expectativa legal” por la jurisprudencia definida de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a su vez reconoce al ofendido la calidad de “parte procesal” y con base en el equilibrio pleno entre el inculpado y el ofendido que el espíritu de la reforma revela, fuerza concluir que el catálogo de hipótesis mencionado en el numeral analizado, de valorarse en forma exclusiva y excluyente conforme al contenido de sus tres fracciones, plantea la violación a una garantía individual de la víctima o el ofendido por el delito.

No obstante lo anteriormente expuesto, es claro que existen precedentes jurisprudenciales que reconocen, aunque sólo sea implícitamente, lo “injusto” de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Amparo, sin que sea obstáculo que en la época en que se originó el criterio, no existiera el actual Apartado “B” del artículo 20 constitucional, operando inclusive con un criterio analógico sobre el párrafo cuarto del artículo 21 de la Constitución para soportar su conclusión:

OFENDIDO. CASO EN QUE ESTÁ LEGITIMADO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO CONTRA RESOLU-

CIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL QUE IMPIDAN AL MINISTERIO PÚBLICO CONTINUAR EL PROCEDIMIENTO PENAL. Cuando el Ministerio Público ha ejercido de manera expresa la acción penal en determinado asunto, y se ve imposibilitado de continuarla por un acto de autoridad judicial contra el cual ya no puede interponer recurso ordinario alguno, ni mucho menos ocurrir en demanda de amparo, lo justo es que se conceda al ofendido el derecho de promover el juicio de garantías, cuando estime que el acto le cause perjuicios por estar relacionado con la expectativa de la reparación del daño. Lo anterior visto desde la perspectiva de la reforma al artículo 21 constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994, que establece que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal pueden ser impugnadas por la vía jurisdiccional, por lo cual pueden ser impugnadas en amparo. Luego, si tales actos no escapan al control de legalidad, igual suerte deben correr las resoluciones dictadas por la autoridad jurisdiccional en las que el ofendido tenga una posibilidad a la reparación del daño, siendo esa esperanza la que lo legitima para interponer el juicio de amparo, en términos del artículo 10 de la ley de la materia.

Tesis: XII.1o.15 P, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: X, diciembre de 1999, página: 745.

Pero aún sin la vigencia de la actual previsión constitucional sobre los derechos de la víctima o el ofendido, existen criterios jurisprudenciales que de plano, aciertan a aceptar la procedencia del juicio de amparo a pesar de la previsión expresa del artículo 10 de la Ley de Amparo, bajo el eje interpretativo de que se trata de la protección directa de una garantía individual, sobre la cual no puede estar el precepto de la ley ordinaria:

OFENDIDO. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO. Haciendo una simple interpretación gramatical de la disposición contenida en el artículo 10 de la Ley de Am-

paro, se podría llegar a pensar, *prima facie*, que el ofendido en un proceso penal se encuentra legitimado para acudir al juicio de garantías únicamente en los casos a que esté referida dicha disposición, esto es, cuando se trate de actos vinculados con: a). La reparación del daño; b). La responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito; y, c). Aquéllos surgidos del procedimiento penal, relacionados inmediata o directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que están afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; en otras palabras, se pensaría que el ofendido carece indefectiblemente de legitimación para demandar la protección constitucional cuando el acto reclamado no se sitúe en ninguna de tales hipótesis. Sin embargo, a la luz de una verdadera interpretación judicial del invocado precepto, se descubre que no fue esa la intención del legislador y por ende, no se produce la alternativa apuntada, pues sostenerla implicaría sustraer ilegalmente del control constitucional todos aquellos actos emanados de un procedimiento penal que impliquen violaciones directas a la Constitución en perjuicio del ofendido, verbigracia: cuando éste reclama un acto por violación a su “derecho de petición” tutelado por el artículo 8o. constitucional que, por la claridad de su texto, no admite más interpretación que la literal derivada de su simple lectura y que, a propósito de ese derecho, impone la obligación correlativa a cargo de toda autoridad, incluso la judicial que conoce de un proceso, de dictar el acuerdo que en derecho corresponda a lo que peticionó el ofendido por conducto del Ministerio Público y hacérselo saber, sin que importe que la solicitud esté mal formulada y al margen de que se satisfagan o no los requisitos legales reguladores de la materia. Así, lo previsto por el artículo 10 de la Ley de Amparo no tiene el alcance de invalidar la legitimación que asiste al ofendido para promover la acción constitucional contra un acto de tal naturaleza.

Tesis: IV.2o.3 P, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO, novena época, Semanario Judicial de

la Federación y su Gaceta, tomo: I, mayo de 1995, página: 387. OFENDIDO, PROCEDENCIA DEL AMPARO PROMOVIDO POR EL, TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JUDICIALES, CON BASE EN DETERMINACIONES RESPECTO DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, EMITIDAS POR EL REPRESENTANTE SOCIAL. De lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la tesis sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 25, Tomo VI, diciembre de 1997, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “ACCIÓN PENAL. EL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, CONSTITUCIONAL, SE ERIGE EN GARANTÍA DEL DERECHO DE IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA”, se desprende que el ofendido en la comisión de un delito se encuentra legitimado para promover el juicio de amparo indirecto en contra de la determinación del Ministerio Público respecto del no ejercicio o desistimiento de la acción penal; por ello, si la autoridad judicial al resolver la situación jurídica de un indiciado, sin analizar el acreditamiento de los elementos del tipo penal del delito, ni la probable responsabilidad del inculgado en la comisión del mismo, determinó dictar auto de libertad por falta de elementos para procesar en favor del indiciado, apoyándose para ello en supuestos vicios en el procedimiento en el que el procurador revocó la determinación de no ejercicio de la acción penal y resolvió que debía subsistir la determinación original del Ministerio Público del no ejercicio de la acción penal, es inconcuso que contra dicha resolución sí resulta procedente el juicio de amparo indirecto, aun a pesar de que la misma haya sido dictada por una autoridad judicial, dada la estrecha vinculación que tiene con la determinación original del Ministerio Público de ejercitar la acción penal, sin que sea obstáculo lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Amparo, que

establece que el ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, sólo podrán promover juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil, o contra actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil, ya que este ordenamiento no puede estar por encima de la garantía individual de seguridad jurídica, consistente en el derecho de que disponen los ofendidos de un delito de poder impugnar las resoluciones directas o derivadas del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal, tutelada por el artículo 21 de la Carta Magna.

Tesis: XII.2o.20 P, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: XI, abril de 2000, página: 973

Los postulados interpretativos que contienen los anteriores criterios, aciertan a considerar que el artículo 10 de la Ley de Amparo, no puede estar por encima de la garantía individual del ofendido que estableció el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, lo que se traduce en la perspectiva constitucional actual, por identidad jurídica y aún mayoría de razón, en la conclusión de que la previsión secundaria citada, no puede estar por encima de la garantía individual que previene la fracción IV, Apartado “B”, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, atento al contenido del principio de supremacía constitucional.

En consonancia con lo que se lleva dicho, consideramos abiertamente equivocados los criterios que sostienen que el artículo 10 de la Ley de Amparo previene en forma cerrada las hipótesis de procedencia del amparo intentado por la víctima u ofendido, aún a costa de reconocer que los actos reclamados de los que se ocupa la resolución que les da origen, pueden tener trascendencia en las

obligaciones pecuniarias que nacen de la comisión del delito –entre ellas evidentemente la reparación del daño– negando al ofendido la legitimación procesal activa para instar el juicio de amparo y sin consideración a que, por su fecha, los criterios se pronunciaron dentro de la vigencia del actual marco constitucional que previene como garantía individual la expectativa legal a la reparación del daño:

OFENDIDO O VÍCTIMA DE UN DELITO. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN EMITIDA POR EL TRIBUNAL DE APELACIÓN QUE CONFIRMA EL AUTO DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA EN EL QUE NIEGA LIBRAR ORDEN DE COMPARECENCIA, AUN CUANDO AFECTE OBLIGACIONES PECUNIARIAS O PATRIMONIALES Y SE TRATE DE DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERELLA. El artículo 10 de la Ley de Amparo enumera los supuestos en los que el ofendido o la víctima del delito pueden promover el juicio de amparo, es decir, limita su interés jurídico; por lo que tratándose de la resolución emitida por una Sala Penal de apelación que confirma el auto del Juez de primera instancia que niega librar la orden de comparecencia, el ofendido o la víctima carecen de interés jurídico para inconformarse en amparo en contra de dicha resolución, pues dicho acto no emana de un incidente de reparación del daño o responsabilidad civil; tampoco se trata de un acto surgido dentro del procedimiento penal y relacionado inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que están afectos a la reparación del daño o a la responsabilidad civil; ni mucho menos se trata de la resolución del Ministerio Público que confirma el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal; de donde resulta que el ofendido, la víctima o las personas que tengan derecho a la reparación del daño proveniente de la comisión de un delito no tienen legitimación para impugnar un auto de soltura o un fallo absolutorio, ni una resolución que niega el libramiento de una orden de aprehensión o de compa-

recencia que se hubiere dictado en contra del agente delictivo, aun cuando si bien dicha resolución pudiera tener trascendencia respecto de las obligaciones pecuniarias o patrimoniales derivadas de la comisión del hecho delictivo, puesto que su materia decisoria lo constituye el delito mismo y la presunta responsabilidad penal del sujeto a quien se impute, es decir, a cuestiones de interés social y no privado del ofendido o víctima, aun cuando se tratare de delitos perseguibles por querrela.

Tesis: I.6o.P.62 P, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: XVIII, diciembre de 2003, página: 1431.

OFENDIDO POR LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS. CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA INSTAR EL JUICIO DE GARANTÍAS, SALVO LOS SUPUESTOS PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE AMPARO. El ofendido sólo puede promover el juicio constitucional cuando el acto reclamado se encuentre comprendido dentro de los supuestos previstos por el artículo 10 de la Ley de Amparo, de manera que carece de legitimación para instar el juicio de garantías cuando pretenda impugnar un acto que no guarda relación alguna con el incidente de reparación del daño o de responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, ni con actos surgidos dentro del procedimiento penal que se relacionen inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito ni de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil. Consecuentemente, resulta ajustado a derecho que el Juez de Distrito deseche de plano la demanda, con fundamento en el artículo 145 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando en la demanda de garantías se impugne un acto distinto a las hipótesis previstas por el artículo 10 de la Ley de Amparo.

Tesis: XXI.3o.5 P, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo:

XIV, septiembre de 2001, página: 1341.

SENTENCIA PENAL. ES IMPROCEDENTE EL AMPARO PROMOVIDO POR EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DEL DELITO CONTRA AQUELLA QUE DECRETA LA ABSOLUTA LIBERTAD DEL REO, POR NO ACREDITARSE UN REQUISITO PROCESAL EN LA QUERELLA, AL NO SURTIRSE ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE AMPARO. La demanda de garantías debe ser desechada con apoyo en el artículo 177 de la Ley de Amparo, cuando se promueve por el ofendido o la víctima contra la sentencia definitiva absolutoria dictada en favor del inculpado por no acreditarse un requisito procesal en la querella, pues no se surte alguna de las hipótesis de procedencia establecidas en el numeral 10 de la citada ley, ya que si bien el ofendido o la víctima del delito tienen a su alcance todos los recursos que legalmente procedan así como el juicio de amparo, lo cierto es que esa legitimación para promover éste se encuentra circunscrita única y exclusivamente a resoluciones que afecten su derecho a obtener la reparación del daño y siempre que contra ellas no proceda medio ordinario de defensa; por tanto, resulta improcedente el amparo promovido por aquéllos en contra de la sentencia que decreta la absoluta libertad del reo por no acreditarse un requisito procesal en la querella, pues esta causa no se encuentra contemplada en alguna de las hipótesis que establece el mencionado numeral 10 de la ley de la materia.

Tesis: XXI.4o.9 P, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: XX, agosto de 2004, página: 1679.

En conclusión, tanto el espíritu del constituyente permanente expresado en la reforma constitucional del año dos mil al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como el desarrollo jurisprudencial expresado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han reconocido la exis-

tencia, como objetivo toral de dicha reforma, de un equilibrio pleno entre el inculpado y el ofendido, que a su vez conlleva el reconocimiento de un mismo rango a la protección de sus derechos, que no podrá lograrse, sino mediante el establecimiento de igualdad en las oportunidades de defensa de su pretensión y su derecho, con independencia de su carácter (público, privado o semiprivado), de lo que el acceso al juicio de amparo, es valuarle indiscutible.

En consecuencia, cuando el artículo 10 de la Ley de Amparo, enumera en sus tres fracciones, las hipótesis en que procede el juicio de amparo que interponga el ofendido quejoso, limita y restringe inconstitucionalmente la garantía constitucional a la reparación del daño, de la que es consustancial la posibilidad de su defensa mediante los medios constitucionales y legales que establece nuestro sistema jurídico, violando con ello de paso, el principio de igualdad, al imponer la legislación secundaria (Ley de Amparo) límites injustificados y restrictivos a la posibilidad de defensa constitucional de los derechos fundamentales, que la propia Ley Fundamental no establece.

Creemos que en el presente, se gesta una corriente jurisprudencial que decididamente se opone a la consideración inexacta de que el ofendido o víctima por un delito, carezcan de legitimación procesal activa para ocurrir al juicio de amparo, cuando se utiliza la errónea solución de atender en forma exclusiva a la naturaleza formal del acto reclamado y despreciando el más profundo y detenido análisis de la posible presencia en el acto reclamado, de una efectiva conculcación de garantías que determine el interés jurídico del quejoso, limitándose a verificar si el caso concreto encuentra o no acomodo en las tres fracciones del artículo 10 de la Ley de Amparo. Los más novedosos precedentes evidencian, con buen juicio a nuestro parecer y en sus justos límites, la necesidad de efectuar un análisis integral de la procedencia del juicio de amparo promovido por la víctima o el ofendido, que no puede desdeñar la previsión constitucional del Apartado "B" del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las razones en

que abrevia su creación por el Constituyente Permanente y que hemos intentando reseñar:

OFENDIDO EN MATERIA PENAL. ESTUDIO DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO POR ÉL. Cuando el quejoso es la víctima del delito, la procedencia del juicio de garantías no debe analizarse únicamente a la luz del artículo 10 de la Ley de Amparo, sino en forma integral, acorde con el apartado “B” del artículo 20 de la Carta Magna, que reconoce los derechos del ofendido como garantías individuales y conforme al artículo 114 de la Ley de Amparo, como sucede en el caso del derecho de petición. En efecto, la aplicación de dicho apartado constitucional ha generado en la actualidad, a través de la jurisprudencia, criterios más amplios sobre la procedencia del juicio de amparo, ante la posibilidad del menoscabo de los derechos sustantivos de la víctima, con motivo del acto reclamado. De manera que si en la actualidad nuestro sistema jurídico presta mayor atención a la parte afectada por el delito, con el fin de lograr el equilibrio procesal entre las partes, es menester ponderar también bajo esta óptica tanto la procedencia del juicio de garantías, como el estudio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados. De ahí que resulta contraria a la realidad jurídica actual la afirmación de que, si el acto reclamado no está contemplado en el citado artículo 10, siempre será improcedente el amparo.

Tesis: IV.1o.P.19 P, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, XXI, febrero de 2005, página: 1731.

OFENDIDO. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL AMPARO. La legitimación del ofendido para promover el juicio de amparo no debe constreñirse sólo al artículo 10 de la Ley de Amparo vigente, reformado el nueve de junio de dos mil, sino en todo aquel caso en que se le vulneren sus garantías individuales contenidas específicamente en el apartado “B” del artículo 20 constitucional, adicionado mediante reforma de

veintiuno de septiembre de dos mil.

Tesis: I.7o.P.62 P, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, XXI, marzo de 2005, página: 1179.

Resulta a nuestro juicio de la mayor importancia insistir, en que el artículo 10 de la Ley de Amparo, ya no puede constituir un catálogo cerrado de hipótesis de procedencia del juicio de amparo para el ofendido o la víctima, a la luz del contenido textual y el sentido teleológico del Apartado “B” del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que arribar a la conclusión contraria, implica no solamente dejar de lado el principio de supremacía constitucional, sino inclusive hacer caso omiso de una regla elemental de determinación de la vigencia de las leyes, bajo el epígrafe de la derogación de una norma penal, la cuál, no necesariamente ocurre por una disposición expresa que contenga previsión en contrario, sino lisa y llanamente, de manera tácita, tal y como lo dispone una esencial regla de técnica e interpretación jurídica consagrada por el artículo 9º del Código Civil Federal que establece textualmente:

ARTÍCULO 9º.- La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

Sin embargo, es claro que la tendencia jurisprudencial que creemos advertir, no se encuentra libre de criterios en contrario y a nuestro parecer, completamente equivocados y desligados de una interpretación que respete a cabalidad el contenido y alcance de las garantías individuales de los ofendidos:

OFENDIDO. CARECE DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PROMOVER AMPARO, SI NO SE ACTUALIZA ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE LA MATERIA, PUES SU TEXTO ES DE CARÁCTER TAXATIVO. Conforme a lo establecido en los artículos 10, 73, fracciones V y XVIII, último párrafo y 74, fracción III, de la Ley de Amparo, el juicio de garantías promovido por el

ofendido dentro de una causa penal debe sobreseerse cuando no se actualice alguna de las hipótesis establecidas en el artículo 10 citado, pues lo contrario equivaldría a reconocerle legitimación activa a quien no la tiene, debido a que el texto de este último numeral es de carácter taxativo, por lo que no es dable estimar procedente un juicio de amparo promovido por la parte ofendida dentro de un proceso penal por cuestiones diversas a las establecidas en dicha norma.

Tesis: XIX.2o.51 P, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, XXI, marzo de 2005, página: 1179.

Por las razones que hemos venido exponiendo, pensamos que resulta erróneo considerar que el texto del artículo 10 de la Ley de Amparo es taxativo, limitando o reduciendo las hipótesis de procedencia del juicio de amparo que inste el ofendido, pues como ya hemos visto, ni siquiera una interpretación histórica apoya esa conclusión, al haberse suprimido del contenido del precepto en la única reforma de que ha sido objeto, la utilización del vocablo “sólo”, que innegablemente denota la alegada taxatividad, que hoy no existe más, como no sea en una interpretación del numeral que evidencie su inconstitucionalidad.

Seguramente, ante la evidente contradicción de criterios que se aprecia, nuestro más Alto Tribunal tendrá ocasión de establecer cuál de ellos o inclusive un tercero, debe prevalecer. Confiamos en que de presentarse esa oportunidad, no exista desdén de un profundo análisis del espíritu de la reforma constitucional.

Además, no debe olvidarse que la legislación secundaria, y particularmente la Ley de Amparo, no fue obstáculo en sus lagunas anteriores para considerar la procedencia del juicio de garantías, en ocasión de lo que en su momento ocurrió con la reforma al párrafo cuarto del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde ante la falta de actividad legislativa del propio Congreso de la Unión y las Cámaras de las entidades federativas, quedó sin definición la vía procesal de impugnación

expedita para la defensa de la garantía constitucional que se establecía. Lo anterior a diferencia de lo que hoy previenen la fracción III del artículo 10 y la fracción VII del artículo 114, ambos de la Ley de Amparo en vigor, pues anteriormente no se prevenía expresamente la procedencia del juicio de amparo contra las resoluciones del no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público, resolviendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ocasión de esa laguna legal, que en tanto no se estableciera en la ley ordinaria el medio de impugnación procedente para tales hipótesis, al tratarse como en el caso a estudio, de una garantía individual, el juicio de amparo resultaba el medio idóneo para combatir tales actos reclamados.

Creemos que la misma situación jurídica, pero a la inversa, se presenta en relación con las garantías contenidas en el Apartado “B” del artículo 20 constitucional; pues no por el hecho de que se quiera considerar que el artículo 10 de la Ley de Amparo continúa estableciendo (dejando de lado un análisis integral de la procedencia del juicio constitucional) un catálogo “aparentemente” cerrado y reducido de hipótesis de procedencia del juicio de amparo para el quejoso ofendido o víctima por la comisión de un delito, puede llegarse a concluir de plano, y desdeñando los motivos que inspiraron la reforma constitucional en materia de garantías del ofendido, que un juicio de amparo resulta notoriamente improcedente, cuando no se trata de un acto reclamado previsto en sus tres fracciones. Esa forma de ver la situación jurídica que se plantea no encuentra asidero en el marco constitucional vigente, pues al haberse establecido con el rango de garantía individual, entre otros, el derecho a la reparación del daño, lo diga o no el precepto citado de la Ley de Amparo, es procedente su defensa a través del juicio de garantías, por tratarse del medio jurídico de impugnación extraordinario por antonomasia, para la defensa de las violaciones a las garantías individuales.

Una última precisión nos parece obligada, a propósito de la tesis de jurisprudencia por contradicción número 1ª./J.26/2003 sus-

tentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, consultable en la página 175 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVIII, agosto de 2003, cuyo rubro y texto son:

OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO A FAVOR DE AQUÉL CUANDO COMPAREZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS. El supuesto establecido en la fracción II del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, no se actualiza a favor del ofendido o de la víctima del delito cuando comparezca con el carácter de quejoso dentro del juicio de garantías en materia penal, toda vez que la exposición de motivos de la reforma que dio origen a esa fracción, evidencia claramente que la suplencia de la queja en la materia mencionada, opera sólo cuando los conceptos de violación o agravios deficientes sean expresados en el juicio de amparo por el reo en el proceso penal, con el objeto de otorgarle la seguridad de que la resolución que en éste se emita es legal, ya sea que le resulte adversa o favorable. Además, no resulta acertado equiparar al ofendido con el reo en el proceso penal, ya que no se ubican en la misma hipótesis legal, pues aquél, al ser quien resiente los efectos del hecho delictivo, representa la figura antagónica de la persona a que se refiere la citada fracción, esto es, del sujeto a quien se le imputa la comisión del delito. No es obstáculo a lo anterior, la circunstancia de que por la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2000, se haya adicionado un apartado “B” a su artículo 20, para reconocer los derechos de la víctima u ofendido en el proceso penal como garantías individuales, ya que no se instituyó a favor de aquéllos dicha suplencia en el juicio de amparo, que se rige por una ley distinta de la que regula el proceso penal, como lo es la Ley de Amparo, la cual no ha sido modificada en la fracción II del referido artículo

76 bis, con posterioridad a la indicada reforma constitucional.

Pareciera a simple vista que el contenido de esta jurisprudencia, contradice el fin que persigue el Constituyente Permanente de lograr un equilibrio entre los derechos del imputado y el ofendido. A nuestro parecer, existe una diferencia palpable entre las voces “equilibrar” y “equiparar” que se emplea en el criterio, pues el primer verbo significa de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su 23^a. Edición “hacer que algo se ponga o quede en equilibrio. Disponer y hacer que algo no exceda ni supere a otra cosa, manteniéndolas proporcionalmente iguales” y el segundo implica “considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona”.

Así las cosas, la reforma al artículo 20 de la Carta Magna, no ha pretendido que el ofendido y el imputado sean considerados iguales o equivalentes, pero sí que persigue “poner en equilibrio” o bien, “compensar desequilibrios” entre el ofendido y el imputado para mantenerlos proporcionalmente iguales al deducir sus derechos. Bajo esta precisión, si la suplencia de la queja en el juicio de amparo atiende a la circunstancia personal del imputado, que no puede “equipararse” de ningún modo a la del ofendido, pues es aquél quien soporta todo el peso de la pretensión punitiva estatal, no existe razón para desestimar sobre la base de los fundamentos que emplea la tesis que se analiza, el acceso del ofendido al juicio de amparo en hipótesis diversas a las contempladas en el artículo 10 de la Ley de Amparo, pues la interposición del juicio, fuera de las previsiones generales sobre improcedencia, no reviste para el ofendido, ninguna situación particular que se relacione con su circunstancia en lo personal, sino en general, con la afectación de una garantía individual ocasionada por un acto de autoridad que puede ser inclusive, de orden jurisdiccional. Y es claro que con ello, no se produce una equiparación, sino que simplemente se equilibran las posibilidades de defensa del legítimo derecho, entre otros, a la reparación del daño como garantía individual, mediante un medio que también está al alcance del imputado, cuando se violan sus garantías indivi-

duales, con rango equivalente a las de la víctima.

Por lo tanto, la finalidad de crear dos apartados diferentes en el artículo 20 constitucional, no fue la de “equiparar”, sino la de “equilibrar” las posibilidades de defensa de las garantías individuales que a cada sujeto procesal corresponden.

Se trata, en definitiva, como señala De Vicente Remesal, de “una armonización de los derechos de la víctima con los del procesado y, en cualquier caso, de evitar que ésta sufra, además, una <victimización secundaria>”.²⁹

No podemos cerrar estas ideas, sin señalar que a nuestro parecer, con una gran visión y en la línea de la motivación reformista del Constituyente Permanente que derivó en la creación del Apartado “B” del artículo 20 constitucional, destaca la razón que asistía al Ministro Juan N. Silva Meza, en ocasión de su voto particular pronunciado al resolverse por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la contradicción de tesis 7/2000-PS, de donde destacamos los siguientes pasajes:

“En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece los derechos que tienen la víctima o el ofendido del delito para coadyuvar con el Ministerio Público y para que se le repare el daño originado por una conducta delictiva; estos derechos son fundamentales, y con su reconocimiento constitucional se pretende tener un equilibrio entre éstos y los que corresponden a la persona a quien se atribuye la comisión de un delito”.

“Ahora bien, las resoluciones jurisdiccionales dictadas dentro del proceso penal también pueden ser combatidas por la víctima o el ofendido por el delito a través del juicio de amparo, cuando resulte afectado el derecho a obtener la reparación del daño, en tanto constituye un derecho fundamental”.

“En otro orden de ideas y, respecto al artículo 10 de la Ley de Amparo... también se consideró que en aquellos casos en que al ofendido se le reconocía expresamente el carácter de coadyuvante

²⁹ *Op. Cit.*, página 176.

del Ministerio Público, podía promover el juicio de amparo únicamente contra los actos que emanaran del incidente de reparación o de responsabilidad civil, exclusión que encontraba sustento en el hecho de que el ofendido es representado por el Ministerio Público”.

“Como puede observarse, el precepto legal reformado contiene la precisión en el sentido de que los titulares del derecho a exigir la reparación del daño, son la víctima y el ofendido; mientras que el texto anterior aludía al ofendido o a las personas que conforme a la ley tuvieran el derecho a la reparación del daño, además de que se eliminó el vocablo “sólo”, que inducía la idea de exclusividad”.

“Como se desprende de dicha exposición de motivos, lo que el legislador ha buscado, a partir de las referidas reformas, es dotar a los gobernados de mayores y mejores oportunidades para la defensa de sus derechos, lo cual habrá de traducirse en una justicia pronta y expedita, que elimine la posibilidad de que el ofendido o la víctima del delito queden indefensos en especial en lo que se refiere a obtener la reparación del daño, aunque no únicamente esto, máxime si, como ya se dijo, ésta constituye un derecho fundamental”.

“Tratándose del derecho a la reparación del daño, ya sea que esté legalmente reconocido o que se establezca dentro del proceso penal, debe entenderse que las diversas resoluciones jurisdiccionales dictadas dentro del proceso penal, pueden ser impugnadas a través del juicio de amparo, sin que sea obstáculo el hecho de que el órgano de amparo que conozca del asunto tenga que analizar indirectamente la legalidad de la resolución, en la que se contiene la afectación a ese derecho de la reparación del daño, mientras no constituya cosa juzgada”.

“No es obstáculo para la procedencia del juicio de amparo, el hecho de que el acto reclamado lo constituya una sentencia absolutoria, ya que si lo que está en juego es una garantía constitucionalmente reconocida a favor del ofendido o víctima del delito, nada impide que el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo, directa o indirectamente tenga que analizar pruebas y, en su caso, ordenar que se modifique la resolución impugnada, para

corregir la violación a partir de los aspectos en los que llegue a tener razón el impetrante”.

“Aunado a lo anterior, debe señalarse que si bien el interés que se ventila tratándose de la orden de aprehensión incide con la libertad del procesado, lo mismo puede establecerse respecto al desistimiento o no ejercicio de la acción penal; además, esto no significa que únicamente esté de por medio un interés meramente público, ya que la víctima o el ofendido por el delito tienen un interés solidario directo con el Estado y con la misma sociedad, para que determinadas conductas no queden impunes, interés que converge con el de hacer efectivo su derecho fundamental consistente en el que se le repare el daño causado, lo que confirma que no puede pensarse en el drama penal, abstrayendo del mismo a la víctima o al ofendido por el delito”.

“Recapitulando, tomando en cuenta los elementos a que se ha hecho referencia, debe concluirse que, con base en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el 10 de la Ley de Amparo, el ofendido o la víctima del delito, que tengan derecho a la reparación del daño, sí están legitimados para promover el juicio de garantías, no sólo contra resoluciones del Ministerio Público, sino también contra decisiones jurisdiccionales que afecten el derecho a obtener dicha reparación del daño, ocasionado por un hecho delictivo”.

“Lo anterior obedece a la circunstancia de que, conforme al espíritu y actuales concepciones que impulsaron la reforma a los citados artículos, los actos de autoridad que afecten el referido derecho de obtener la reparación del daño, no pueden escapar al control de legalidad”.

Estas ideas y esta visión, se anticiparon inclusive, a la reforma constitucional del dos mil por las que se creó un Apartado “B” en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ¿Quién dudaría hoy de la verdad de estas consideraciones?

Resta únicamente enfatizar, que la tendencia que invade el sistema penal para voltear la mirada hacia las víctimas, parece ya irre-

versible, por lo que es posible que en un futuro no lejano, la historia del derecho penal, deje de ser la historia exclusiva del delito, el delincuente y la pena, para agregar otro personaje que se inscriba en sus capítulos.

No es posible ignorar esta nueva realidad y su positivo embate, siendo al respecto más que elocuentes las palabras de Queralt,³⁰ cuando concluye que “la consideración de la víctima en el sistema penal tiene que pasar a primer plano”.

Creemos firmemente que la elevación al rango de garantías individuales de los derechos del ofendido y su posterior sistematización en un apartado específico del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, han llevado a buen recaudo el propósito esencial del Constituyente Permanente: rescatar a la víctima de su olvido, reconocerle el carácter de sujeto procesal, lograr un equilibrio de su posición respecto a la del imputado y dotarlo de un protagonismo activo dentro del proceso penal para hacer valer sus pretensiones.

Ello desde luego, sin demérito de las garantías que corresponden al imputado, las cuáles no deben retroceder ni un ápice, no tan sólo por la consideración y la elevación del papel protagónico de la víctima, sino bajo pretexto de un eficientismo estatal y un pretendido derecho penal de la seguridad.

Todo lo anterior merece a nuestro juicio, una especie de “giro copernicano” en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que sensible a la nueva consideración constitucional de la víctima o el ofendido por un delito, libere de obstáculos procesales y legales incompatibles con el espíritu que guía la norma fundamental, las prerrogativas reales del ofendido. De ellos tan sólo es uno el que ocupa estas líneas, sin desconocer que en otra perspectiva jurídica probablemente fueron válidos, pero que hoy no guardan ya armonía con la previsión constitucional, por lo que a nuestro juicio deben superarse, para dotar a la disposición suprema no sólo de vigencia

³⁰ *Op. Cit.*, página 171.

formal, sino de validez real que en la práctica encuentre fiel reflejo.

Y en esta tarea no podrá quedar de lado el legislador ordinario, quien cuenta entre los pendientes de su agenda legislativa, la de implementar en las legislaciones secundarias penales sustantivas y adjetivas, los instrumentos y figuras jurídicas que contribuyan a exaltar el espíritu del constituyente y cumplir su mandato en relación con los derechos de la víctima o el ofendido.

Despreciar ciegamente las acciones a emprender, tan sólo ocasionará que la reforma constitucional asuma una función simbólica, esto es, que tan sólo dé la apariencia de que el Estado se preocupa y está presente con capacidad de reacción ante el interés de la víctima, simulando su protección y salvaguarda, pero cayendo inevitablemente a la larga, en una crisis de credibilidad ante la sociedad que se siente cada día más agraviada por el delito, y por la falta de atención a su interés en que el daño causado se le repare.

IV. ADDENDUM

Entre la conclusión de estas notas y su envío para la contribución al número inicial de la Revista que publica el Instituto Federal de Defensoría Pública, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto la contradicción de tesis 152/2005 el día dieciséis de noviembre de dos mil cinco, generando la Jurisprudencia número 170/2005, la cual tuvo como tema de contradicción el siguiente:

“Determinar si la legitimación del ofendido para acudir al amparo se encuentra limitada a los casos señalados en el artículo 10 de la Ley de Amparo, o si, con base en la reforma constitucional del artículo 20 constitucional —en vigor a partir del treinta y uno de marzo de dos mil uno— mediante la cual se adicionó un apartado B con un catalogo de derechos a favor de la víctima u ofendido del delito como garantías individuales, dicha procedencia se amplió a otros supuestos en que se impugne la violación a dichas garantías”.

Felizmente, la opinión de nuestro Alto Tribunal, se ha decantado por una interpretación correcta del espíritu del Constituyente

Permanente en el tema que nos ocupa, generando la siguiente jurisprudencia definida:

LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO PARA ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO. NO SE LIMITA A LOS CASOS ESTABLECIDOS EXPRESAMENTE EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE LA MATERIA, SINO QUE SE AMPLÍA A LOS SUPUESTOS EN QUE SE IMPUGNE VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La reforma al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —en vigor a partir del 21 de marzo de 2001— adicionó un apartado B en el cual se establecen derechos con rango de garantías individuales a favor del ofendido o víctima del delito. Ahora bien, el hecho de que el texto del artículo 10 de la Ley de Amparo no se haya actualizado acorde a la reforma constitucional mencionada, no significa que la legitimación activa del ofendido para interponer juicio de garantías deba constreñirse a los casos establecidos expresamente en este numeral, sino que aquélla se amplía a todos aquellos supuestos en que sufra un agravio personal y directo en alguna de las garantías contenidas en el citado precepto constitucional. Lo anterior es así, toda vez que atendiendo al principio de supremacía constitucional, dicho numeral debe interpretarse a la luz de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, de los cuales se desprende que el juicio de amparo tiene como propósito la protección de las garantías individuales cuando éstas son violadas por alguna ley o acto de autoridad y causan perjuicio al gobernado; así como que quien sufra un agravio personal y directo en ellas está legitimado para solicitar el amparo. En ese tenor, se concluye que si la víctima u ofendido del delito es titular de las garantías establecidas en el apartado “B” del artículo 20 constitucional, está legitimado para acudir al juicio de amparo cuando se actualice una violación a cualquiera de ellas, causándole un agravio per-

sonal y directo. Ello, con independencia de que el juicio pueda resultar improcedente al actualizarse algún supuesto normativo que así lo establezca.

Tesis: 1a./J. 170/2005, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, Tomo: XXIII, Enero de 2006, página: 394.

Para arribar a este criterio, la Primera Sala consideró un eje de ideas rectoras, que desarrolla extensivamente en relación con el tema de la contradicción y que puntualiza en los siguientes términos:

“a) En primer término, se hará un breve análisis sobre el contenido y alcance del apartado “B” del artículo 20 constitucional, adicionado mediante reforma que entró en vigor el treinta y uno de marzo de dos mil; b) posteriormente, se analizará la figura de la legitimación activa para acudir al juicio de amparo en función al objeto y fin del mismo, así como al contenido de algunos principios que rigen el juicio de garantías; c) en relación con ello, se estudiarán los casos previstos expresamente en la Ley de Amparo respecto a la legitimación del ofendido o víctima del delito para acudir al mismo —específicamente el contenido del artículo 10—; d) hecho lo anterior, se estudiará el principio de supremacía constitucional; y e) finalmente, con base en todo lo anterior, se determinará si la legitimación del ofendido para promover juicio de garantía debe limitarse a los casos expresamente establecidos en el artículo 10 de la Ley de Amparo o si la misma debe ampliarse a otros supuestos en que se impugne violación a las garantías contenidas en el precepto constitucional aludido”.

Destacan, en base a lo anterior, los siguientes pasajes de la resolución que se comenta:

“Por el contrario, atendiendo a la supremacía constitucional, la legitimación del ofendido o víctima del delito debe regirse por el propio texto constitucional y los principios contenidos en el mismo de cuya interpretación sistemática se desprende, como anteriormente analizado, que: a) el artículo 20 constitucional,

apartado “B”, establece una serie de derechos, con rango de garantías individuales, a favor del ofendido o víctima del delito; b) que el juicio de amparo tiene como propósito la protección de las garantías individuales —entre las cuales quedan comprendidas las del referido artículo constitucional— cuando éstas son violadas por algún acto de autoridad y le causan perjuicio al gobernado; y c) que, el titular de dichas garantías que sufra un agravio personal y directo en dichos derechos está legitimado para solicitar el amparo”.

“De ello que pueda concluirse que el ofendido o víctima del delito se encuentran legitimados para acudir al amparo no sólo en aquellos casos establecidos expresamente en el artículo 10 de la ley de Amparo, sino en todos aquellos supuestos en que sufran un agravio personal y directo en alguna de las garantías contenidas en el reformado artículo 20 constitucional, apartado “B”. Ello, toda vez que si la norma secundaria resulta omisa, por el hecho de no haber sido actualizada, respecto a una situación concreta regulada en la Carta Magna, entonces, no existe impedimento jurídico para que ésta se interprete, por los órganos jurisdiccionales de control constitucional, atendiendo a las disposiciones del Código Supremo”.

“En esta virtud es dable concluir que los juzgadores en materia de amparo, al pronunciarse sobre la legitimación del ofendido para promover juicio de garantías no deben constreñirse exclusivamente a verificar si se actualiza alguno de los supuestos establecidos expresamente en la Ley de Amparo —en específico en su artículo 10— sino que deben atender también al artículo 20 constitucional, apartado “B”, y analizar si se impugna la afectación personal y directa de alguna de las garantías ahí reconocidas, caso en el cual el ofendido o víctima del delito también se encuentra legitimado para acudir al amparo. De lo contrario se vulneraría el principio de supremacía constitucional que es resguardado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, encargada de vigilar que todos los órganos jurisdiccionales res-

peten el Código Supremo en el dictado de sus resoluciones”.

“El ofendido o víctima del delito puede acudir al amparo, por ejemplo, cuando en su carácter de coadyuvante del Ministerio Público el juez del proceso le rechace injustificadamente algún elemento de prueba que ofrezca o no desahogue las diligencias correspondientes. Otro ejemplo sería que se obligara, en el proceso, a un ofendido menor a carearse con el inculpado, supuesto en el cual claramente estaría legitimado para acudir al amparo. Lo anterior es meramente ejemplificativo, mas no limitativo”.

“De negárseles la legitimación activa para acudir al amparo, se contravendría el propio texto constitucional, así como las razones que tuvo el constituyente para reformarlo, haciendo nugatorias sus garantías”.

“De todo lo anterior puede concluirse, entonces, que en virtud de la reforma al artículo 20 constitucional, apartado “B”, en el que se adicionan una serie de derechos, con rango de garantías individuales, a favor del ofendido o víctima del delito en todo proceso penal; el ofendido o víctima del delito debe considerarse legitimado para acudir al amparo, no solamente en los casos expresamente previstos en el artículo 10 de la Ley de Amparo —aún no adecuado a la reforma de mérito— sino también en aquellos supuestos en que impugne una ley o acto de autoridad que estime violatorios de algunas de sus garantías —incorporadas mediante la reforma en cuestión—”.

En consecuencia, una primera impresión sobre las consecuencias prácticas que acarrearía la obligatoriedad de éste criterio, en orden al mejoramiento de la posición procesal de la víctima u ofendido por el delito, evidentemente habrá de buscarse, en la consideración que los tribunales hagan del requisito de procedencia general del juicio de amparo, basado en que el acto reclamado motive “agravio personal y directo”, el cual ha sido motivo de numerosas críticas y concretas propuestas de reforma, ya que en no pocas ocasiones, bajo la estrechez de su apreciación y la indeterminación de su contenido, ha servido de “trampa” u obstáculo para lograr una efectiva

tutela judicial de las garantías individuales.

Es en este punto fino, donde habrá de perfilarse el justo alcance de la garantía individual, determinándose en definitiva, si subsisten viejas concepciones que colorean la expectativa a la reparación del daño con el tinte de la acción pública, sometiéndola fatalmente a su particular éxito y caprichoso manejo, o por el contrario, se facilitan cauces de impugnación que permitan al ofendido, “renacer” y protagonizar activamente la defensa de su legítima expectativa a obtener la reparación del daño.

Los derechos de las personas indígenas en el sistema jurídico penal mexicano

Arturo Adolfo Andrade Serrano

Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública*

Se podría pensar que nuestro tema es poco común y que rebasa el límite de lo “estrictamente jurídico”; sin embargo, para nosotros lo que resulta poco común es el escaso conocimiento que existe en nuestra sociedad con respecto a los grandes problemas que enfrentan los pueblos indígenas y en contraposición el interés político del Gobierno Mexicano por resolverlos de manera integral y efectiva como se refleja en las reformas del texto al artículo segundo constitucional.

La problemática jurídica de los indígenas, es amplia y compleja puesto que desde la época colonial hasta la actual han mantenido sus costumbres entre ellas las de carácter jurídico a veces en coexistencia y en ocasiones en contradicción con el derecho positivo de los sucesivos regímenes gobernantes.

Por lo anterior, la resolución de esta problemática no admite medidas superficiales, de forma y sobre todo unilaterales.

Para elaborar el presente trabajo partimos de los siguientes hechos objetivos: el pueblo indígena posee características específicas que lo diferencian del resto de la sociedad mexicana, tales como su lengua, su estructura política-social y sus normas consuetudinarias. La adición al artículo cuarto constitucional que entró en vigor el

*Se hace un reconocimiento al Lic. Víctor Raúl Flores Vega, Defensor Público Bilingüe en Sonora, por su destacada colaboración en la elaboración de este Artículo [NOTA DEL AUTOR].

día 29 de enero de 1992, actualmente reformado en el artículo segundo, tiene como objeto reconocer el carácter pluriétnico de nuestro país y la protección y promoción de algunos derechos relativos a los pueblos indígenas y sus integrantes.

Se pretende exponer algunos de los principales aspectos que comprende la problemática indígena en su aspecto jurídico, entendiendo que, no obstante su complejidad ya que incide en múltiples y variados campos y siendo un fenómeno social que forma parte de nuestra sociedad es susceptible de ser conocido en sus aspectos esenciales que permitan señalar políticas y estrategias generales que sirvan de principios rectores en los diferentes problemas específicos y concretos.

Se debe ampliar el horizonte o visión que se tiene de la problemática de los pueblos indígenas de México y comprender que más que problema de investigación o de técnica jurídica, es un problema estructural del Estado Mexicano, que se ha constituido u organizado jurídicamente tratando de no dejar al margen la existencia y los derechos de estos pueblos indígenas.

La intención al iniciar el presente trabajo fue estudiar el derecho consuetudinario de las tribus, posteriormente, considerando la amplitud y complejidad del problema indígena a nivel nacional e internacional, exponer el problema desde un plano más amplio y general buscando definir un marco general que nos ponga en situación de ubicar cada problema concreto dentro de su contexto jurídico-político y conceptual.

Por su parte la Organización de las Naciones Unidas realizó un estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, para lo cual nombró un “relator especial”, en el cual se propone la siguiente definición:

Son Comunidades, Pueblos y Naciones Indígenas las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no determinan-

tes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como Pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus Instituciones sociales y sus sistemas legales.

Por otra parte y desde el punto de vista de las organizaciones indígenas -como por ejemplo, El Consejo Mundial de los Pueblos Indígenas (por citar alguno), una organización no gubernamental-, se ha exigido que el derecho de definir quién es y quién no es una persona indígena deberá recaer en los propios pueblos indígenas; se rechazan definiciones artificiales que se imponen en algunas legislaciones nacionales a los pueblos indígenas sin consultarlos y que por lo tanto no se aceptan.

Por lo expuesto y considerando que aún más que la definición, resulta de fundamental importancia la reivindicación de derechos que asisten a los pueblos indígenas en cuanto a tales, que lleven a modificar la situación de desigualdad que históricamente han venido padeciendo.

Formando parte de tales reivindicaciones y derechos se encuentra precisamente una definición de los pueblos indígenas, pero acorde a la nueva situación que se pretende al eliminar esta subordinación histórica; considerando además que dentro de nuestro orden jurídico-positivo y en el marco de las reformas y adiciones al artículo segundo constitucional el constituyente permanente utiliza el término “Pueblos Indígenas”, quedando a juicio de las etnias, la definición jurídica del término a la posterior determinación de una ley secundaria.

En relación a la costumbre jurídica como estructura normativa característica de los pueblos indígenas, sólo es necesario manifestar aquí que, lo que constituye lo jurídico propiamente dicho, se encuentra inmerso en la totalidad de las relaciones sociales que se dan al interior del grupo.

Aunque, conceptualmente no está claramente definido en sus aspectos teórico y positivo, es evidente que el derecho consuetudi-

nario o costumbre jurídica es una realidad que podemos observar en las relaciones internas de la tribu, que cuenta con órganos y formas sociales que estructuran una efectiva organización que es de controlar y resolver los diversos problemas que se presentan al grupo y de oponerse a acciones externas que pretendan alterarlos.

El hecho de que a simple vista observemos relaciones y comportamientos en el interior del grupo que nos hacen percibir la existencia de un “sistema regulador” de esa conducta social, existiendo derechos y obligaciones para sus integrantes nos muestra que estamos ante un sistema de ordenación social con características jurídicas; es decir, ante una estructura jurídica de carácter consuetudinario.

Para pretender comprender la complejidad entre los grupos étnicos y la sociedad como Estado, es necesario entender el concepto Estado.

EL ESTADO MEXICANO

Se dice que el Estado es una situación de convivencia humana en la forma más elevada dentro de las condiciones de cada época y de cada país.

La esencia jurídica del estado puede cifrarse en el hecho de constituir una organización que aspira a la regulación en la convivencia de un pueblo determinado asentado sobre un cierto territorio, mediante la creación de una voluntad dominante sobre la totalidad de ciudadanos. El estado así constituido con sus elementos concretos; pueblo, territorio y dominio, no es una mera abstracción jurídica sino una realidad efectiva que sólo se inicia por la concurrencia de los factores dos de ellos (territorio y pueblo) son de naturaleza material y el tercer elemento (dominio) pertenece al reino ideológico.

Se considera como tal, ya que reúne todos los elementos de la definición antes citada. Se materializa y especifica en un documento denominado: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que es la suprema ley que rige en el país y de la cual se desprende todo el orden jurídico nacional; sus dos principales características son: el ser escrita y de carácter rígido, es decir, que sólo

puede ser modificada observando prescripciones especiales y mediante un órgano también especial, esto es, el constituyente permanente.

ELEMENTO TEÓRICOS DEL DERECHO Y LA COSTUMBRE JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Al grupo étnico no le es ajena la problemática que enfrentan todos los pueblos indígenas de México y América Latina. Si bien su problemática específica resulta lógicamente de su concreta realidad abordando el problema desde un plano más general podemos señalar los puntos comunes que tienen las diferentes situaciones que afrontan estos grupos.

En este apartado nos ocuparemos solamente del aspecto jurídico de esta problemática, sin que ello quiera decir que consideremos tal aspecto como fundamental ya que el problema no es de tan simple solución.

En este punto encontramos que en la relación que se da entre un grupo étnico y el Estado Nacional del cual forma parte se da una coexistencia (que varía en grado) entre dos sistemas normativos de carácter jurídico; esto es, entre el derecho positivo del Estado y el conjunto de normas de carácter consuetudinario que han regido y rigen la organización y las relaciones dentro de los pueblos indígenas, mismos que poseen una naturaleza jurídica y a los cuales se ha llamado costumbre jurídica o derecho consuetudinario, término éste que si bien su valor conceptual no es generalmente reconocido, encierra en su contenido una realidad innegable.

EL DERECHO POSITIVO ACTUAL Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Los diferentes países de América Latina han establecido dentro de su territorio diversas legislaciones que sin embargo tienen en común el hecho de haber sido inspiradas en legislaciones y doctrinas jurídicas de países más desarrollados en todos los aspectos y también por supuesto el filosófico-jurídico, (Francia, Estados Unidos y otros).

Estas legislaciones, ni al momento de crearse ni al aplicarse, rara vez han tomado en cuenta la situación de los indígenas que

constituyen sociedades con características específicas propias que los diferencian del resto de las sociedades “nacionales” de las que se encuentran formando parte.

Lo anterior ha contribuido a la destrucción de las comunidades indígenas, ya que históricamente se han venido desconociendo su derecho a conservar la propia identidad como pueblos con especificidad propia y a conservar los elementos esenciales para su existencia.

La lucha de estos pueblos por conservar su identidad y sus derechos trasciende al campo jurídico, considerando que la legislación ha sido usada como instrumento para justificar el despojo y dominio de estos pueblos.

Desde el período de la conquista hasta la época actual, se ha venido dando un conflicto entre dos sistemas legales: el ancestral, practicado por los indígenas, y las sucesivas legislaciones de los grupos que han venido ocupando sucesivamente el papel de dominadores. Se dice que las actuales legislaciones son el producto de una sociedad capitalista de corte individualista y liberal.

ASPECTOS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Dicho lo anterior, veamos ahora algunos elementos del marco conceptual relacionado con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas apoyándonos en ocasiones en puntos de vista de corte sociológico-jurídico sobre el tema lo cual según nuestra consideración no altera sino que enriquece los puntos tratados, el entorno socio-cultural donde una norma jurídica va a regir debe ser inevitablemente considerado por cualquier legislador si se quiere que ésta tenga plena eficacia práctica.

IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA

Actualmente los grupos indígenas de Latinoamérica plantean ante sus respectivos gobiernos una serie de reivindicaciones que lo son fundamentalmente para su desarrollo como pueblos. Estas reivindicaciones hacen patentes las diferencias que se dan en cuanto a la concepción de desarrollo que tienen, por un lado los gobiernos y

por el otro lado los pueblos indígenas, diferencias que por necesidad hacen fracasar cualquier programa de gobierno que se implemente sin considerar que a veces llevan a choques violentos por situaciones injustas y que son motivadas por el desconocimiento (consciente o inconsciente) de las autoridades estatales de la realidad imperante en las comunidades indígenas. Ahora bien, tanto para la mejor estructuración en el planteamiento de las reivindicaciones de estos pueblos como para sensibilizar en lo posible a los gobiernos en la comprensión de la problemática indígena, resulta importante el conocimiento del derecho consuetudinario como un aspecto de fundamental importancia en su cultura e identidad étnica.

En primer lugar, como ya se ha dicho, el derecho consuetudinario forma parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo por lo que su estudio nos lleva a un mejor conocimiento de la comunidad indígena de que se trate; en segundo lugar, al igual que la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituye un elemento básico de la identidad étnica de los pueblos; y, en tercer lugar, la existencia del derecho consuetudinario influye en la posición que los pueblos indígenas guardan en el contexto de la sociedad nacional.

DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO POSITIVO Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

En tanto que el derecho consuetudinario indígena se compone de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad que operan sin referencia al Estado, el derecho positivo se basa en leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida (Estado) y su aplicación está en manos de ésta.

Entre los pueblos indígenas lo jurídico no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad, sino que por lo contrario se encuentra inmerso en la estructura social. No existe por lo general un aparato administrativo específico, ni los especialistas encargados de elaborar y/o aplicar el derecho ni los propios miembros de la comunidad distinguen con frecuencia un ámbito “legal” distinto al

conjunto de costumbres, normas de comportamiento y de control social; en cambio el derecho positivo constituye una esfera bien distinta y específica del resto de la cultura y la sociedad, con normas y lenguaje propios así como sus especialistas y profesionales pudiéndose entender en términos de sí mismo y evolucionado de acuerdo a sus propias leyes internas pudiendo ser transferido como *corpus* acabado de una sociedad a otra, por último los especialistas pueden ocuparse del derecho con escasa referencia al contexto social o cultural.

Asimismo, en los pueblos indígenas lo “legal” o lo “jurídico” se distingue mediante la investigación de las costumbres que integran la vida de una comunidad mientras que la legalidad en el derecho positivo se comprende como todo lo sancionado por la ley escrita.

TEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

Se ha dicho que la costumbre jurídica en las comunidades por el hecho de no ser escrita tiene como características el ser flexible, dinámico y que su contenido varía en razón del grupo étnico de que se trate; sin embargo podemos encontrar un común denominador en elementos que por su valor e importancia fundamental son comunes a todos los pueblos indígenas, a saber: territorio, formas de organización, régimen administrativo y su cultura.

Un elemento esencial para que las normas de ordenamientos de carácter internacional sean eficaces y justas, lo es la creciente participación de los pueblos indígenas por conducto de sus organizaciones y representantes; un paso importante en esta esfera internacional lo fue el proceso de revisión del llamado Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, que fue criticado por las organizaciones indígenas como “asimilacionista e integracionista” lo cual se desprende de lo dispuesto en el artículo 2º que dice: “incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión (pueblos indígenas) y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países”.

El resultado de este proceso de revisión lo fue la adopción con

fecha 27 de junio de 1989 del convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, por parte de la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, mejor conocido como “Convenio 169” éste, se puede calificar como bastante “menos integracionista” con respecto del anterior, toda vez que en su artículo 2º si bien establece la responsabilidad de los estados, también señala la plena participación de los pueblos interesados en el desarrollo de las acciones coordinadas y sistemáticas tendientes a garantizar el respeto de la integridad de estos pueblos y sus derechos, el cual entró en vigor en enero de 1991. Conviene destacar su artículo 8º, punto 2, que a la letra dice: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”, dicho convenio está previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (control difuso).

Con la reforma constitucional se adecuaron leyes secundarias relacionadas a la materia indígena, Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, etc.

MARCO JURÍDICO

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Normas en Materia Penal comprendidas por el Convenio 169 de la OIT.

LEGISLACIÓN NACIONAL

- a) Derechos indígenas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- b) Código Penal Federal relacionado a la materia indígena;
- c) Reformas en materia de derechos de indígenas en el Código Federal de Procedimientos Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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.

De las garantías individuales

ARTÍCULO 2o. LA NACION MEXICANA ES UNICA E INDIVISIBLE.- Apartado A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: ...VIII.- Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean partes, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidad culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

ARTÍCULO 8.- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni

con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

ARTÍCULO 9.- 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

ARTÍCULO 10.- 1. Cuando se imponga sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento.

ARTÍCULO 11.- La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

ARTÍCULO 12.- Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario intérpretes u otros medios eficaces.

Código Penal Federal

ARTÍCULO 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indí-

genas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezca.

ARTÍCULO 52.- Fracción V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además sus usos y costumbres.

Código Federal de Procedimientos Penales

Reglas Generales para el Procedimiento Penal

ARTÍCULO 6.- Si el delito produce efectos en dos o más entidades federativas, será competente el juez de cualquiera de éstas o el que hubiera prevenido; pero cuando el conflicto involucre como partes a indígenas y no indígenas, será un tribunal competente el que ejerza jurisdicción en el domicilio donde radique la parte indígena.

Formalidades

ARTÍCULO 15.- Cuando intervengan en las actuaciones personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, deberán ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua cultura, debiendo asentarse tal circunstancia en el acta respectiva.

ARTÍCULO 18.- Cuando se trate de personas integrantes de pueblos o comunidades indígenas, el intérprete, además de tener conocimiento de su lengua, deberá conocer sus usos y costumbres.

Intérpretes

ARTÍCULO 28.- Cuando el inculpado, el ofendido o el denunciante, los testigos o los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma castellano, se les nombrará a petición de parte o de oficio, uno o más traductores, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes, podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el traductor haga la traducción.

Levantamiento de actas en averiguación previa

ARTÍCULO 124.- Se procederá a levantar el acta correspondiente que contendrá: hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos: el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos y su declaración así como el de los testigos cuyos dichos sean más importantes, y la del inculpado, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al cual pertenece en su caso.

Artículo relacionado.

ARTÍCULO 146.- (Reglas Generales de la Instrucción). Durante la instrucción, el tribunal que conozca del proceso deberá tomar en cuenta las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculpado en su caso, a grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener... La misma obligación señalada en los párrafos precedentes tiene el ministerio público durante la averiguación previa y en el curso de la instrucción, para el efecto de hacer, fundadamente, los señalamientos y peticiones que correspondan al ejercitar la acción penal o al formular conclusiones.

ARTÍCULO 124 BIS.- En la averiguación previa en contra de personas que no hablen o no entiendan suficientemente el castellano, se les nombrará un traductor desde el primer día de su detención, quien deberá asistirles en todos los actos procedimentales sucesivos y en la correcta comunicación que haya de tener con su defensor.

El juez, en su caso, de oficio, o a petición de parte, verificará que perdure ese canal de comunicación; y si lo estimare prudente, podrá nombrar el defensor o el traductor que mejoren dicha comunicación.

Tratándose de personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, tanto el defensor como el intérprete correspon-

diente deberán tener pleno conocimiento de su lengua y cultura.

ARTÍCULO 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el ministerio público federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma: ...fracción IV: cuando el detenido perteneciere a un pueblo o comunidad indígena o fuere extranjero, que no hable o no entienda suficiente el español, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Tratándose de indígenas, el traductor y el defensor que deberán asistirle, deberán tener además conocimiento de su lengua y cultura...

Declaración preparatoria

ARTÍCULO 154.- En su primer párrafo que a la letra dice: “La declaración preparatoria comenzará por los generales del inculpado en las que se incluirán también los apodos que tuviere el grupo étnico indígena al que pertenezca en su caso y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales”.

“Si el inculpado pertenece a un pueblo o comunidad indígena, se le hará saber el derecho que tiene de ser asistido por un intérprete y por un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura, en términos del artículo 2º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”.

ARTÍCULO 159.- Cuando el inculpado pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, la designación del defensor de oficio recaerá sobre aquel que tenga conocimiento de su lengua y cultura.

Peritos

ARTÍCULO 220 BIS.- Cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse a dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional.

En los procedimientos en los que intervengan personas que aleguen tener la calidad de indígenas, la misma se acreditará con la

sola manifestación de quien la haga. Cuando el juez tenga duda de ella o fuere cuestionada en juicio, se solicitará a las autoridades comunitarias la expedición de la constancia que acredite la pertenencia del individuo a un determinado pueblo o comunidad.

ARTÍCULO 223.- Último párrafo que a la letra dice: “Cuando el inculcado pertenezca a un grupo étnico indígena, podrán ser peritos prácticos, personas que pertenezcan a dicho grupo étnico indígena”.

En la actualidad el Instituto Federal de Defensoría Pública cuenta con defensores públicos bilingües para atender indígenas que no hablan ni entienden español.

Delitos cometidos en misiones diplomáticas extranjeras en México

Benjamín Ayala Romero
Defensor Público Federal

El territorio que ocupan las Misiones diplomáticas en todo el mundo, e inclusive, la residencia particular del agente diplomático, constituye una extensión del país al que pertenecen, representando una ficción jurídica, constitutiva de una prolongación artificial del territorio del país acreditante, enclavada dentro del ámbito geográfico del Estado receptor, razón por la cual aquéllas gozan de inviolabilidad, principio de derecho internacional público que México acogió y se comprometió a respetar en la Convención de Relaciones Diplomáticas de Viena, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas, celebrada el 18 de abril de 1961, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de agosto de 1965, conforme a lo establecido en los artículos 20 al 28 de la aludida Convención Internacional.

Por ello, atento a lo ordenado por la Convención Internacional citada, dentro del espacio de terreno que ocupan las misiones diplomáticas en el país distinto al que representan, se regirán por las leyes del país del que son originarios y no por las leyes del país receptor, es decir, éste no ejerce su jurisdicción sobre aquéllas; ficción jurídica a la que se le ha dado en llamar *inmunidad de jurisdicción*.

Con base en lo anterior, todas las conductas ilícitas realizadas en la República Mexicana, pero dentro de las Embajadas y Consulados de gobiernos extranjeros, se entenderán cometidas en éstos, y el sujeto activo del delito podrá ser juzgado y sentenciado en los Juzgados de la

República Mexicana y con las leyes aplicables en éste, de conformidad con lo ordenado por el artículo 4 del Código Penal Federal.

Como puede apreciarse, el artículo 4 del Código Penal Federal citado, señala los requisitos que deben ser satisfechos para que el sujeto activo de un delito cometido en el extranjero pueda ser enjuiciado y sentenciado dentro de la República.

Tales requisitos deben ser recabados por el Agente del Ministerio Público de la Federación, pues conforme al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde a éste la investigación y persecución de los delitos, amén de que los tribunales federales de la jurisdicción donde se encuentre el inculcado, son los competentes para conocer de tales ilícitos, porque así lo disponen los artículos 7 del Código Federal de Procedimientos Penales; y 50, fracción I, inciso b), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Así también lo han sostenido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis “COMPETENCIAS FEDERAL Y LOCAL”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, séptima época, tomo 71, segunda parte, página 23; y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito en la tesis “EMBAJADAS. ACCIONES LABORALES EJERCITADAS CONTRA LAS”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo XI, Enero de 1993.

La obligación de la representación social de la Federación de recabar los requisitos que ordena el artículo 4 del Código Penal Federal, es jurídicamente trascendente, ya que de lo contrario, no puede nacer su facultad investigatoria y persecutora de delitos y delinquentes, esto es, el Ministerio Público no puede recabar pruebas para determinar si el hecho que se hizo de su conocimiento constituye o no delito, así como tampoco ejercer actos de molestia en contra del sujeto señalado como activo, y establecer si tuvo o no participación en tal hecho, ni mucho menos nace la facultad de la representación social de la Federación investigadora para ejercitar acción penal por delito cometido en el extranjero.

Lo anterior es así, toda vez que cada una de las fracciones contenidas en el artículo 4 del código sustantivo federal de la materia, constituyen requisitos de procedibilidad, por lo que si alguno de ellos no se cubre, no puede nacer la potestad del Estado para la persecución del delito y del delincuente, de conformidad con lo ordenado por el artículo 113, fracción II, y último párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunció al respecto en la tesis “EXTRANJERO, DELITOS COMETIDOS EN EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA SU ENJUICIAMIENTO”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, séptima época, tomo 97-102, segunda parte, página 72.

Cobra mayor relevancia el requisito de procedibilidad contenido en la fracción III del artículo 4° del Código Penal Federal, toda vez que su ausencia representa un claro incumplimiento y violación de la garantía constitucional prevista en el artículo 16, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues al no cubrirse dicho requisito el representante social estaría imposibilitado para iniciar la persecución del delito y del delincuente, quedando en la incertidumbre jurídica al desconocer si los hechos que se atribuyen al sujeto activo son tipificados o no como delito por el Estado Nación cuya jurisdicción rige en la Misión diplomática en que se llevaron a cabo tales hechos presumiblemente ilícitos, y aún así iniciará la investigación correspondiente y posterior consignación de la averiguación previa ante los tribunales de la Federación. La garantía constitucional citada alberga el principio general del derecho *nulum crimen sine lege nula poena sine lege*, que constituye ley suprema para todos los habitantes de la República.

Los requisitos establecidos en el artículo 4° del Código Penal Federal, también se encuentran establecidos en todos los Tratados de Extradición Internacional celebrados entre los Estados Unidos Mexicanos y otras Naciones, sin cuya satisfacción no podría iniciar-

se el procedimiento de extradición internacional.

Un ejemplo de ellos es el artículo 10, Punto 2, incisos a), b), c) y e), del Tratado de Extradición Internacional entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, firmado en México, Distrito Federal, el cuatro de mayo de mil novecientos setenta y ocho, en donde se requiere para iniciar el procedimiento de extradición que el país requirente exhiba una narración de hechos imputados, adjunte el texto de la o las legislaciones en las que la conducta se señale como delito y las penas correspondientes, así como los datos del reclamado para facilitar su identificación y hacer posible su localización dentro del territorio nacional.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR NO SATISFACERSE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN LOS DELITOS COMETIDOS EN MISIONES DIPLOMÁTICAS EXTRANJERAS EN MÉXICO

La prescripción es la preclusión de la facultad del Estado para la persecución del delito y del delincuente, e incluye tanto el ejercicio de la acción penal como la ejecución de las penas y medidas de seguridad del artículo 24 del Código Penal Federal, y basta el simple transcurso del tiempo, conforme lo señalan los artículos 100 y 101 del Código Sustantivo de la materia y fuero. El Código Penal Federal en el Título Quinto, Capítulo VI, establece los términos y condiciones para que la figura de la prescripción opere a favor del inculcado, procesado o sentenciado, de la cual deberán pronunciarse la autoridad del conocimiento de manera oficiosa aunque no la alegue el acusado.

Asimismo, establece la obligación del sujeto pasivo o víctima de un delito que sólo pueda perseguirse a petición de parte agraviada o algún acto equivalente, de hacer del conocimiento del agente del ministerio público investigador los hechos que le causan agravio y, en su caso, los datos del responsable de los mismos, dentro del término de un año como regla general, pues de no hacerlo dentro de dicho término, perderá todo derecho para que se le haga justicia y se castigue al sujeto activo del delito, como lo ordena el artículo

107 del Código Penal Federal.

Ahora bien, los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 4° del Código Penal Federal, no deben ser cubiertos o satisfechos por el sujeto pasivo o víctima del delito, como lo requiere el numeral 107 del Código Penal Federal citado, pues ninguno de tales requisitos constituyen una querrela ni acto equivalente como por ejemplo declaratoria de perjuicio en un delito de fraude fiscal; por ello, la regla general de un año para la prescripción no es aplicable como término para recabar los requisitos previstos en el artículo 4° del Código Penal Federal para la persecución de los delitos cometidos en el extranjero.

Con base en lo anterior, será aplicable el término de tres años que señala la parte final del artículo 107 del Código Penal Federal, para que opere la prescripción, sin importar que se trate de un delito que de haberse cometido en territorio mexicano se persiguiera de oficio.

Es importante resaltar que las reglas establecidas en los artículos 110 y 112 del Código Penal Federal para la interrupción del transcurso del término para la prescripción, no son aplicables para los actos o diligencias que realice el agente del ministerio público de la Federación para satisfacer los requisitos previstos en el artículo 4° del Código Penal Federal, toda vez que hasta ese momento no ha nacido la facultad de la representación social para la investigación del delito y del delincuente, así como que no constituyen declaración o resolución de autoridad las peticiones que realice al Gobierno extranjero de que se trate, para que le remita el texto de la legislación penal y establecer si en ella se encuentra tipificada la conducta como delito. Consecuentemente, si dentro del término de tres años no se cubren en su totalidad los requisitos ordenados por el artículo 4° del Código Penal Federal, la acción penal que pudiera nacer del ilícito cometido en el extranjero habrá prescrito.

Los delitos de uso de documento falso son los que con mayor frecuencia se cometen dentro de las misiones diplomáticas asentadas en nuestro país, utilizándose aquellos relativos a la nacionalidad, actividad laboral, nivel de estudios, identificación, entre otros,

que son exhibidos por personas que desean obtener la visa o autorización migratoria para ingresar legalmente al país que representa la misión diplomática de que se trate.

Los casos más comunes han ocurrido en la Embajada de los Estados Unidos de América, en que los sujetos activos de la conducta no son detenidos, sino que se les deja retirarse libremente y el personal de la Embajada hace del conocimiento de tales hechos a las autoridades mexicanas, específicamente al agente del ministerio público de la Federación, quien sin cubrir los requisitos establecidos en el artículo 4° del Código Penal Federal, inicia una averiguación previa y a los hechos que se hacen de su conocimiento les da el tratamiento de conducta o ilícito cometido en territorio nacional, procediendo a la persecución del delito y del delincuente, incluso, ejercitando la acción penal y que, por desconocimiento, en ocasiones, de la autoridad jurisdiccional, se radica la causa penal correspondiente y obsequia la orden de aprehensión solicitada, omitiendo realizar el estudio de la satisfacción de los requisitos de procedibilidad supracitados exigidos para los delitos cometidos en el extranjero.

Es procedente el juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 1, fracción I, 21, 22, fracción II, 114, fracción VI, de la Ley de Amparo, por no satisfacerse los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 4° del Código Penal Federal para reprochar penalmente al sujeto activo del delito cometido en territorio extranjero, mediante un proceso penal; y su consecuencia es la protección de la justicia federal lisa y llana, para que la autoridad responsable proceda a decretar auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, en términos del artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales, y no la mera suspensión del proceso, para que se satisfagan tales requisitos de procedibilidad, pues aún cuando el artículo 468, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales erróneamente así lo prevea, dichas causales de suspensión tienen aplicación únicamente en etapa de averiguación previa, precisamente porque la facultad del Estado para perseguir los delitos no puede nacer, en los delitos

de querella necesaria, si el directamente afectado no formaliza su deseo de perseguir al delito y al delincuente; y en el caso de los requisitos que establece el artículo 4º, específicamente en la fracción III, del Código Penal Federal, no puede iniciarse una averiguación previa, si se desconoce que la conducta atribuida a una persona es o no delito en el Estado extranjero en que se cometió, para que pueda ser reprochada penalmente en el Estado receptor.

La inconstitucionalidad del arraigo*

Jesús Óscar Blanco Medina
Defensor Público Federal

1. CONCEPTO DE ARRAIGO

1.1. CONCEPTO JURÍDICO DE ARRAIGO PENAL

Según el doctrinario Marco Antonio Díaz de León, en su libro titulado *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México 2000, Tomo I, página 172, define el arraigo como la medida cautelar que, durante la averiguación previa, se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que éste cumpla con los requerimientos del Ministerio Público en razón de la investigación de un hecho delictivo.

A opinión del suscrito, constituye un acto de autoridad que se deriva de un mandato judicial, emitido a solicitud del Ministerio Público, en contra de quien se integra una averiguación previa con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia, determinación mediante la que se obliga a establecerse a una persona en un inmueble, vinculándola al mismo, bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y sus auxiliares, limitando así su libertad de tránsito y personal.

*El presente trabajo se elaboró y remitió para su análisis a la Dirección del Instituto Federal de Defensoría Pública el 31 de agosto de 2005; posteriormente, con beneplácito me enteré de que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 19 de septiembre de 2005, al resolver sobre la acción de inconstitucionalidad 20/2003, declaró inconstitucional el arraigo, cuyas tesis fueron publicadas en el Semanario Judicial de la Federación XXIII de febrero 2006, en las páginas 1170 y 1171 [NOTA DEL AUTOR].

2. REGULACIÓN LEGAL DEL ARRAIGO

La figura jurídica del arraigo tiene su sustento legal en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, así como en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

3. ANTECEDENTES DEL ARRAIGO

La figura del arraigo se introdujo en España a partir de 1931, pero el Código Musoliniano de 1930, en su artículo 247 ya daba que la posibilidad de que la mujer en cinta, o que lacte a la prole, o la persona que se encuentre en condiciones de salud grave, o bien por razones de “hecho” o “morales o sociales”, establecía que no era necesario que estuviera en prisión, sino en su propia habitación.

La figura del arraigo es también conocida como arresto domiciliario, prisión preventiva atenuada, o arraigo domiciliario, siendo éste último concepto como es más conocido en México. Cabe precisar que esta figura inició en México a partir del acuerdo A-16-717 expedido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en el año de 1977, en el que se estableció que en los casos de delitos por imprudencia, con penalidad inferior a 5 años, los probables responsables podían quedar arraigados en sus domicilios, emitiéndose posteriormente otros acuerdos.

En 1981 la figura del arraigo se incorporó al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, contenida en el artículo 271.

La figura del arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales, nace a partir de la creación del artículo 133 bis, cuya reforma fue promulgada el 16 de Diciembre de 1983, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 del mismo mes y año, planteándose en la exposición de motivos las siguientes razones para crear el arraigo: “... Ocurre en ocasiones, con grave frustración para los fines de una justicia recta y eficaz, propiciándose así el malestar de la ciudadanía, que los responsables de un ilícito se sustraen fácilmente a la acción legítima de las autoridades, u ocultan o disponen de los bienes sobre los que, en su caso, deberá hacerse efectiva la reparación del daño. Actualmente la autoridad investigadora care-

ce de atribuciones suficientes para enfrentar adecuada y legalmente estos problemas. Por lo que toca al aseguramiento personal del presunto responsable, fuera de los casos a que se refiere el artículo 16 de la Constitución, existe la expresa limitante prevista por el artículo 11 de la misma Ley Fundamental, en el sentido de que el ejercicio del derecho de tránsito está subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil y criminal. Consecuentemente, el Ministerio Público, no puede disponer por sí mismo, pese a ser con frecuencia notoriamente indispensable, el arraigo de personas contra el que se sigue una averiguación previa. Es por ello que se propone, a través del artículo 133 bis, que el Ministerio Público pueda recurrir a la autoridad judicial, cuando esté practicando una averiguación previa, antes del ejercicio de la acción penal y precisamente para que ésta sea posible, a efecto de requerir fundada y motivadamente a dicha autoridad, al amparo del artículo 11 Constitucional y observando el derecho de audiencia del indiciado, disponga el arraigo de éste...”.

Posteriormente, el 29 de Enero de 1999, se reformó el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, modificación que fue publicada el 08 de Febrero de 1999 en el Diario Oficial de la Federación, reforma en la que se propone incluir el concepto de prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica y se suprime el requisito de que el Órgano Jurisdiccional oiga previamente al indiciado para resolver sobre la procedencia de la medida, por estimar que este requisito hacía nugatoria la eficacia de la medida cautelar.

Finalmente, la figura del arraigo se incorporó en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de Noviembre de 1996).

4. NATURALEZA DEL ARRAIGO

No hay duda que el arraigo constituye por naturaleza un acto que afecta y restringe garantías o derechos fundamentales contenidos en la Constitución como son la libertad de tránsito y la libertad

personal, porque trae como consecuencia la inamovilidad, vinculación o sujeción de una persona a un inmueble, situación que ha sido claramente sostenida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en tesis cuyo título dice: “ARRAIGO, ORDEN DE, AFECTA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO”, visible en tomo IX, Enero 1999, página 828, Novena Época. En este mismo sentido también se ha pronunciado el Primer Tribunal Colegiado del Decimoctavo Circuito, cuyo título dice: “ARRAIGO, ORDEN AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL”, tomo VIII, Septiembre de 1998, página 1142. Criterios que fueron reiterados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según tesis de jurisprudencia 78/99, aprobada en sesión de 20 de Octubre de 1999, por unanimidad de cuatro votos, al analizar la contradicción de tesis 03/99 entre la sustentada por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, y por ende al resolverse la contradicción de tesis integró jurisprudencia de naturaleza obligatoria para los Órganos Jurisdiccionales, en los términos que disponen los artículos 192 y 197 A de la Ley de Amparo, jurisprudencia que es localizable en: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis: 1a./J. 78/99, Página: 55, “ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL”. Contradicción de tesis 3/99. 20 de Octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales. Tesis de jurisprudencia 78/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de 20 de Octubre de 1999, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.

Asimismo, sobre la naturaleza restrictiva del arraigo, ilustra la

opinión del doctrinario Jorge Alberto Silva, emitida en su libro *DERECHO PROCESAL PENAL*, Segunda Edición, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Oxford, páginas 128 y 129 México, D.F. Marzo 2001, quien literalmente manifiesta: "... En la otra modalidad del arraigo -es decir la decretada por el tribunal- no existe sustitución de cárcel por libertad, sino de quien gozando ya de la libertad ésta le es restringida...".

5. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO

Los argumentos en que se sustenta la inconstitucionalidad del arraigo son las siguientes:

En principio, hemos de recordar que el arraigo en materia penal en nuestro país, constituye una figura incorporada recientemente, que inició mediante un acto administrativo, como lo fue el acuerdo A-16-717 expedido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en el año de 1977, y posteriormente, con el propósito de legitimar el contenido de estos acuerdos en el año de 1981 se incorporó la figura del arraigo al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en 1983 al Código Federal de Procedimientos Penales, y posteriormente en 1996 a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Aquí surge la interrogante de si éste fue el procedimiento o cauce jurídico correcto para dar vigencia a una figura de tanta relevancia como lo es el arraigo que restringe derechos fundamentales como la libertad de tránsito y la personal.

En la exposición de motivos emitida para la creación del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se reconoció que en ese tiempo la autoridad investigadora carecía de facultades para el aseguramiento personal del probable responsable, fuera de los casos previstos por el artículo 16 Constitucional, y también se consideró que existía la expresa limitación impuesta por el artículo 11 Constitucional, en el sentido de que el ejercicio del derecho de tránsito está subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil y criminal, por ello se propuso salvar esta situación a través de la creación el

artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, para que el Ministerio Público pudiera recurrir a la autoridad judicial solicitando el arraigo del indiciado.

Sin embargo, la exposición de motivos no es un dogma, admite cuestionamientos, y eso es lo que haremos seguidamente a fin de establecer que el arraigo, contrariamente a lo expuesto en esa exposición de motivos, es inconstitucional, por las siguientes razones:

En efecto, la Constitución Política Nacional esencialmente establece los principios sobre los que se estructura nuestro Estado, y precisamente un apartado importante de ella está destinado especialmente a la protección de los derechos fundamentales, también denominados garantías individuales, que contienen derechos humanos. Asimismo, es importante precisar que corresponde a las leyes secundarias establecer reglas, para garantizar, reglamentar, desarrollar y en suma realizar las acciones legislativas conducentes para hacer efectivos esos principios contenidos en la ley fundamental. Ilustra sobre el particular la siguiente opinión doctrinaria, de Gustavo Zagrebelsky, emitida en su libro titulado, *EL DERECHO DÚCTIL, LEY, DERECHOS Y JUSTICIA*, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2003, Título original, *II Diritto Mittle. Legge Dirittigiustizia*, que al respecto dice: "...Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesa en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley" (página 110). "En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo del orden jurídico". "Al contrario, es preciso darse cuenta de que <el derecho por reglas> del Estado de Derecho Decimonónico era algo cualitativamente distinto al <<derecho por principios>> del Estado Constitucional Contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdic-

ción. Pero no mirar a la realidad para evitar ver sus aspectos menos tranquilizadores no la transforma de acuerdo con nuestros deseos”. (página 112). “Las reglas jurídicas que caen en el ámbito de disponibilidad del legislador comenzarán a concebirse sólo como una de las <caras> del derecho. Se establecerá como normal exigencia la de hacerla <concordar> con la otra cara, la de los principios contenidos en la Constitución. La satisfacción de esta exigencia sólo podría ser, en última instancia, competencia de la jurisdicción. Los principios operarían para <perfeccionar> el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida. Se señala, por ejemplo, que no hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva; que no todos los casos que requieren una regulación jurídica encuentran siempre la regla adecuada, o que frecuentemente – y mucho más en los caóticos ordenamientos jurídicos de la época actual- se producen <colisiones> entre los contenidos de las normas jurídicas (reglas contra reglas, reglas contra principios), no siempre fáciles de resolver.” “En estos casos- para superar las dudas interpretativas, colmar las lagunas y resolver contradicciones de otro modo irresolubles- entrarían en acción los principios de derecho, con su fuerza directiva tanto más vinculante en cuanto vengan recogidos en la Constitución”.

En consecuencia las leyes secundarias sólo tienen como misión desarrollar los principios que contiene la Constitución, para protegerlos, para hacerlos efectivos, pero no les está permitido limitarlos, su misión es sólo regularlos, reglamentarlos, sostener lo contrario, es ir en contra del espíritu y contenido de la propia Constitución. Ahora, bien, no se discute que los derechos fundamentales sean absolutos, es necesario imponerles límites, para mantener en armonía todo Sistema Jurídico que hace posible la convivencia en sociedad, que implica derechos y deberes, pero obviamente no le corresponderá a la ley secundaria imponerlos, porque esa no es su misión, sino es precisamente a la Constitución a la que le corres-

ponde poner los límites a los derechos fundamentales del gobernado, sostener lo contrario nos llevaría a hacer nugatorias todas las garantías que a capricho del legislador ordinario serían limitadas, e incluso suprimidas. Este criterio es claramente sostenido y defendido por el artículo 1 Constitucional, al manifestar: "...En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...". Ilustra sobre el particular la siguiente opinión doctrinaria emitida en el libro denominado DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, del COLEGIO DE SECRETARIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN A.C. Coordinador EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, que en lo conducente dice: "...Las normas ius fundamentales tutelan aspectos de la vida humana indispensables para un desarrollo digno de la personalidad. Por esa razón, una vez establecidas en la Constitución, deben de ser respetadas por el legislador ordinario". (página 2293). "En otras palabras, las regulaciones que el legislador establece a las normas ius fundamentales necesitan, a su vez, de límites que aseguren la sujeción de aquél a la Constitución. Pero en el supuesto de que se haya dicho que todo individuo conservará íntegra y sin quebranto su libertad, excepto en que la ley ordene otra cosa, es evidente que no se ha dicho nada y que el Poder Legislativo queda igual de ilimitado que si no hubiera habido ninguna declaración (BENTHAM, J. Sopismes anarchiques, en DUMONT, E. (ed), Essays on Bentham, Oxford, Clarendon, Press, 1982, página 510, n. 20). Cabe reiterar, por último, que existe unanimidad de criterios al afirmar que todos los límites creados por el legislador para aquellos derechos sometidos a reserva, esto es, tanto los internos como los externos, tienen como límite, a su vez, el respeto a la máxima de proporcionalidad y del contenido esencial de los derechos fundamentales. (página 2299). "Que una norma tiene restricciones o límites es algo evidente, sobre lo que no hay discusiones. Los problemas surgen al intentar des-

velar la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones. Desde un punto de vista esa relación es de carácter interno, lo que lleva a pensar que sólo y exclusivamente dentro de la norma ius fundamental es posible determinar cuales son sus restricciones...” (página 2312). Sobre el particular el libro denominado Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada y Concordada, tomo I, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, 2003, páginas de la 170 a la 171, alude que las limitaciones a las garantías serán establecidas por la Constitución.

Ahora bien, si el arraigo es una figura jurídica que por su naturaleza evidentemente constituye una limitación a las garantías de tránsito y libertad personal, debe para su validez jurídica de estar prevista literalmente en nuestra Constitución como un supuesto de excepción a esos derechos fundamentales, en tanto que es a la Carta Magna, y sólo a ella es a quien le corresponde establecer este tipo de restricciones; sin embargo, si analizamos meticulosamente el artículo 16 Constitucional que crea y regula las limitaciones a la libertad personal, se advierte que esta disposición, en ningún momento contempla o prevé la figura del arraigo como un supuesto de excepción o limitación a la citada garantía, sino que prevé otros supuestos, determinando claramente sus requisitos, mismos que se deben de cumplir cabalmente para que se pueda afectar la libertad personal de un gobernado. Este artículo constituye un tipo cerrado, y por ende es limitativo, al prever y regular los actos de molestia, la orden de aprehensión, la detención en flagrancia delictiva, la orden de detención en caso urgente emitida por el Agente Social, además limita el plazo de retención de las personas ante el Ministerio Público a 48 horas, en términos generales, y 96 horas tratándose de delincuencia organizada, crea y regula la orden de cateo, regula la intervención de cualquier comunicación privada, establece y regula las visitas domiciliarias, y finalmente determina que en tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial co-

rrespondiente. Consiguientemente, es evidente que el artículo 16 Constitucional en ningún momento establece la figura jurídica del arraigo como limitante a la libertad personal.

Asimismo, se advierte que el arraigo tampoco está previsto expresa ni implícitamente en el artículo 11 Constitucional como una limitante a la libertad de tránsito. Sin que sea obstáculo para llegar a esta conclusión los razonamientos que se emitieron en la exposición de motivos que dio vida en la legislación secundaria al arraigo, específicamente al crear el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, al plantear que en ese tiempo la autoridad investigadora carecía de facultades para el aseguramiento personal del probable responsable, fuera de los casos previstos por el artículo 16 Constitucional, y también se argumentó que existía la expresa limitación impuesta por el artículo 11 Constitucional, en el sentido de que el ejercicio del derecho de tránsito estaba subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil y criminal, por ello se propuso (salvar esta situación) a través de la creación del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, para que el Ministerio Público pudiera acudir a la autoridad judicial a solicitar el arraigo del indiciado, cuando esté practicando una averiguación previa, antes del ejercicio de la acción penal y precisamente para que ésta sea posible. Sin embargo, a juicio del suscrito, éstos argumentos son cuestionables, porque en primer lugar se está perdiendo de vista que el arraigo, no solo afecta la libertad de tránsito, sino también la libertad personal, como así ha quedado establecido por las tesis y jurisprudencia mencionadas. Por lo tanto, si el arraigo afecta la libertad personal, su existencia, reglamentación y limitación debe de estar prevista en el artículo 16 Constitucional, lo que no acontece, según se razonó con anterioridad. En segundo lugar, debe de tenerse muy en cuenta que en el artículo 11 Constitucional no establece expresamente la figura del arraigo como una limitación a la garantía de tránsito, por ello, a juicio del suscrito, se hace una interpretación equivocada del artículo 11 Constitucional, en la exposición

de motivos precitada, específicamente en la parte que establece que “el ejercicio del derecho de tránsito está subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil y criminal”. En efecto, surge la pregunta de si cuando el Constituyente habla de las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal, se refiere a las facultades que le confieren las leyes secundarias, o bien se refiere a las facultades que la propia Constitución en su texto y literalmente le confiere a la autoridad judicial, como parte integrante de los Poderes de la Federación. Esta interrogante o inquietud tiene una respuesta contundente y clara de la simple lectura del artículo 1 Constitucional, que precisa: “...En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...”, es decir, que este mandato constitucional no deja lugar a dudas, y queda claro que las limitaciones a los derechos fundamentales, precisamente por disposición Constitucional, sólo podrán establecerse en la propia Carta Magna, y no en un ley secundaria, circunstancia que es sostenida en las seis tesis siguientes, que en su conjunto integran jurisprudencia, por ser más de cinco ininterrumpidamente (ninguna en contrario) y por ende su carácter es obligatorio:

1).- Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: LXXIV, página: 2536, título “GARANTIAS INDIVIDUALES”. Amparo civil en revisión 7499/41. Piña Magdalena. 28 de Octubre de 1942. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Emilio Pardo Aspe.

2).- Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: XXXIII, página: 1848, título: “GARANTIAS INDIVIDUALES”. Amparo penal en revisión 2145/30. Flores Joaquín. 4 de Noviembre de 1931. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Francisco Barba. La publicación no menciona el nombre del ponente.

3).- Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario

Judicial de la Federación, tomo: XLV, página: 1533, título: “GARANTIAS INDIVIDUALES”. Amparo penal en revisión 459/34. Rosado García Carlos. 25 de julio de 1935. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

4).-Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: XLV, página: 4740, título: “GARANTIAS INDIVIDUALES, SUSPENSION DE LAS”. Amparo civil en revisión 277/35. Fernández Justo Félix y coagraviado. 10 de Septiembre de 1935. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

5).-Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: XL, página: 3630, título: “GARANTIAS INDIVIDUALES”. Amparo administrativo en revisión 3044/33. Compañía Cigarrera Mexicana, S. A. 19 de abril de 1934. Mayoría de tres votos. Disidentes: Daniel V. Valencia y Luis M. Calderón. Ponente: Jesús Guzmán Vaca.

6).-Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: XL, página: 3631, título: “FACULTADES EXTRAORDINARIAS” Amparo administrativo en revisión 3044/33. Compañía Cigarrera Mexicana, S. A. 19 de Abril de 1934. Mayoría de tres votos. Disidentes: Daniel V. Valencia y Luis M. Calderón. Ponente: Jesús Guzmán Vaca.

Pues bien, del análisis acucioso del texto de la Constitución se advierte que dentro de las facultades concedidas al Poder Judicial en causas criminales no está la de emitir órdenes de arraigo, dicho de otra forma, tiene otras facultades que constituyen limitantes a los derechos fundamentales citados, pero en ningún momento se advierte que autorice a la autoridad judicial a emitir órdenes de arraigo, y si bien es cierto que el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales o el 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada prevén la figura del arraigo, también lo es que estas leyes secundarias no tienen facultades para limitar garantías, sólo la Constitución; en tanto que la función de la ley secundaria, entre otras, es desarrollar, regular, reglamentar para hacer efectivos

esos derechos fundamentales contenidos en la máxima ley de un país, es decir, la Constitución reconoce estas garantías o derechos fundamentales fijando sus límites, por lo que la función de las leyes secundarias es muy clara y se orienta a legislar dentro de los marcos que establece la propia Constitución para hacer efectivo el contenido de ella, pero en ningún momento su función debe de ir en contra de los principios que contiene; en este caso, los relativos a los derechos fundamentales no es su función limitarlos, pues de ser así cualquier legislador secundario a capricho haría nugatorios los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, poco sentido tendría que existieran en la Constitución, si con una ley secundaria y con menos requisitos y rigor legislativo se pudieran limitar. Por lo tanto, es incuestionable que la función de las leyes secundarias es desarrollar los principios constitucionales, no limitarlos, es hacerlos efectivos, no servir de obstáculo para su concreción, por ello se sostiene que es inconstitucional la figura jurídica del arraigo, por no estar contenida en la Constitución como límite para las garantías individuales que afecta, por ende esta figura, y cualquiera que limite derechos fundamentales, debe de surgir a partir de la Constitución, y no de una ley secundaria, advirtiéndose que en el caso del arraigo el procedimiento de su creación fue en sentido opuesto.

Asimismo, no debe de pasarse por alto el principio de supremacía Constitucional, contenido en el artículo 133 del citado ordenamiento, pues si el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, están en contradicción con las garantías o derechos fundamentales que contiene el artículo 11 y 16 Constitucional, obviamente deben de prevalecer las disposiciones Constitucionales, por ser parte de la Ley Superior o de mayor jerarquía en el Estado Mexicano, y existe la obligación expresa de los jueces de arreglarse a la Carta Magna.

Además, si el presupuesto del arraigo, por ser un acto de naturaleza cautelar, se deriva precisamente de la hipótesis básica de que la autoridad ministerial aún no tiene elementos suficientes para con-

signar al indiciado al juzgado competente, pero desea que éste no se le sustraiga, para el supuesto de que reúna suficientes elementos para ejercitar la acción penal en su contra, desde esa óptica, es evidente que se está limitando la libertad personal y de tránsito de una persona solamente para investigar, para la eventualidad de que se ejercite la acción penal en su contra, cuando lo correcto es que se investigue primero para luego detener a una persona, nada más cuando existen elementos para ello, sin embargo se está procediendo al revés, ello es arbitrario, no es acorde con un estado moderno de derecho y claramente atenta contra la presunción de inocencia, que constituye un principio general de derecho, y que se contiene de manera implícita en la Constitución Federal, según así lo establece la tesis sustentada por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible a fojas 14, del tomo XVI, agosto de 2002, Pleno y salas del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, cuyo título dice: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN”, principio que también es reconocido por diversos instrumentos internacionales, ratificados por el Senado de la República y que por ende de conformidad a lo dispuesto por el artículo 133 Constitucional, forman parte de nuestra Ley Suprema y su observancia es obligatoria, también debe de tomarse en consideración que Jurisprudencialmente se ha establecido que los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en segundo plano respecto de la Constitución Federal, tesis que es localizable en la Novena Época. Instancia Pleno. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. tomo X, noviembre de 1999. Tesis aislada.

Sobre este punto también son aplicables los siguientes instrumentos internacionales:

*CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA” (22 DE Noviembre de 1969). Vinculación de México: 24 de Marzo de 1981, adhesión. Aprobación del Senado 18 de Diciembre de 1980, según

decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de Enero de 1981. Entrada en vigor en México el 24 de Marzo de 1981. Publicación del decreto de promulgación en el Diario Oficial de la Federación: jueves 7 de mayo de 1981. Última modificación, Diario Oficial 17 de Enero de 2002, aprobadas por el Senado el 10 de Diciembre de 2001. Cuyo texto en lo conducente dice: "...ARTÍCULO 7.-Derechos a la Libertad Personal.

1.-Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2.-Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las Leyes dictadas conforme a ellas...ARTÍCULO.-Garantías Judiciales.1.-....2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad..."

*DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, que en lo conducente dice: "...Artículo XXVI.- Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable..."

*DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO (26 de Agosto de 1789), que en lo conducente dice: "...Artículo 9.-Toda persona será presumida inocente hasta que sea declarada culpable..."

*DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO (24 de Junio de 1793), que en lo conducente dice: "...Artículo 13.-Todo hombre, será presumido inocente hasta que sea declarado culpable..."

*DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (10 de Diciembre de 1948), que dice: "...Artículo 11.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa..."

Asimismo, el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Or-

ganizada, que dan vida jurídica al arraigo, conculcan los principios de certeza y seguridad jurídica, en tanto que no definen claramente cuáles son los requisitos para librar una orden de arraigo en contra de determinada persona, sólo precisan que podrá solicitarla el Ministerio Público, en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia, requisito último que sólo se exige en el primer ordenamiento legal, en tanto que no se alude este supuesto en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pero en su lugar cita que “tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado”; desde esa óptica, tal pareciera que casi el único requisito es que lo solicite el Ministerio Público, ya que normalmente no se fundamenta y razona debidamente el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia, ni las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, sólo sacramentalmente se hace alusión a esa circunstancia por el Agente Social. Desde esa perspectiva, llama la atención que no se exija para la emisión de la citada orden, que obren en la indagatoria datos que evidencien la probable participación del indiciado, su probable responsabilidad, la integración del cuerpo del delito, o al menos la existencia de indicios, puntos que estimo medulares al legislar sobre el arraigo, pues como está la legislación a cualquier persona se puede arraigar, por ello surge la necesidad de que se justifique, motive, razone y fundamente debidamente ese acto de autoridad y que el indicado como gobernado conozca los requisitos para su libramiento a fin de que con certeza conozca en contra de qué se va a defender, y qué aspectos va a combatir para su defensa, pues de lo contrario se le deja en estado de indefensión.

6. CONCLUSIÓN

En un estado moderno de derecho como el nuestro, no debe existir la figura del arraigo por ser propia de los estados absolutistas, dado que atenta contra del principio de inocencia, porque se detiene para

investigar, y evidentemente esta limitación a derechos fundamentales esenciales necesariamente produce presión o coacción psicológica al indiciado, atentando contra el espíritu del artículo 22 Constitucional, la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura, y los respectivos Tratados Internacionales que existen sobre la materia (sin profundizar más por la extensión limitada del tema). Además, la redacción actual del arraigo no proporciona certeza y seguridad jurídica para el gobernado, originando actos arbitrarios, e inconstitucionales al establecerse en una legislación secundaria límites a la libertad de tránsito y personal, función que sólo le corresponde a la Carta Magna. Incluso, esta figura jurídica constituye una detención prolongada, por ir mas allá, o exceder los plazos previstos por el artículo 16 Constitucional, de 48 horas, o 96 horas tratándose de delincuencia organizada, ampliándolos generosamente (hasta 30 o 90 días en el caso de delincuencia organizada), tiempo en que el indiciado es limitado en su libertad de tránsito y personal, en un lugar siempre distinto a su domicilio, designado por el Agente Social, quien tiene así un tiempo holgado para integrar la averiguación previa en contra del indiciado. Ante esta realidad, el arraigado la más de la veces con suma esperanza interpone el juicio de amparo indirecto, pero con desilusión, casi en la mayoría de los casos, se produce el sobreseimiento del juicio de garantías por cambio de situación jurídica al consignar el Agente Social el asunto penal ante el Juez competente, quedando consumada de manera irreparable esta injusticia. No obstante ello, cabe la posibilidad y espero que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su momento se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del arraigo, al tocarle estudiar por vía de amparo indirecto, las cuestiones de constitucionalidad aquí planteadas, o bien en vía de amparo indirecto en contra de las leyes mencionadas. Finalmente, agradezco ampliamente la oportunidad que se me brinda en este espacio.

El costo de los litigios fiscales: trato desigual para los contribuyentes

Arturo Bucio Ibarra
Asesor Jurídico Federal

INTRODUCCIÓN

Se ha venido cuestionando cada vez con mayor intensidad, la razón por la cual los órganos de jurisdicción administrativa, no están integrados al Poder Judicial de la Federación. Ello ha motivado que desde el seno mismo del Poder Ejecutivo, al que actualmente pertenecen, se esté propiciando una verdadera reestructuración del aspecto orgánico del Ordenamiento Jurídico Mexicano.

Las nuevas reflexiones de Especialistas en Derecho Procesal y Constitucional, privilegian el respeto a los derechos de los gobernados, aún sobre las paradigmáticas ideas del orden público, de tal forma que principios constitucionales como las Garantías de las Partes y dentro de ellas, el equilibrio procesal y la igualdad de las partes contendientes son aún nugatorios en la defensa del particular contra actos del Estado; esta circunstancia desafortunada, se materializa en múltiples actos, concretamente en la desventaja que para el particular representa el costo de un Juicio de Nulidad Fiscal al no existir la posibilidad de que a éste se le restituyan los gastos que erogó después reobtener una sentencia favorable.

La justificación axiológica que sustenta la recaudación de contribuciones por la Federación, contrastada con los principios del Derecho Constitucional del Proceso, generan la necesidad de establecer normas de carácter general que garanticen en los Juicios de Nulidad Fiscal, equilibrio procesal y la igualdad de las partes. Con-

siderando lo anterior, se ha hecho necesario comenzar a cuestionar desde un punto de vista crítico y analítico los alcances de la norma regulatoria de la condena en costas procesales a cargo del Estado en el Código Fiscal de la Federación y en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, dado que los gastos que se erogan por parte de los particulares, jamás son recuperados y por lo tanto constituyen una carga excesiva que no puede tener sustento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para llegar a la anterior conclusión, es necesario abordar algunos conceptos básicos del Derecho Fiscal en la parte sustantiva y procesal.

PARTICULARISMOS DEL DERECHO FISCAL

El derecho fiscal, constituye una disciplina jurídica cuyo objeto es regular la actividad jurídica del Estado-Fisco y sus relaciones con los particulares. Por Fisco se entiende al Estado como titular de la hacienda pública y ésta se concibe como el conjunto de bienes y derechos estimables en dinero que posee el Estado en un momento dado, para hacer frente a sus necesidades propias de derecho público.

El derecho fiscal se distingue y caracteriza de otras ramas del derecho, por determinados particularismos, que le son propios y conforman la materia que regula, independizándola de las demás. Estos particularismos a que se hace referencia, pueden concebirse desde tres puntos de vista, según *Fernández Martínez*¹ en los siguientes rubros:

“A).- La naturaleza específica de la obligación contributiva o tributaria. Esta obligación es de interés público, pues siempre se satisface y regula conforme a esta clase de normas y tiene su fuente u origen sólo en la Ley y su finalidad consiste en proporcionarle recursos económicos al Estado para sufragar los gastos públicos.

B).- La naturaleza de la responsabilidad fiscal. La obligación contributiva o tributaria surge con la realización de hechos o actos jurídicos

¹ Fernández Martínez, Refugio de Jesús. *Derecho Fiscal*, Editorial McGraw Hill, México, 1999, página 15.

imputables al sujeto pasivo directo, pero también se responsabiliza solidariamente al tercero que interviene directa o indirectamente en la creación de hechos gravados por la Ley, sea como representante o mandatario del sujeto pasivo directo o por que el acto pasó o se realizó ante él.

C).- La sanción del derecho fiscal concibe la reparación civil y delictual en sus propias normas. La sanción en el derecho fiscal es un particularismo de este derecho y a su vez constituye un privilegio del fisco en virtud de que permite la reparación civil y delictual de acuerdo con sus propias normas y es la misma autoridad administrativa, sin acudir a otra la que impone la sanción pecuniaria correspondiente (multa) y exige su importe mediante la aplicación del procedimiento administrativo de ejecución”.

Existe otro grupo de particularismos sustentados en la idea del interés público, que tiene por objeto facilitar la labor recaudatoria del Estado a través del Fisco, pasando encima en ocasiones, de principios jurídicos procesales tradicionales del Derecho Común.

“A).- El procedimiento administrativo de ejecución. Es el medio del cual disponen las autoridades para exigir el pago de los créditos fiscales insolutos. En el mismo, por excepción, se le permite o se le dota al Fisco de un procedimiento especial para el cobro de los créditos a su favor, sin necesidad de acudir a los tribunales del fuero común.

B).- El Fisco nunca litiga sin garantía. Los actos y resoluciones de las autoridades fiscales, gozan de la presunción de la legalidad y por tanto, corresponde al particular comprobar su ilegalidad.

Si el particular no está de acuerdo con el contenido del acto o resolución fiscal, puede inconformarse con la misma, interponiendo los medios de impugnación que para tal efecto establecen las leyes, pero debe previa o simultáneamente solicitar la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución, garantizando el importe del crédito fiscal a su cargo en cualquiera de las formas que permite el artículo 141 del Código Fiscal de la Federación”.

A este privilegio del crédito fiscal se le ha llamado “solve et repete”, paga y replica y es con el fin de evitar que al terminar la controversia, el particular se encuentre en estado de insolvencia en

perjuicio de los intereses del Fisco que prevalecen sobre los de los particulares.

“C).- Preferencia del Fisco sobre otros acreedores en igualdad de circunstancias. Tiene preferencia para recibir el pago de créditos provenientes de ingresos que la Federación debió percibir con excepción de los adeudos garantizados con prenda o hipoteca, de alimentos, de salarios o sueldos devengados en el último año o de indemnizaciones a los trabajadores de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo.

D).- Preferencia del Fisco para adjudicarse bienes en remate. El artículo 190 del Código Fiscal de la Federación, establece la preferencia que tiene el fisco para adjudicarse en cualquier almoneda los bienes ofrecidos en remate en ciertos casos”.

EL DERECHO PROCESAL FISCAL

Porras y López lo define como *“el conjunto de normas impositivas e instrumentales que rigen las relaciones oficiosas o contenciosas entre los causantes y el fisco. La oficiosidad se refiere a la actuación de las autoridades fiscales, sin que se haya solicitado la intervención o petición de partes; lo contencioso, se refiere al Juicio, a la controversia entre los sujetos activo y pasivo de la relación tributaria ante la autoridad competente que pueden ser el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, los Juzgados de Distrito, Tribunales Colegiados o la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.*²

Como toda disciplina jurídica instrumental, el procedimiento fiscal tiene esencialmente principios rectores, que en su generalidad, deben observarse.

Escola, señala algunos de los principios generales que le son aplicables a todo procedimiento administrativo:

“a).- La impulsión de oficio. La propia autoridad insta las actuaciones por ser de orden público.

b).- La celeridad. A la administración, le interesa una rápida resolución para poder actuar en consecuencia.

² Porras y López Armando. *Derecho Procesal Fiscal*, Editorial Textos Universitarios, México, 1997, página 65.

c).- *La sencillez del procedimiento. Estos deben ser simples y directos; sin complicaciones.*

d).- *Formalismo moderado. La forma es imprescindible, pero no debe ser exagerada.*

e).- *Economía y Eficacia. Deben evitarse costosos y complicados trámites administrativos burocráticos.*

f).- *Decoro y orden procesal. Debe establecerse cierto orden disciplinario.*

g).- *Escritoriedad. Debe ser predominantemente escrito ya que intervienen órganos y autoridades como partes y ello, implica que sus intervenciones sean escritas.*

h).- *Debido proceso. Exige que el imputado tenga la oportunidad de ser escuchado, de defenderse, que las partes actúen con igualdad ante el tribunal y que el procedimiento o proceso se sustancie con arreglo en lo dispuesto por la ley adjetiva aplicable”.³*

En nuestro país, el procedimiento contencioso administrativo previsto en la actualidad por la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, cuya aplicación corre a cargo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, regula incidentes, pruebas, términos, caducidades, preclusiones, medios de ejecución, aún y cuando es limitado en cuanto a los medios de impugnación, pues solo los prevé para la autoridad, ya que el particular solo podrá ocurrir a la demanda de amparo directo.

EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FISCAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

El procedimiento contencioso administrativo, constituye, en la actualidad más que un instrumento de resolución de conflictos entre iguales, el medio para que el Estado asegure la continuidad de sus arbitrarias decisiones. La tardanza exagerada de los procedimientos, la inaccesibilidad de los Tribunales por su ubicación y la especialización que se requiere para atender ese tipo de asuntos, entre otras

³ Escola Héctor Jorge. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1981, páginas 123 a 142.

cuestiones hace que el común de los mexicanos no tengan ninguna posibilidad de defenderse de la acción estatal, lo que ha generado que el mismo Estado evalúe estadísticas de costo-beneficio, es decir, considere cuantos asuntos puede perder en litigio, contra los que realmente permanecen sin impugnaciones, para establecer acciones muchas veces fuera de la legalidad.

El artículo 31, fracción IV, de nuestra Carta Magna, establece los parámetros básicos de la obligación de todos los ciudadanos de contribuir al gasto público.

“Art. 31.- Son obligaciones de los mexicanos:

[...]

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

Este es pues, el principio toral sobre el que descansa y se justifica toda la estructura del Estado en materia Fiscal y a partir del cual, absorbiendo principios e instituciones del Derecho Común se instituyen procesos y procedimientos.

Por lo que respecta a la existencia de Tribunales ad hoc para que diriman los conflictos que surjan en las relaciones entre el Estado y los particulares, en la Propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevé la existencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, que se materializan en lo que ahora conocemos como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

EL RECURSO DE REVOCACIÓN FISCAL

Es un procedimiento de los denominados “en sede administrativa” por que conoce de los mismos, la autoridad que emitió o ejecutó el acto. Entratándose de la materia Fiscal, corresponde al Servicio de Administración Tributaria, a través de las Administraciones Locales Jurídicas, conocer y resolver los recursos de revocación que planteen los contribuyentes contra actos o resoluciones de la propia autoridad fiscal que vulneren sus derechos. Debe mencionarse que

en este tipo de procedimientos, la autoridad fiscal únicamente está facultada para revisar cuestiones de legalidad, por no ejercer una actividad jurisdiccional propiamente dicha; por tanto, le está vedado estudiar problemas de constitucionalidad.

EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL

La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo en vigor a partir del 1º de enero del año 2006, regula también el procedimiento contencioso administrativo, incluyendo el fiscal.

Este procedimiento, tiene como sustento supletorio al Código Federal de Procedimientos Civiles y su aplicación está a cargo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que se rige en cuanto a su estructura y competencia territorial y por materia por su Ley Orgánica.

BREVE SEMBLANZA HISTÓRICA DE LAS COSTAS PROCESALES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Las costas procesales son los gastos y erogaciones que las partes tienen que efectuar con motivo del proceso; se pueden distinguir entre judiciales y procesales en sentido estricto, ya que las primeras son aquellas que se establecen como contribuciones fiscales para el pago de algunos servicios efectuados por los tribunales, en tanto que las segundas comprenden a las restantes erogaciones.

Según Ovalle Favela, en el dictamen que la comisión de Constitución sometió al Congreso Constituyente de 1856-1857, no se contemplaba el tema de las costas judiciales; pero en la sesión del 22 de agosto de 1856, después de que se discutió y aprobó el artículo 28, que en el texto final pasó a ser el 17, un grupo de diputados encabezado por Francisco Zarco, propuso la siguiente adición: “*Quedan abolidas las costas judiciales*”.⁴

La propuesta fue turnada a la comisión de Constitución, la que no presentó su nuevo dictamen sino hasta la sesión del 26 de enero

⁴ Ovalle Favela José. *Garantías Constitucionales del Proceso*, Editorial Harla, México, 1999, página. 292.

de 1857, en el que se consideraba que la propuesta no debía incluirse en la Constitución, sino que debía pasar a la comisión de Ley Orgánica de Justicia. Zarco se opuso a este nuevo dictamen porque eludía el análisis del problema planteado y difería su solución indefinidamente.

Para demostrar la necesidad de que el Constituyente se ocupase de este tema, el diputado duranguense argüía que los autores de tal adición, querían que no se vendiera la justicia, que su administración fuera enteramente gratuita y creían que este principio debía ser consignado en un artículo de la Constitución por que afecta a los derechos y las garantías individuales.

Zarco, advertía con toda razón que la prohibición de costas judiciales debía constituir una garantía constitucional para todos los justiciables, pues es un principio esencial para permitirles el acceso a los tribunales y para tratar de lograr que se haga efectivo el principio constitucional de igualdad de las personas ante la Ley y ante los tribunales. La experiencia de las costas judiciales demostró plenamente que estas constituyeron uno de los obstáculos al acceso a la justicia y que los mecanismos establecidos para exceptuar de costas judiciales a las personas de escasos recursos, resultaron muy lentos e ineficaces.

Finalmente, la adición propuesta fue aprobada por el Congreso Constituyente por 66 votos contra 15. La parte final del artículo 17 de la Constitución de 1857, expresaba *“Esta (la justicia) será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.”*

En el Congreso Constituyente de 1916-1917, el artículo 17 fue aprobado sin ninguna discusión y esta parte solo sufrió una modificación de estilo, pues en vez de referirse a “ésta”, el precepto expresa que *“su servicio (el de los tribunales) será gratuito, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales”*.⁵

La razón de la abolición de las costas judiciales fue la consideración de que la impartición de justicia debía dejar de ser una mer-

⁵ Op. Cit. página 293.

cancía que se pone en venta por los tribunales y que compran los justiciables, para convertirse en un servicio que el Estado presta en forma completamente gratuita.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 17 establece cinco garantías constitucionales que sirven de fundamento a la administración de la justicia y entre ellas figura la abolición de las costas judiciales. Al efecto, el segundo párrafo del referido precepto, establece “...*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales*”.

Pérez Palma, señala que la palabra costas debe tener dos acepciones, ya que por una parte el artículo 17 de la Constitución las prohíbe y por otra, el Código Federal de Procedimientos Civiles las regula.⁶

LAS COSTAS PROCESALES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Las costas procesales son las erogaciones que las partes tienen que efectuar con motivo del proceso. Se pueden distinguir entre judiciales y procesales en sentido estricto, ya que las primeras son aquellas que se establecen como contribuciones fiscales para el pago de algunos servicios efectuados por los tribunales, en tanto que las segundas comprenden todas las restantes erogaciones.

Se distinguen dos teorías para justificar su imposición:

Teoría de la Culpa, según la cual todo aquel que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasione un daño a otro, está obligado a repararlo. Esta teoría ha sido criticada pues no podría responsabilizarse al vencido que hubiera actuado con la debida prudencia.

Teoría del Vencimiento, establece como regla general que las costas deben imponerse al vencido en juicio independientemente de que haya actuado con buena o mala fe, con o sin culpa. El hecho objetivo de la derrota determina la condena en costas.

⁶ Pérez Palma Rafael. *Guía de Derecho Procesal Civil*, Editorial Cárdenas, México, 1970, página 219.

“Las costas representan así, para esta teoría una indemnización debida al vencedor de los gastos que al obligarlo a litigar le ha ocasionado el vencido con prescindencia de factores subjetivos”.⁷

“El fundamento de esta condena es el hecho objetivo de la derrota y la justificación de esta institución se encuentra en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a favor de la que se realiza; siendo interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y constante”.⁸

La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en su artículo 6, establece expresamente que *“En los Juicios que se tramiten ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no habrá lugar a condenación en costas, cada parte será responsable de sus propios gastos y los que originen las diligencias que promuevan”*.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, sigue de manera predominante el criterio objetivo de imposición de costas, al señalar en su artículo 7 que *“...la parte que pierde debe reembolsar a su contraria de las costas del proceso”*.

No obstante, el artículo 8, establece que no se hará condena en costas *“...si a la parte vencida no le es imputable a falta de composición voluntaria de la controversia y además, si limitó su actuación en el desarrollo del proceso a lo estrictamente indispensable para hacer posible la definitiva resolución del litigio”*.

LA COSTAS PROCESALES COMO GARANTÍA

DE LA GRATUIDAD DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Básicamente en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontramos el sustento para considerar que las costas procesales constituyen una garantía para la gratuidad de la justicia que contempla el último precepto mencionado.

“Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

⁷ M. Farina Juan. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo IV, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1979, página 1058.

⁸ Chiovenda José. *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Cárdenas, La Mesa, B.C., 1990, página 452.

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

“Art. 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. ...”

“Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Asumiendo la parte doctrinaria de las costas procesales, resulta válido sostener, que es precisamente esta institución procesal la que produce un efecto compensatorio que tiende a igualar las fuerzas de los contendientes en los procedimientos administrativos. El Gobernado litiga contra el Estado en desigualdad de condiciones y generalmente no recupera los gastos que eroga ni aún cuando obtiene una sentencia favorable derivada de la conducta negligente o incluso abusiva de éste. Esta problemática se ve con mayor recurrencia en los procedimientos administrativos contenciosos fiscales.

Garantías tradicionales relacionadas con el derecho de acudir a los tribunales, como la igualdad ante la ley o la garantía de audiencia, se transforman al entrar en contacto con la concepción de acceso a la justicia. En el primer caso, ya no se trata de una igualdad formal de las partes en el Juicio, sino de lograr, *por compensación* su igualdad real, como en el caso del procedimiento laboral.

Por otra parte, la expresión “tribunales” a que se refieren los preceptos constitucionales, ya no pueden reducirse solamente a los dependientes del Poder Judicial, sino a otros organismos de admi-

nistración de justicia, como lo son los Tribunales Administrativos o incluso a las Procuradurías.

Un avance normativo considerable que fomenta la gratuidad de la Justicia, lo constituye la existencia de organismos creados para brindar asesoría y asistencia jurídica gratuita en las diversas ramas del derecho. Así, la Procuraduría Federal del Consumidor, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, la Procuraduría Agraria, el Instituto Federal de Defensoría Pública, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y probablemente en fechas próximas la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente; no obstante, en procedimientos como el Fiscal, existen una serie de cargas para el contribuyente, que aún dificultan el acceso a la justicia.

ASPECTOS PRÁCTICOS QUE INCIDEN EN EL COSTO DEL LITIGIO FISCAL

a).- *La dilación de los procedimientos.* Es ya una costumbre señalar en el medio del Abogado Fiscalista, que si se quiere alargar la plena ejecución de un acto o resolución, debe acudir al Juicio de Nulidad Fiscal. Con una estadística informal, pero no por ello incierta, puede afirmarse que un Juicio de Nulidad Fiscal tarda en resolverse como promedio, un año y si a ello le aunamos que de no resultar favorable la resolución, debe acudir al Juicio de Amparo Directo, el tiempo se alarga desmesuradamente, cuando menos otros seis meses, puesto que solo para remitir los autos al Tribunal Colegiado, el de origen tarda hasta tres meses. De esa forma, el contribuyente que está litigando frente al Fisco, en principio debe considerar el pago de los honorarios del Abogado que generalmente en este tipo de litigios son por iguales mensuales. A mayor tiempo de resolución, mayor gasto para el contribuyente.

b).- *La obligación de garantizar el interés fiscal.* Por disposición del artículo 144 del Código Fiscal de la Federación, para suspender el procedimiento de ejecución por el cobro de un crédito fiscal, es necesario constituir garantía. De las garantías que prevé el ordenamiento fiscal, quizá la más barata sea la del embargo en la vía admi-

nistrativa, por que únicamente se cubren los gastos de ejecución, a razón del 2% del importe del crédito fiscal; no obstante, si consideramos que el Fisco determina créditos de muchos miles de pesos, entonces la erogación para el contribuyente será alta en este rubro. Es de considerarse también que la garantía del interés fiscal debe actualizarse cada año, por lo que si atendemos a la tardanza de la resolución del Juicio Fiscal, con certeza tendrá que constituirse una nueva garantía, pero ahora respecto de un crédito fiscal mucho más alto, puesto que creció con actualizaciones y recargos. Esto puede implicar que el contribuyente tenga que recurrir a la ayuda de otras personas en el caso de que sus bienes ya no alcancen a garantizar, mucho menos si se trata de bienes muebles, los cuales se deprecian.

c).- *La imposibilidad de usar y disponer de la garantía mientras dure el Juicio de Nulidad si se es depositario.* A los ya de por sí catastróficos costos anteriores, debe aunarse el hecho de que el contribuyente no puede disponer y ni siquiera usar si son muebles, los bienes dejados en garantía si se optó por el embargo en la vía administrativa, pues de hacerlo, corre el riesgo de ser sujeto de querrela penal por el delito de depositaría infiel previsto por el artículo 112 del Código Fiscal de la Federación.

En contraposición a las afectaciones económicas que sufre el gobernado que litiga contra el Estado, éste indudablemente que también genera un gasto, el cual podría conservadoramente ser el siguiente:

a).- La proporción del salario del Auditor que determinó el crédito fiscal considerando que ejecuta varias revisiones en un mes.

b).- La proporción del salario del Abogado del Fisco que atiende el asunto, considerando que atiende muchos juicios durante un mes.

c).- Los gastos de investigación de bienes si es que no está exento del pago de derechos, conforme a la legislación de cada Estado.

d).- Los gastos de almacenamiento y traslado de bienes, cuando es necesario.

Ahora bien, si consideráramos en el terreno de las probabilida-

des que el Fisco obtuviera sentencias favorables, por tener la razón, entonces puede sostenerse que esos gastos que realizó los cubre el gobernado al momento de pagar el crédito fiscal con los *gastos de ejecución* y a más de ello, con la doble carga que representan la *actualización* y *recargos*, por lo que aquí no existiría una justificación legal de que sea condenado al pago de costas procesales.

Por el contrario, si es el Gobernado quien obtiene una sentencia favorable, al existir prohibición expresa en la Ley para la condena en costas, simplemente jamás recupera el gasto erogado, actualizando una grave afrenta a los principios de Igualdad de las Partes en el Proceso, al Equilibrio Procesal y finalmente a la Gratuidad de la Justicia, pues no debe olvidarse que en el Juicio el Estado ya no es el ente soberano que goza de todas las prerrogativas a que hemos venido aludiendo, sino simplemente es una parte más del proceso y por lo tanto, debe igualarse.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Fisco, en la actualidad, como consecuencia de la ineficaz administración de los gobernantes, ha requerido, para captar contribuciones de la ayuda legislativa que le asegure que su actuar no se verá disminuido por la defensa legal de los contribuyentes. Por ello, la justificación del orden o interés público que han ponderado los tribunales para la actuación de aquel, carece de un sustento social y jurídico y ha contribuido solamente a propiciar el terrorismo fiscal que todos, de alguna forma hemos resentido.

SEGUNDA.- La normatividad jurídica existente, refleja una tendencia marcada a otorgar aún mayores facultades omnímodas al Fisco para el logro de sus fines. No se base en la cultura del pago, en la socialización de la obligación de contribuir, en propiciar con leyes más claras el cumplimiento del contribuyente. Por el contrario, aleja cada vez más del gobernado la posibilidad de frenar la actitud negligente y muchas veces caprichosa de quienes disponen de las facultades legales del Fisco; encarece los procesos y hace nula la garantía constitucional de gratuidad de la justicia.

TERCERA.- En otros países, como España, ya se ha derribado la barrera de la potencialidad ilimitada del Estado frente al Gobernado, mediante la condenación de costas procesales por su actuar negligente o injustificado, derivado de la apreciación objetiva de ello por parte de los Tribunales. Seguramente ha contribuido el que los tribunales que conozcan de la materia administrativa, dependan del Poder Judicial y no del Poder Ejecutivo, como ocurre en nuestro País. No obstante, el parteaguas que representan esas resoluciones extranjeras, deberán de servir para que en un futuro mediano, se copte la actitud arbitraria del Estado.

CUARTA.- Es justificable que se legisle con sustento en los principios de Igualdad de las Partes en el Proceso y de Gratuidad de la Justicia, que sea posible condenar al Fisco al pago de costas procesales en favor del gobernado en el Juicio de Nulidad Fiscal cuando se demuestre que indebidamente determinó una carga fiscal para el gobernado, pues la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a favor de la que se realiza; además, considerando que en el Juicio de Nulidad, el Estado ya no es el ente soberano con el que ejerce sus facultades como Fisco, sino es simple y sencillamente un sujeto del proceso denominado “parte” y por tanto es necesario que por compensación se le iguale con el Gobernado.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

1. Becerra Bautista José. *El Proceso Civil en México*. Editorial Porrúa. México, 1999. 827 páginas.
2. Chiovenda José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Cárdenas. La Mesa B.C. 1990. 971 páginas
3. Escola Héctor Jorge. *Tratado general de Procedimiento Administrativo*. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1981. 458 páginas.
4. Fernández Martínez Refugio de Jesús. *Derecho Fiscal*. Editorial McGraw-Hill. México 1999. 466 páginas


5. Ferrer Mac Gregor Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa. México 2003. Tomo I 537 páginas.
6. Martínez Morales Rafael I. *Derecho Administrativo*. Editorial Harla. México, 1997. 380 páginas.
7. Ovalle Favela José. *Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial McGraw-Hill. México, 1997. 327 páginas.
8. Pérez Palma Rafael. *Guía de Derecho Procesal Civil*. Editorial Cárdenas. México, 1970. 804 páginas
9. Porras y López Armando. *Derecho Procesal Fiscal*. Editorial Textos Universitarios. México, 1977. 292 página
10. Sánchez León Gregorio. *Derecho Fiscal Mexicano*. Editorial Cárdenas. Tijuana, B.C. 1986. 602 páginas
11. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T. IV. Driskill Editores. Buenos Aires 1979. 1069 páginas
12. *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. I. Editorial Porrúa. México, 1989. 602 páginas

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Compila VIII 2003.
2. Código Federal de Procedimientos Civiles. Edición 2006.
3. Código Fiscal de la Federación. Edición 2006.
4. Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

INTERNET

1. www.infojuridico.unam.com
2. www.textolegal.com (Textos legales Varios Países)



R Reflexiones sobre adecuación de la pena

Mario Alberto Calderón Salguero
Defensor Público Federal

En tiempos remotos el verdugo era quien ejecutaba la sanción penal, utilizando la guillotina, la horca, etc. Posteriormente se creó la figura de la prisión y entonces el ejecutor de la sanción, de verdugo se tornó en carcelero.

El proceso penal se puede dividir en dos fases, en la primera fase del proceso penal, el juez impone el correspondiente castigo al responsable.

En la segunda fase del proceso, la pena se ejecuta o se cumple. Esta segunda fase debemos entender que da inicio cuando la sentencia se ha declarado ejecutoriada, es decir cuando la pena se considere irrevocable, por sentencia dictada en el tribunal de apelación.

En teoría la ejecución penal, es considerada, como la fase posterior a la decisión del juez. Sin embargo en la práctica, la verdadera ejecución penal es una continuación del proceso, porque en nuestra legislación, no existe una tajante separación entre las dos fases del proceso judicial denominadas proceso penal y ejecución de la pena de prisión.

Se dice que no existe una división perfectamente delimitada entre la fase del proceso propiamente dicho y la fase de ejecución de sentencia, toda vez que el juez de los autos, después de terminada la fase primera del proceso, continúa conociendo de todas aquellas circunstancias que modifiquen las penas impuestas, pues constitucionalmente hablando es al Poder Judicial a quien le co-

rresponde resolver todas aquellas circunstancias que de algún modo inciden sobre la imposición de las sanciones. O mejor dicho es al juez a quien compete resolver las diferentes solicitudes que inciden, modifican o extinguen la sanción penal impuesta.

Lo anterior encuentra su fundamento en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21, que dispone: *“que la imposición de las penas se encuentra reservada única y exclusivamente para los tribunales del Poder Judicial”*.

Ahora bien desde tiempo inmemorial los jueces y tribunales han resuelto cuál debe ser la pena de prisión a compurgar por el reo, para que éste pague sus culpas por el delito cometido. Asimismo deciden quién es merecedor de pagar la pena de prisión, con multa, fianza, y/o trabajo, etc.

Actualmente al Poder Ejecutivo a través del órgano de la administración pública, actualmente conocido con el nombre de Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, es a quien corresponde la ejecución de las sanciones que por sentencia judicial se pronuncien o se impongan.

Los estudiosos del Derecho penal han buscado afanosamente un sustituto para la pena de prisión, sin embargo hasta nuestros días la solución no ha sido encontrada, pero en esa incansable lucha, el sistema penitenciario se ha visto enriquecido con grandes mejoras.

Nótese que el legislador, fortaleció nuestro actual sistema penitenciario mexicano, facultando al Poder Ejecutivo para que ejecute el tratamiento que el juzgador aplique.

Ejemplo de ello lo constituye el artículo 27 del Código Penal Federal en el cual el Legislativo concedió facultades a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social para que bajo su orientación y cuidado, aplique las medidas necesarias para la vigilancia de los internos a los que el juez les haya concedido el tratamiento en libertad, semiliberación y trabajo a favor de la comunidad.

Por otra parte el Legislativo otorgó al órgano del Poder Ejecutivo que designe la ley, facultades para otorgar a los internos la liber-

tad preparatoria de conformidad con el artículo 540 del Código Federal de Procedimientos Penales y 84 del Código Penal Federal.

Por último, de la redacción del artículo 56 del Código Penal Federal se desprende que el legislador dispuso que la autoridad que esté ejecutando la sanción se encuentra facultada para reducir las penas de prisión impuestas por el juzgador.

El artículo 56 del Código Penal Federal reza como sigue:

“Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable, al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma”.

Es necesario reconocer en todo su valor el contenido del artículo 56 del Código Penal Federal, que estableció que la autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción aplicará de oficio la ley más favorable.

Esto es, que tanto los tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente del Poder Ejecutivo, son las autoridades autorizadas por la ley, para actuar cuando adviertan que existe una nueva ley más favorable al reo que modifica que la sanción de un delito federal.

En principio de la redacción del artículo en cita, el suscrito deduce, que por el sólo hecho de la presentación de la demanda incidental ante el juez que conoció de la causa, dicha autoridad ya está conociendo del asunto, que es el supuesto que marca el párrafo del artículo en cita. Es decir basta con que se le haga de su conocimiento, para que el juzgador esté obligado a actuar, inclusive de oficio.

Asimismo se estima, que la Dirección General de Servicios Co-

ordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente del Poder Ejecutivo, de hecho y de derecho se encuentra obligada para declarar la extinción de la pena por cumplimiento de la sanción en los términos del artículo 116 del Código Penal Federal.

En ese mérito, debe decirse, que si bien es cierto el legislador otorgó al ejecutivo autorización para aplicar de oficio la ley más favorable al reo, cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley.

También es cierto que nunca le desconoció al Poder Judicial la competencia de origen que le asiste para la imposición, adecuación o reducción de las sanciones, máxime cuando el incidente de adecuación y reducción de pena, coincide con la petición de los beneficios de ley previstos en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal.

En síntesis del texto del artículo 56 multicitado, se pueden obtener los siguientes enunciados:

1.- La autoridad judicial está autorizada para recibir la solicitud de adecuación y reducción de pena, a consecuencia de la aplicación retroactiva de una nueva ley, que reduzca el tiempo de prisión del interno, en cualquiera de las dos fases del proceso penal. Sin que sea obstáculo el que exista o no sentencia ejecutoriada.

2.- La autoridad ejecutora, debe aplicar de oficio retroactivamente la ley dejando en libertad al reo, en forma inmediata cuando éste cumpla con el plazo señalado en la nueva ley.

La inquietud por el presente trabajo nació, porque a la entrada en vigor de las reformas a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que reducen la sanción para los delitos de portación de arma de fuego, el juez de los autos, se ha declarado incompetente para atender la solicitud de adecuación y reducción de pena.

Asimismo los tribunales confirman que es improcedente la promoción de un incidente no especificado de adecuación de la pena, cuando exista sentencia ejecutoriada.

Con apoyo en la siguiente jurisprudencia, VII.P. J/41 establecida por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,

octava época, tomo 79, julio de 1994, página 59, que a la letra dice: ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. A QUIEN CORRESPONDE APLICARLO, DE ACUERDO CON EL ESTADO QUE GUARDE LA CAUSA PENAL RESPECTIVA. El artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal establece, en lo que interesa, que cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado, y que la autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la más favorable. Si a lo anterior se aúna que el diverso 553 del código de proceder de la materia estatuye en lo conducente que el que hubiese sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentre en el caso de aplicación de la ley más favorable a la que se refiere el aludido Código Penal podrá solicitar del Poder Ejecutivo la reducción de pena o el sobreseimiento que proceda, sin perjuicio de que dicha autoridad actúe de oficio y sin detrimento de la obligación de reparar los daños y perjuicios legalmente exigibles, claro resulta que la obligación de aplicar la ley más favorable es a cargo de la autoridad judicial de instancia cuando la ley entra en vigor antes de que se dicte la sentencia definitiva en la causa correspondiente, y el del ejecutor de las sanciones en la hipótesis contraria.

Tesis número VII.P. J/41; Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, octava época, Tomo 79, Julio de 1994, página 59

Amparo directo 64/94. Rafael Antonio Sifuentes Guevara. 19 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.

Amparo directo 78/94. Angel Huerta Morales. 21 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Rosa María Temblador Vi-

drio. Secretaria: Juana Martha López Quiroz.

Amparo directo 88/94. Antonio Golpe Xala. 21 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Rosa María Temblador Vidrio. Secretaria: Juana Martha López Quiroz.

Amparo directo 73/94. Dolores Rojas Carrera y otro. 26 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives.

Amparo directo 108/94. Luis Enrique Chancellor García. 29 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Rosa María Temblador Vidrio. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, tomo II, Materia Penal, segunda parte, tesis 418, página 240.

Como ya se dijo, el argumento que invocan en sus resoluciones las autoridades judiciales es:

Que cuando entró en vigor la reforma a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, ya se había dictado sentencia definitiva en contra del reo, por lo que correspondía a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, conocer de dicha adecuación; porque éste ya no está a disposición del Juez de Distrito, y su jurisdicción había cesado al haber enviado el expediente al archivo; que por tal motivo el juez de Distrito carece de competencia para pronunciarse en el proceso, por encontrarse éste en etapa de ejecución.

En concepto del suscrito, la Jurisprudencia que desconoce la competencia del juzgador para adecuar y reducir sanciones, no puede ser contraria al artículo 21 Constitucional, porque lo prohíbe el artículo 133 relativo a la supremacía constitucional.

En ese mérito, sin discusión, se considera que la facultad para adecuar y reducir las sanciones corresponde al Poder Judicial.

Por consecuencia el suscrito considera que no puede el Poder Judicial válidamente inhibirse de conocer del incidente que se le plantee, y remitirlo a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación social, para que sea ésta quien

adecue y reduzca la pena que marca la nueva ley más favorable al reo, por el hecho de que el artículo 56 facultase a la autoridad que esté ejecutando la sanción para aplicar la ley más favorable.

En el caso que nos ocupa, la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente del Poder Ejecutivo, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 56 del Código Penal Federal, ha resuelto a raíz de las reformas a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, reducir a los internos las penas que en sentencia les fueron impuestas, no obstante que dicha facultad es de la exclusiva competencia de la autoridad judicial, ya que se trata de una pena que todavía no se ha cumplido.

En ese tenor debe decirse que el actuar del Ejecutivo se encuentra en franca contradicción con nuestra agenda legislativa, en materia penal penitenciaria, concretamente con los lineamientos establecidos en el artículo 73 del Código Penal Federal, que establece:

“Que el Ejecutivo tratándose de delitos políticos podrá hacer la conmutación de sanciones, después de impuestas en sentencia irrevocable, conforme a las siguientes reglas.

I.- cuando la sanción impuesta sea la de prisión, se conmutará en confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debería durar la prisión... II.- si fuera la de confinamiento, se conmutará por multa, a razón de un día de aquél por un día de multa”.

Como se advierte del texto transcrito, la intervención del Ejecutivo está limitada sólo a los delitos políticos; pero no está facultada para que intervenga en toda clase de delitos. Además sólo está autorizada para conmutar sanciones, no para reducir las.

Esta interpretación del contenido del artículo 56 en relación con el 73 del Código Penal Federal, nos lleva a concluir válidamente y legalmente, que en la legislación penal no existe disposición alguna que autorice al Ejecutivo para reducir sanciones por delitos del orden común y federal; sino sólo conmutar sanciones en los delitos de tinte político.

Por otra parte la solicitud de adecuación y reducción de sanciones, debe ser analizada por el juez instructor porque al reducirse las

penas de prisión impuestas, por ese sólo hecho el interno merece se le otorguen los beneficios sustitutivos de prisión y de condena condicional; y respecto de éstos aunque de hecho el Ejecutivo reduzca la pena de prisión, de derecho no se encuentra autorizado para sustituirla, porque la concesión de los beneficios que marcan los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal sólo son facultad exclusiva de la autoridad judicial, quien inclusive se encuentra autorizada para resolver acerca de ellos, aun después de haberse dictado una sentencia ejecutoriada.

La única situación de hecho en que la autoridad ejecutora estaría autorizada para reducir las penas, ocurre cuando el reo ya cumplió con su pena. Pues en este caso en particular, la autoridad está obligada de hecho y de derecho a reducirle su sanción. Es decir la Dirección de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social está obligada bajo responsabilidad a dejar en libertad al reo; de oficio, pues así lo ordena la redacción del artículo 56 del Código Penal Federal, en cita.

Por ejemplo si el interno fue condenado a sufrir una pena de prisión de cinco años de los cuales ha compurgado tres de ellos, y la nueva ley redujo la pena de cinco a tres años de prisión, se debe declarar por el Ejecutivo que válida y legalmente el reo ya cumplió su pena.

Aun más en el caso especial de que exista un reo que haya cumplido en reclusión con la pena que la nueva ley marca, en este supuesto es menester señalar que cuando el juez de los autos se declara incompetente dispone que la autoridad competente para reducir la sanción es la Dirección de Servicios Coordinados de Prevención Social de la Ciudad de México D. F. y ello para el interno constituye un verdadero víacrucis, sobre todo cuando se encuentra recluido en alguno de los centros de readaptación social alejado del centro de la República y todo por querer obtener su libertad.

Por lo anterior me permito subrayar aquí, que si bien es cierto, al C. Director del Centro de Readaptación Social, no le está permitido reducir las sanciones, también es cierto que en derecho resulta ser el órgano legalmente autorizado para la vigilancia y cuidado del

interno y por tal está obligada a ordenar el cese de toda privación de la libertad cuando éste cumpla con la misma por ser una autoridad de hecho, para efectos de la procedencia del juicio de amparo.

Además ello es perfectamente válido, toda vez de que está en juego el otorgamiento de la libertad del hombre, que constituye el supremo valor del mundo, por lo que la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, así como el encargado del Centro de Readaptación Social, deben atender a la transformación o rehabilitación de la persona para el otorgamiento de su libertad.

Dicho de otra manera, el suscrito considera que la autorización que el Legislativo otorga al Ejecutivo para reducir las penas por la entrada en vigor de una nueva ley es muy aceptable pues permite al Ejecutivo disponer la libertad del reo cuando cumpla con la pena señalada en la nueva ley que le favorezca, ya que el artículo 56 del Código Penal Federal, proporciona al Ejecutivo la pauta para que cuando el reo hubiere sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término se estará a la ley más favorable. Y que cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término medio y el término máximo, se estará a la reducción que resulte entre el término medio aritmético conforme a la nueva norma.

Ello garantiza que la autoridad ejecutora pueda decidir correctamente sobre los casos en que se le solicite que declare el cumplimiento de la pena por la entrada en vigor de una nueva ley que reduzca la sanción.

Con la finalidad de constatar que no existe disposición legal alguna que justifique la inhibición del juez de Distrito, me permito transcribir una resolución del encargado de la Dirección de Prevención y Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública del Ejecutivo Federal, siendo la siguiente:

PREVENCIÓN Y READAPTACIÓN SOCIAL

EXPEDIENTE NÚMERO:

PROCESO NÚMERO:

LUGAR DE INTERNAMIENTO: CENTRO DE RE-
ADAPTACIÓN SOCIAL EN
SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA

“RESOLUCIÓN por la que se resuelve en definitiva la reducción de la pena de prisión al sentenciado federal..... según lo dispuesto en los Decretos por los que se reforman los artículos 83 y 83 ter de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, publicados en el Diario Oficial de la Federación, del cinco de noviembre de dos mil tres y veintitrés de enero de dos mil cuatro.

VISTO para resolver el expediente administrativo número radicado en Prevención y Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública del Ejecutivo Federal, se emite la presente Resolución teniendo en cuenta los siguientes:

RESULTANDOS

PRIMERO.- El día....., en los autos del proceso penal.... el Juez ... de Distrito con residencia en ..., sentenció aa una pena de prisión de TRES MESES, por haberlo considerado penalmente responsable de la comisión del delito de EQUIPARABLE AL CONTRABANDO, previsto y sancionado por el artículo 105, fracción VI en relación con el 104, fracción I del Código Fiscal de la Federación, vigente en la época de los hechos; resolución modificada por el H. Tribunal Unitario, con residencia, en el Toca Penal número, de fecha, imponiéndole la pena de CINCO AÑOS UN MES de prisión, por haberlo considerado penalmente responsable de la comisión del delito de PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL y del diverso ilícito de EQUIPARABLE AL CONTRABANDO, previstos y sancionados, respectivamente por el artículo 83, fracción II, en relación con el 11, inciso b), de la Ley Federal de Armas de fuego y Explosivos y el artículo 105, fracción VI, en relación con el 104, fracción I, del Código Fiscal de la Federación, vigentes en la época de los hechos; la pena señalada como

resultante de CINCO AÑOS de prisión por el primero de los ilícitos mencionados y UN MES de prisión por el último de los ilícitos citados. El entonces procesado promovió juicio de amparo directo, conociendo de éste el H Tribunal Colegiado del, con residencia en, y según proveído de fecha, por ejecutoria de fecha, pronunciada en el juicio de garantías número, negó el amparo y protección de la Justicia Federal, causando ejecutoria en términos de lo dispuesto por los artículos 360, en relación con el 531, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales, quedando a disposición del Poder Ejecutivo Federal, por conducto de este órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, en el centro de reclusión al rubro citado, para el efecto del compurgamiento de las sanciones que le fueron impuestas y precisadas con anterioridad. La pena privativa de libertad empezó a computarse a partir de que el sentenciado reingresó a prisión, esto es, a partir del, contando con un abono de seis días, tiempo que permaneció recluido con anterioridad, es decir del considerados de la fecha de su detención a la que obtuvo libertad provisional bajo caución y un abono más de diez días, tiempo que permaneció recluido desde su reingreso, es decir, del, fecha en que obtuvo por segunda ocasión su libertad provisional bajo caución.

SEGUNDO.- El cinco de noviembre de dos mil tres y veintitrés de enero de dos mil cuatro, en el Diario Oficial de la Federación se publicaron los Decretos por los que se reforman los artículos 83 y 83 ter de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, entrando en vigor el día seis de noviembre de dos mil tres y veinticuatro de enero de dos mil cuatro, respectivamente.

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 56 del Código Penal Federal; 553 del Código Federal de Procedimientos Penales, mediante Decretos publicados en el Diario Oficial

de la Federación el 5 de noviembre de 2003, y 23 de enero de 2004, respectivamente, se reformaron única y exclusivamente los artículos 83 y 83 ter, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 30 bis, fracción XXIII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 3° fracción, XXII inciso c); 29, fracción III, y 33 del Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública; 8°, fracción XX, y 11, fracción VIII, del Reglamento de este órgano administrativo, es competente para adecuar en los términos que previene la legislación penal, la sanción impuesta a los sentenciados que se encuentren su disposición cuando por la entrada en vigor, de una nueva ley, éste resulte más favorable. La exposición de motivos de esta reforma hace referencia explícita a “la disminución de los mínimos de las punibilidades y no así de los máximos, ello con la finalidad de dotar de herramientas al juzgador penal para que en su caso y reunidos los requisitos de ley, en casos concretos puedan los sentenciados hacerse acreedores a los beneficios preliberacionales, lo que refleja una postura penal humanista y garantista.

SEGUNDO.- Que la conducta por la que se sentenció a, está regulada por el artículo 83, fracción II, actualmente aplicable por las reformas realizadas a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, mismo que establece que: “Al que sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará: II.- Con prisión de tres a diez años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de armas rendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley, y ...”

TERCERO.- Que de la sentencia ejecutoriada se advierte que fue sentenciado a cumplir la pena privativa de libertad de CINCO AÑOS UN MES de prisión por la comisión del delito de PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL y del diverso ilícito de EQUIPARABLE AL CONTRABANDO, cuando la sanción establecida en el artículo 83, fracción II, de la

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos vigente en la época de los hechos, era de CINCO a DIEZ años de prisión respecto al primero de los ilícitos señalados. Por tanto, este órgano administrativo cumplirá con las disposiciones de los artículos 56 de Código Penal Federal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales, en ejercicio de las facultades que le confiere su propio Reglamento, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 83, fracción II, reformado de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; por lo que analizado su contenido, se infiere que si actualmente la sanción establecida es de TRES AÑOS de prisión por el delito de PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DEL EJERCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL, más UN MES de prisión que le fue impuesta por el diverso ilícito de EQUIPARABLE AL CONTRABANDO, que queda igual por no ser materia de adecuación, resultando que la pena total a cumplir es de TRES AÑOS UN MES de prisión.

Del estudio y análisis del expediente integrado y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 14 y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 25, 56 y 77 del Código Penal Federal; 5° y 553, del Código Federal de Procedimientos Penales; 26 y 30 bis, fracción XXIII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 3° fracción XXII inciso c); 29 fracción 111 y 33 del Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública; 8, fracción XX, y 11, fracción VIII, del Reglamento del órgano administrativo desconcentrado Prevención y Readaptación Social, con independencia técnica y de gestión para emitir sus resoluciones que permitan el adecuado ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de la legalidad, el comisionado del órgano administrativo desconcentrado Prevención y Readaptación Social, resuelve lo siguiente:

RESOLUTIVOS

ÚNICO.- Se reduce la pena de CINCO AÑOS UN MES de prisión, que le fue impuesta aen el proceso penal número

....., por la comisión del delito de PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL y del diverso ilícito de EQUIPARABLE AL CONTRABANDO, para quedar en los siguientes términos: TRES AÑOS UN MES de prisión. La multa impuesta en la sentencia no resulta exigible por esta autoridad.

TRANSITORIO

ÚNICO.- Notifíquese esta resolución para los efectos legales procedentes personalmente al sentenciado, y con copia autorizada de ésta, hágase del conocimiento del Juez de Distrito con residencia en; de la Directora de Ejecución de Sentencias en el Estado de: del Director del Centro de Readaptación Social en Expídanse los oficios de rigor, háganse las anotaciones correspondientes en el Registro Nacional de Identificación de Sentenciados, agréguese esta resolución al expediente que se le tiene formado en el Archivo Nacional de Sentenciados de Prevención. y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad Pública, y oportunamente archívese como asunto total y definitivamente concluido. Cúmplase.

EL COMISIONADO DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DESCONCENTRADO PREVENCIÓN Y READAPTACIÓN SOCIAL DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA, LIC. CERTIFICA: Que esta resolución de reducción de pena de prisión fue analizada, revisada y aprobada, en todos y cada uno de sus términos. México, Distrito Federal, a-Conste.- Rúbricas”.¹

Con la anterior trascripción se constata pues, que la autoridad ejecutora sólo se encuentra autorizada en vía de excepción, es decir cuando el reo haya cumplido con la nueva pena, y la autoridad judicial no lo hubiese adecuado o reducido, por inadvertencia del sentenciado. Lo anterior si se toman en consideración, como ya se dijo, las disposiciones relativas a la aplicación de sanciones conte-

¹Por razones obvias se omiten nombres y fechas.

nidas en el Código Penal Federal en los artículos 74 y 90 que establecen, que aun cuando ya exista dictada sentencia, si el reo reúne las condiciones y requisitos para la sustitución o conmutación de la sanción, podrá solicitarlas ante el juez de la causa en el incidente respectivo: Así como las contenidas en el artículo 73, que sólo autorizan al Poder Ejecutivo para que tratándose de delitos políticos puedan hacer la conmutación de sanciones.

Y las relativas a las causas de extinción de la responsabilidad penal, de acuerdo a lo dispuesto en el Título Quinto, Capítulo VIII, artículo 117 del Código Penal Federal consistente en la vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable.

En otro orden de ideas es de resaltar que, una vez que las sanciones han sido impuestas en sentencia, éstas se deben seguir al pie de la letra, sin importar que exista o no rehabilitación en el reo, o que la pena ya no sea necesaria.

Es decir que el Ejecutivo carece de facultades para modificar las penas impuestas, en el caso de muchas personas que permanecen en el interior de la prisión por más tiempo del necesario para su rehabilitación, y que no tienen posibilidad de obtener su libertad en virtud de que no han cumplido con el tiempo de reclusión que se les impuso. Por ejemplo, en el caso de que existan en reclusión personas mayores de 70 años, enfermos, u otras que efectivamente muestran rehabilitación total. En estos supuestos al juzgador de primera y segunda instancia después de ejecutoriada la sentencia no le está permitido sacar del archivo el expediente, para así estar en la posibilidad de valorar dichas circunstancias.

Por ello y para que el Ejecutivo no se siga viendo en estos casos atado de manos para intervenir en la readaptación del interno, deberá reformarse la agenda legislativa para que se le otorguen amplísimas facultades al Ejecutivo, para que en la fase de ejecución de sanciones, actúe libremente siempre en benéfico del reo, cuando advierta cualquier circunstancia que haga innecesaria la continuación del castigo.

Asimismo, es menester autorizar a los centros de readaptación

social, para que puedan rehabilitar a sus internos, facultándoseles para que por su conducto el reo obtenga el beneficio de liberación por remisión parcial de la pena, toda vez de que ello les está prohibido de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 16 de la ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados; pues en dicha legislación acerca del cómputo de los plazos de la remisión parcial de la pena, se dispuso: que sólo el Ejecutivo regulará éstos, y que en ningún caso, el cómputo de los plazos de remisión parcial de la pena, estará sujeto a normas reglamentarias de los establecimientos de reclusión o a disposiciones de las autoridades encargadas de la custodia y de la readaptación social.

Por último, al igual que se estructura y se organiza el Poder Judicial en la República Mexicana, igualmente deberá procederse para que a los reclusorios de la República Mexicana ya no sólo se les considere como centros mediadores, sino que se les faculte para tomar decisiones en los trámites aludidos, en beneficio del reo. Para que así se evite acudir a la ciudad de México D. F. a solicitar entre otros los beneficios de la aplicación de una nueva ley que le resulte más favorable, y sólo en caso de negativa del Centro de Readaptación Social, o de inconformidad del reo, remitir el expediente a la Dirección de Servicios Coordinados de Prevención Social de la Ciudad de México D. F. para su revisión.

Es de sobra conocido que nuestros actuales centros de reclusión, presentan una problemática que cada día va en aumento. Que inclusive trasciende en sus límites de lo interno a lo externo.

Por ello me permito plantear las siguientes interrogantes:

El Poder Legislativo al crear el artículo 56 del Código Penal Federal pretendió restar competencia al Poder Judicial.

El Legislativo buscó otorgar mayores facultades al Ejecutivo, al hacer una detallada descripción del procedimiento a seguir para reducir las sanciones, pensando en facilitar a los encargados de los Centros de Readaptación Social su aplicación. El Ejecutivo está ya preparado para resolver lo relativo a la adecuación, reducción o extinción de la sanción.

Deberá el Ejecutivo permitir al encargado del Centro de Readaptación Social que realice el cómputo del beneficio de remisión parcial de la pena.

Serán estas las vías idóneas de solución para ayudar a reducir la sobrepoblación en la prisión e implícitamente una posible solución al creciente indicativo de que los centros de reclusión no rehabilitan al reo, si no que sólo constituyen un foco formador de delitos y delincuentes.

En lo sucesivo las penas podrán ser convertidas, suspendidas, sustituidas, computadas, reducidas, modificadas, por el órgano que designe el Ejecutivo.

Sea cual fuere la postura que se adopte o la respuesta a dichas interrogantes, lo cierto es que en nuestro actual sistema penal no se puede prescindir de la fase de ejecución llevada a cabo en un Centro de Readaptación Social.

El combate a la delincuencia organizada sin afectación a garantías individuales

Amando Chávez Chávez

Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública

I. ANTECEDENTES

La delincuencia es considerada como un conjunto de delitos observables en un grupo social definido, en un momento histórico determinado; con efectos adversos al desarrollo armónico y a la seguridad personal de todos y cada uno de dicho grupo social cuyo fenómeno se valora y determina en función de la existencia previa de las normas punitivas establecidas al respecto.

El fenómeno delincuencial suele advertirse, en el ámbito social, en forma previa a la ley que lo sanciona; puesto que hacemos leyes para resolver problemas, no para prevenirlos; por tanto, ésta se genera como resultado de un enfoque al análisis sociológico del actuar contrario a los intereses, a la armonía y al desarrollo social de la comunidad y/o del estado de su pertenencia.

De tal forma que, la delincuencia, no existe sino hasta que se da la norma jurídica que la prevé y sanciona; antes de ello, la realización de tales hechos o fenómenos sociales, se les señala con los términos de antisociedad, criminalidad, conducta desviada, agresiones a la seguridad personal y social pero no como delito.

Por tanto, la delincuencia relativa a la transgresión de la ley penal y la reacción social, que esta última genera, y su esencia como fenómeno delictivo, debe estar determinada, cuando menos, por los siguientes tres presupuestos: a) existencia previa de la ley penal;

b) la trasgresión a dicha ley penal; c) la reacción social.¹

Dicho fenómeno de criminalidad ha sido motivo de diversos estudios doctrinales a partir de Enrique Ferry en la segunda mitad del siglo XIX, que sirvió de base en Estados Unidos de Norteamérica, en Europa Occidental y ahora en países de Latinoamérica como sustento de una sociología criminológica con diversos matices y denominaciones que coinciden en radicalizar sanciones; entendiéndola como un fenómeno de delincuencia y desviación antisocial, resultado de intrincados procesos sociales que ameritan el análisis de la propia estructura social, mediante un enfoque inter y multidisciplinario, que ofrezca una visualización completa de lo que implica dicho fenómeno como crimen.

En efecto, la relación entre la seguridad personal y el bienestar social con el fenómeno criminológico presenta diferentes perfiles, llegando a desembocar, entre otros, en el sentido de que, a mayor seguridad social, menor es el riesgo de victimización; y de que, a mayor bienestar social, menor la posibilidad de transgredir el orden social; o, como ahora, a mayor penalización, menor victimización y mayor bienestar social.

Sin embargo, la prevención de la delincuencia y/o de la criminalidad, presenta diversas aristas y requiere considerar otras tantas etapas como suele señalarse, consistentes en: la prevención primaria relativa al control social de aquellos factores detectados y que se presumen, en términos generales, ser condicionantes de procesos delincuenciales. Son, esos, los indicadores de la prevención primaria de la delincuencia, demasiado generales, y tienen que ver con los marcos políticos de seguridad y bienestar social del Estado de que se trate.² La prevención secundaria se relaciona con el control de los factores directos de los procesos delincuenciales en un lugar y momento dados.

Finalmente, la prevención terciaria tiene que ver con la acción

¹ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa y UNAM, México, 2003, página 1029.

² *Idem* página 1029.

directa del Estado, cuando se ha transgredido la ley penal y se ha tenido éxito en el etiquetamiento del transgresor como delincuente, y por reacción social, formal, se ha entendido la readaptación, cura, resocialización o repersonalización del referido transgresor de dicha ley penal; que, en el presente caso, artículo 1º de la ley, que se analiza, "...tiene por objeto establecer las reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Disposiciones de orden público y aplicables en todo el territorio nacional".

II. DELINCUENCIA ORGANIZADA. DENOMINACIÓN

A la delincuencia organizada, en cuanto a fenómeno social agresivo, también se le conoce como crimen organizado; el que, por su trascendencia negativa, constituye uno de los problemas más preocupantes para la totalidad de los países del orbe, y en particular, para México, como manifestación criminal en perjuicio de la seguridad, la dignidad y el desarrollo social, sin que se advierta posibilidad de soluciones eficaces respecto del avance de dicha delincuencia, por más que se creen o reformen disposiciones legales o sistemas jurídicos preventivos o represivos para ello; se aumente o acumulen penas.

Históricamente se dieron enfoques contra las organizaciones delictivas en China, Rusia, Colombia, Japón, Italia, Nigeria, y en otros países más, que de origen diferente y desde diversos objetivos, los grupos delincuenciales impactaban el desarrollo cotidiano de sus correspondientes naciones hasta llegar a considerar su actuación, a nivel internacional, y cada vez, con mayor acendrado análisis local o doméstico, sin desvincularlos de la problemática y sus consecuencias en los países en donde más frecuentemente operaban.

Se celebraron reuniones y conferencias, como la Conferencia Ministerial Mundial sobre Delincuencia Transnacional Organizada, en noviembre de 1994, que como resultado dio la "Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la delincuen-

cia transnacional organizada”, que en su apartado B denominado “Legislación nacional contra la delincuencia transnacional organizada y directrices para medidas legislativas de otra índole”, contemplaba los siguientes puntos:

1. En vista de la importancia de la adopción de una serie de medidas contra la delincuencia transnacional organizada, tanto en la esfera del derecho penal y procesal como en el campo de la cooperación internacional, los Estados deberían tratar de utilizar la información reunida y analizada sobre las características estructurales y las pautas de operación de los grupos delictivos organizados con miras a actualizar o reformar su legislación penal y procesal y sus mecanismos judiciales, así como reglamentarios y coercitivos.

2. Los Estados deberían examinar la posibilidad de elaborar y aplicar medidas que fortalecieran su eficacia en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada y permitieran una cooperación más eficiente con otros países. A este respecto, cuando fuera necesario, los Estados deberían contemplar la posibilidad de tipificar en su legislación penal nacional los delitos concretos de conspiración, asociación para delinquir o participación en una organización delictiva, y responsabilidad penal de las sociedades legítimamente constituidas.

3. Los Estados deberían estudiar la posibilidad de fortalecer la totalidad de sus sistemas de justicia penal. Al respecto, convendría que se esforzaran por crear estructuras y capacidades de represión más complejas, reforzar la capacidad de las autoridades fiscales para asumir las funciones de acusación a menudo complejas, derivadas de las actividades de la delincuencia transnacional organizada, y revisar sus sistemas judiciales para que pudieran juzgarse eficazmente casos penales complicados. También podrían adoptarse medidas para mejorar las salvaguardias contra la corrupción de funcionarios públicos.

4. De ser necesario, los Estados deberían mejorar la recopilación y conservación de datos y pruebas de inteligencia sobre los grupos delictivos organizados y sus actividades. Los Estados debe-

rían estudiar la posibilidad de introducir medidas para alentar a los miembros de las organizaciones delictivas a prestar testimonio y a cooperar, para proteger debidamente a los testigos dispuestos a colaborar y a sus familias, mediante programas adecuados de protección, y –dentro de los límites impuestos por la legislación interna- para considerar la cooperación con las autoridades como circunstancia atenuante al dictar sentencia.

5. Cuando sea necesario, los Estados deberían examinar la posibilidad de introducir medidas como la vigilancia electrónica y la interceptación de comunicaciones (para los delitos graves especificados en la legislación), las operaciones secretas y la entrega vigilada, con sujeción a la supervisión o aprobación judicial según el caso, y respetando los derechos individuales.

6. Cuando se justifique, los Estados deberían tratar de crear y equipar adecuadamente unidades especiales de investigación integradas por funcionarios de los órganos de represión y expertos que conozcan las características estructurales y los métodos con que operan los grupos delictivos organizados. Los Estados deberían, asimismo, proporcionar a los miembros de estas unidades la capacitación y los recursos necesarios para concentrarse en la obtención de datos de inteligencia sobre la delincuencia transnacional organizada y en las investigaciones pertinentes.

7. Los Estados deberían formular y aplicar medidas encaminadas a aumentar la sensibilización pública sobre la delincuencia transnacional organizada y sus efectos, y a obtener el apoyo de la sociedad, así como de los medios de información y el sector privado, en los esfuerzos nacionales e internacionales.

8. Los Estados deberían examinar seriamente la posibilidad de indemnizar debidamente a las víctimas de la delincuencia organizada, de conformidad con la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (resolución 40/34 de la Asamblea General del 9 de noviembre de 1985).

9. La ONU debería elaborar métodos prácticos de legislación

sustantiva y procesal, basándose en la experiencia y en los conocimientos especializados de los Estados y sirviéndose de las contribuciones de las organizaciones competentes. Asimismo, la ONU debería ayudar a los Estados que solicitaran su asistencia para revisar y evaluar su legislación y para planificar y emprender reformas, teniendo en cuenta las prácticas existentes y las tradiciones culturales, jurídicas y sociales.

El proyecto de resolución, originado con motivo de la Conferencia de Nápoles, podemos considerarlo como un documento que retomó infinidad de preceptos de la Convención de la ONU sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988, ratificada por el Senado de México, publicada en el Diario Oficial del 5 de septiembre de 1990; que dio origen a nuestra ley a finales de 1996, que se ha venido ajustando, muy forzosamente, a la ley penal ordinaria y sobre, todo, a nuestra Constitución, no sin agresiones en su aplicación. A la vez, sirvió de inspiración a otros países para la formulación de la suya.

III. LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO

El fenómeno de la DELINCUENCIA ORGANIZADA en México, independientemente de que desde la época colonial se empieza a considerar la existencia de gavilleros y salteadores de caminos y se aplican medidas en su contra durante el siglo XIX, no es sino a partir de los años sesentas y setentas, del XX, en que se advirtió el aumento en el consumo de droga; pero sobre todo ello, su demanda por parte de los Estados Unidos de Norteamérica; por lo que, los grupos delincuenciales, en México, se empiezan a organizar como verdaderas empresas para el tráfico de la misma, aprovechando la posición estratégica del territorio, como vía de tránsito; y, empezaron a considerar su combate los gobiernos en nuestro país.

En efecto, durante la Segunda Guerra Mundial, los propios estadounidenses, toleraron el cultivo de la morfina en México, para “usos médicos”, para administrarles a sus soldados y darles valor, solo

que creció el número de adictos y, con ellos, la demanda de la marihuana, cocaína, morfina, psicotrópicos, LSD y otros. Cobrando así, perfeccionamiento y poder las bandas de narcotraficantes, apoyadas por funcionarios estatales y federales, que se le denominó “primer intento de centralización del narcotráfico.” Los cuerpos de seguridad, incluso, militares de todos rangos, secretarios de Estado y algunos gobernadores, se coludieron en el narcotráfico, como lo han venido haciendo respecto de los demás delitos que integran la figura típica; destacando el país en el tránsito y producción de droga; especialmente, cocaína de Colombia hacia Estados Unidos, estrechándose los vínculos entre capos y cárteles de Medellín y mexicanos; destacando, entre ellos, los de Ernesto Fonseca, Caro Quintero, con Juan García Ábrego; más recientemente, aflorando las organizaciones de los Carrillo Fuentes, Arellano Félix, Guzmán Loera y demás mencionados frecuentemente en los medios de comunicación, con estructura y sistemas de organización debidamente jerarquizadas, sofisticadas, con base en la corrupción de altas esferas del poder, mediante la intimidación, la entrega de dinero y la ejecución de quienes se les resistiesen; aprovechando, incluso, los adelantos científicos y tecnológicos en el desarrollo de sus operaciones que les propician la diversificación de actividades con perfecta cabida en el sistema de mercado, con rentabilidad que les permite fuerte cohesión al interior y frente a otras bandas, y al propio gobierno, a través de los integrantes de sus cuerpos de seguridad, sobre todo.

IV. LEGISLACIÓN SOBRE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Para enfrentar el desafío, el gobierno mexicano ha tenido que diseñar políticas e instrumentar estrategias mediante programas nacionales para el control de las drogas en las que involucra a diferentes Secretarías, a la Procuraduría General de la República y al Gobierno de las Entidades Federativas; y, otras, determinadas a escala bilateral y multilateral, mediante la tipificación jurídica de esas conductas reprobables, a través de normas jurídicas hacia el interior del país y

de la firma de tratados internacionales hacia el exterior, para la investigación y persecución compartida, a efecto de llevar a los delinquentes del ramo a los correspondientes tribunales. Al exterior, México, inició en el Continente Americano desde 1976, con la celebración del correspondiente a la fase de ejecución de sanciones; y al interior, creó el Instituto Nacional para el Combate a las Drogas, como órgano desconcentrado de la P.G.R., que luego daría paso a la SIEDO, (Subprocuraduría de Investigaciones Especiales sobre Delincuencia Organizada), en 1996.

Conocidos los antecedentes históricos y precisados los efectos sociales, a vuelo de pluma, de la delincuencia organizada, como fenómeno jurídico-social; así como sus métodos de trabajo en la consecución de sus fines, se hubo que delimitar la creciente actividad, tomando en consideración sus principales características, cuyos rasgos comunes se plasmaron en el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo Federal al Congreso Federal en 1996 (aprobada y luego publicada el 7 de noviembre de 1996), consiste en que:

- a) No tiene metas ideológicas, sus metas son el dinero y el poder sin connotaciones ideológicas;
- b) Tiene una estructura jerárquica vertical y rígida, con dos o tres rangos máximos y permanentes de autoridad.
- c) Limitación o exclusividad de membresía con diferencias de aptitud y proceso de selección riguroso;
- d) Permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros;
- e) Uso de violencia y corrupción como recursos reconocidos, para el cumplimiento de sus objetivos;
- f) Operan bajo un principio desarrollado en división de trabajo, mediante células, que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores. Cuentan con posiciones perfectamente perfiladas, en relación a las cualidades de sus miembros y en caso de ser necesario, subcontrata servicios externos;
- g) Siempre pretende ejercer hegemonía sobre determinada área geográfica o sobre determinada industria legítima o ilegítima;

h) Reglamentación interna oral o escrita que los miembros están obligados a seguir.

De lo anterior, se desprende que la delincuencia organizada es un fenómeno o proceso, mediante el cual tres o más sujetos de forma permanente, realizan conductas contrarias a la ley, con el fin preponderante de obtener benéficos económicos y poder, adoptando una estructura jerárquica, vertical, métodos violentos para perseguir sus fines y apoyo logístico de vanguardia. Además de centro de lavado de dinero, producto de su actividad ilícita, o lícitas, en su desarrollo.³

V. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Razonablemente, y ante la imposibilidad de establecer medidas más efectivas, se crea la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, con el objeto de establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las impuestas a cualquier miembro de la misma y cuya conducta se tipifica cuando tres o más personas acuerden organizarse, en forma permanente o reiterada que por sí o unidas a otras, tengan como fin o resultado cometer los delitos de terrorismo, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto o secuestro; previstos en los términos de las cinco fracciones a que alude el dispositivo segundo de dicha Ley; y, en las circunstancias especificadas en los artículos tercero, cuarto, quinto y sexto de la misma.

La Ley tiene sus bondades para atenuar la violencia, la inseguridad y el terror que a la población imponen quienes están dispuestos a pasar por encima de cualquier obstáculo, amenaza jurídica, persona física o institución, haciendo uso de todo tipo de instrumentos para el desarrollo de ese trabajo sucio y de la infraestructura en recursos materiales y humanos, siempre dispuestos a servir a los intereses del grupo; actividad de cárteles que comienzan con la pro-

³ Características y concepto deducidas de la iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, presentada al Congreso de la Unión en marzo del 1996, por el Ejecutivo Federal. Publicada el 7 de noviembre del mismo año, en el Diario Oficial de la Federación.

ducción y distribución de marihuana, continúan con heroína y cocaína y, demás drogas sintéticas, y amplían al tráfico con armas e indocumentados, órganos humanos, homicidio, el asalto y secuestro de personas; hasta convertirse en las grandes organizaciones nacionales e internacionales.

VI. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el caso de la delincuencia organizada, en cuanto figura típica, el bien tutelado, se encuentra descrito en los tipos penales a que aluden el terrorismo, tráfico de órganos, robo de vehículos, delitos contra la salud, secuestro, asalto y otros bienes jurídicos, precisados en el artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en cuanto figura atentatoria a la tranquilidad y al orden público y como cuestión de seguridad nacional, estado de derecho y paz social; de integridad corporal y de respeto al patrimonio de las personas; desplazándose, así, el lugar central de su valoración, a este fenómeno atentatorio a la tranquilidad y a dicho orden público, para efectos de punición a bienes que interesan a la nación y cuya tutela constituye el escudo envolvente protector de los demás bienes colectivos e individuales;⁴ considerando a la seguridad pública como el supremo bien que tutela la descripción legal y que se expande a la seguridad nacional; al acarrear tan graves males a la paz y desarrollo armónico del país, como presupuesto para la adecuada relación jurídica que mella la soberanía de los Estados y limita el normal funcionamiento de las instituciones gubernamentales. El tipo penal específico, como medida de control a este fenómeno, representa pues, un indiscutible avance en esta incruenta lucha entre el Estado y los grupos delincuenciales y de la población que la padece frente a ambos.

El delito es eminentemente de acción, ya que para adecuarse a la figura típica destructiva, será necesario la exteriorización de la voluntad del agente, manifestada en una conducta positiva, un hacer. Descartándose la realización por omisión de este tipo penal. Es

⁴ García Ramírez, Sergio. *La Delincuencia Organizada*, Criminalia, 1997, página 87.

un tipo penal autónomo y no una mera agravante de los delitos que se hayan cometido o se pretendan cometer por el grupo; ya que su conceptualización, como delito, se estableció bajo dos modalidades; la primera, como un delito en sí mismo, donde el acuerdo para delinquir de forma “reiterada o permanente” es la esencia de la descripción típica; es eminentemente formal, pues no será necesario que exista una alteración en el mundo material para que se configure el tipo; aunque hay quienes consideran que es de resultado formal o bien material.

Puede ser también, permanente, en el momento en que tres o más sujetos acuerdan organizarse o se organizan para la comisión de alguno de los delitos señalados en dicha Ley y, en caso de verificarse, la comisión de alguno de estos últimos, habrá un concurso real de delitos; ya que estará cometiendo el delito de delincuencia organizada y el concomitante, por ejemplo, el de asalto o secuestro. Es eminentemente de acción, ya que para adecuarse a la figura típica descriptiva será necesario la exteriorización de la voluntad del agente, manifestada en una conducta positiva, un hacer. En efecto, tiene que ser eminentemente doloso, porque no admite comisión culposa, puesto que, invariablemente tiene ese carácter porque sólo es delictiva la conducta cuando el agente actúa con ese propósito; en los términos del artículo 9° del Código Penal Federal.

VII. ACCIONES JURÍDICAS EMPRENDIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO

La más importante de las acciones emprendidas para enfrentar a la “DELINCUENCIA ORGANIZADA”, lo ha sido la propia ley, así denominada, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución y sanción de quienes cometen tan graves delitos en ellas señalados, ésta y demás acciones jurídicas, y extra y meta jurídicas, emprendidas por el Estado Mexicano, tienen razón de ser; aunque no con la certeza, y los alcances suficientes y eficientes para su erradicación, con que deben llevarse a cabo; y, menos con la rectitud y honradez

requerida de parte de quienes, como autoridad facultada para ello, tienen la obligación de establecer.

En efecto, en la propia Ley, se establece la competencia del Ministerio Público de la Federación y de las autoridades jurisdiccionales federales, incluyendo la facultad de atracción de los delitos mencionados, en los términos que de dicha atracción le confiere la fracción XXI del artículo 73 Constitucional, respecto de autoridades del fuero común, hasta el establecimiento de coordinaciones con procuradurías estatales para el combate frontal a dicho tipo de delincuencia, a partir del narcomenudeo, la recuperación de vehículos robados, robo a bancos, etcétera; además, de los apoyos creados por disposición del artículo 8° de dicha Ley, en los términos de la Reforma a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el 27 de julio del 2003. En la Ley en cuestión se establecen mecanismos como la figura del arraigo, con base al 11 Constitucional, y en el artículo 12 de la mencionada Ley; el cateo, artículo 15; la intervención de comunicaciones, a través de la autorización del juez correspondiente; el aseguramiento de bienes; y, hasta la protección a personas para que sirvan de testigos de cargo, canjeando información por beneficios personales a indiciados y procesados, en los términos del artículo 35 de la referida Ley; la facultad del propio Ministerio Público de la Federación, para duplicar el término de 48 horas, a efecto de ordenar la libertad o consignación a un indiciado, si de acuerdo a la Ley respectiva se prevé pertenece a la delincuencia organizada, con base en la última reforma al artículo 16 Constitucional, en concordancia con el 134 del Código Federal de Procedimientos Penales. Así mismo, con apoyo en el artículo 11 de la propia Ley, en las averiguaciones previas relativas a los delitos a que la misma se refiere, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes. En estos casos, se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino a las personas morales de las que se valgan

para la realización de sus fines delictivos.

Ahora, incluso, los tribunales del fuero común juzgarán y sancionarán delitos federales, como el narcomenudeo, en razón de la reforma constitucional federal, secundada por las legislaturas de los Estados; la cual permitirá la jurisdicción concurrente en el combate a delitos federales; supuestamente, como respuesta integral, pronta y eficaz frente al fenómeno de la delincuencia organizada, a partir de la persecución concurrente de los delitos; la cual obliga a capacitar a elementos policiacos, ministerios públicos, personal de peritos, poder judicial y de custodia en los penales. Ojalá se logre el objetivo.

VIII. EXCESOS EN LA APLICACIÓN

DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Ya está demostrado que dentro de la unidad especializada encargada de la investigación y persecución de los delitos cometidos por dicha delincuencia, hay quienes exceden sus facultades en contra de inocentes y actúan con lenidad en casos de responsables, por diversos motivos, pero casi siempre, de corrupción. Como sucede en los casos de arraigo, en donde frecuentemente se desbordan los alcances del artículo 11 Constitucional, solicitándose y decretándose, sin razón y fundamento, por un mayor tiempo al indispensable para la debida integración de la averiguación previa de que se trata, más allá de las “circunstancias personales del inculpado”; pues en muchas ocasiones bastaría con una vigilancia adecuada en y durante sus actividades ordinarias y/o el apercibimiento para que no se ausentase del lugar.

En cuanto al cateo, con frecuencia se convierte en un allanamiento del domicilio particular con saqueo de objetos propiedad de la familia, de las personas buscadas, exacerbando los alcances del 16 Constitucional, pretextando el aseguramiento del probable responsable, objetos e instrumentos del delito; en cuanto a intervención de comunicaciones privadas que pudiesen arrojar datos suficientes para determinar la probable responsabilidad de personas determinadas, en ocasiones, el fiscal la solicita y el juez las autoriza

sin precisar, con exactitud, sus características, modalidades y límites; sin un cuerpo técnico y medios de control para que se lleven a afecto, precisando tiempo, modo y lugar para ello, dejando al Ministerio Público de la Federación que las realice a *libitum*, sin el acta pormenorizada que se ajuste a la realidad de la diligencia.

En cuanto al aseguramiento de bienes, suele atropellarse el derecho a la propiedad como una garantía inherente a la persona, y no precisamente bajo la necesidad de satisfacer un interés público social; sin que, presuntivamente se demuestre que es derivada de negocios ilícitos, violando, en este sentido, el artículo 14 Constitucional; ya que el artículo 29 de dicha Ley, sobre la delincuencia organizada, establece que, previa autorización judicial, sin que el Ministerio Público lo acredite, podrá disponer el aseguramiento de bienes de sus miembros, indiciados, respecto de los cuales se conduzca como dueño, “quedando a cargo de sus tenedores la procedencia legítima de dichos bienes”. Cuando debería ser el Ministerio Público quien previamente tendría que probar la procedencia ilícita de los mismos.

Al respecto, señala García Ramírez, que: “con esto se echa por la borda el debatido principio que presume inocentes a todas las personas mientras no se demuestre su culpabilidad y supedita las sanciones a dicha demostración, que corre a cargo del órgano estatal acusador. Lo que ahora ocurre es exactamente lo contrario: se presume la responsabilidad del inculpado; para liberarse de esa presunción, se le atribuye la carga de la prueba favorable.”⁵ Y, qué sucede respecto y en cuanto a PROTECCIÓN DE PERSONAS INVOLUCRADAS EN LA INVESTIGACIÓN Y PROSECUCIÓN DE DELITOS, perpetrados por la delincuencia organizada (artículo 34), que a efecto de que el delincuente proporcione información valiosa tendiente al desmembramiento de los grupos delictivos organizados en la nación, canjean información por beneficios a “los arrepentidos”, reduciéndoles la pena en proporción a los datos aportados para la investigación, captura y procesamiento

⁵ García Ramírez, Sergio. *Op. Cit.* página 63.

más fáciles y exitosas de los miembros de las organizaciones criminales; debiendo aclarar que, con frecuencia, los datos proporcionados se reducen a indicios, sobre la probable responsabilidad de inculpadados, y, por lo que al consignar no garantizan, de manera indubitable, una formal prisión, o una sentencia condenatoria; en tanto, sí sale favorecido el inculpadado, colaborador, al respecto; por lo que, se afirma que: “No es sencillo el juicio sobre esta potestad: ¿Qué resulta preferible para la recta operación es decir justiciera y moral, si tales cosas son posibles en el oscuro terreno de las negociaciones del régimen instituido en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: asegurar en la Ley misma las recompensas que necesariamente recibirá el colaborador, o abrir la puerta para que las autoridades, quizás negociando una vez más, resuelvan si concederán o no los beneficios y en qué medida lo harán? Es probable que el Estado de Derecho no padezca tanto si se opta por la primera solución, que al menos da certeza sobre las consecuencias jurídicas de la conducta”.⁶

También se da la posibilidad de ofrecer recompensa a quien auxilie eficientemente para la localización y aprehensión que por acuerdo del Procurador se determine (artículo 37); así como a la persecución de estos delitos por colaboración anónima; en ambos casos, vulnerando las garantías de seguridad jurídica de los artículos 14 y 16 Constitucionales, ya que, en ocasiones, sin verificar la información le dan valor a la misma e integran la averiguación, agregando algunos datos más a la mano y consignan la averiguación sin verificar los hechos; con base en pesquisas prohibidas constitucionalmente y que contravienen el propio artículo 38 de la Ley en mención. ¿Y qué sucede con la facultad que otorga el artículo 11 de la Ley en cuestión, al C. Procurador General de la República, autorizándolo a infiltrar agentes, para el conocimiento de estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación, con motivo de averiguaciones, en donde se podrá investigar no sólo a las personas físicas, sino a las morales y de todo tipo?; pues que se

⁶ García Ramírez, Sergio. *Delincuencia Organizada*, Criminalia, Mayo-Agosto, página 121.

crea un estado de zozobra y temor hasta en quienes nada tienen que ver en casos de investigación por una “GESTAPO”, salvo el recto proceder del C. Procurador.

IX. LA DEMANDA SOCIAL DE SU COMBATE

Es inconcuso, que la delincuencia organizada en sus diversos aspectos y diferentes modalidades, ha creado verdaderos problemas sociales, nulificando todo tipo de derechos y de valores en las personas, al interior y, en diversos aspectos, en relación con el exterior del país; en donde están involucrados no sólo quienes se dedican al transporte y tráfico de droga, al acopio y tráfico de armas; al tráfico de indocumentados, de órganos humanos; al asalto y secuestro de adultos y menores; al robo de vehículos, etcétera; que involucra no sólo a quienes se dedican a ello, sino a grandes empresas, como las bancarias, que son refugio y ocultamiento de cantidades millonarias que generan dichos delitos, y que los encubren en forma de lavado de dinero y otras; por lo que se estima necesario, hacer, cuando menos, dos consideraciones sobre iguales cuestiones que deben ser tomadas muy en consideración en relación con la Ley específica de la materia y los esfuerzos desplegados en el URGENTE, pero adecuado y pertinente combate a la delincuencia organizada, en consenso con todos los sectores sociales, con ética, determinación y verdadero amor a México, no con demagogia, oportunismo y superficialidad, como se ha venido haciendo hasta la fecha; en los términos, que me permito esbozar a manera de:

X. CONCLUSIONES

Primera.- Es inconcuso que este fenómeno es el producto de una sociedad en crisis, a partir de sus problemas socioeconómicos, aunados a la ignorancia, explosión demográfica, ausencia de empleo formal, carencia de servicios médicos y culturales, que traen consigo la marginación y la desintegración familiar, de cuya confusión se valen el gobierno, las iglesias y los ricos insulsos, para manipular a la población fuera de todo sentido científico y popular.

Segunda.- El problema tiene raigambre histórico en el país, por ser de antaño; y por ello, es difícil de atacar; porque se ha convertido en una actividad con grandes ganancias para quienes se dedican a ello; y, permean a todos los sectores sociales (con imaginación podemos pensar hasta en donde). Amén, de que, es un delito atractivo para quienes, por falta de ingresos, se ven en la necesidad de involucrarse, y por las grandes ganancias que generan a quienes lo controlan hacia dentro y fuera del país; sin importar el grado de incertidumbre e inseguridad en que se ha colocado a la gente en nuestra sociedad, como fenómeno fatal que, junto a la pobreza económica, política y educacional, la atribula.

Tercera.- Nadie ignora que el narcotráfico, y en general, la delincuencia organizada, ha invadido a todos los niveles sociales en México, igual que en el resto del mundo; ya que, como lo declaró a la prensa nacional un diputado del PAN, “El narcotraficante y el empresario se adueñarían de los partidos, ...”; y por lo que respecta a profesionistas gran número están involucrados en los diversos delitos que la comprenden, como se acaba de aclarar en relación con el abogado Sánchez García, de la banda “Los Macizos” que: litigaba, tenía una empresa de seguridad, secuestraba, mutilaba secuestrados, y hacía los arreglos sobre los rescates, a cuyo grado de perversidad no son ajenos otros tipos de profesionistas egresados de las diferentes universidades, por falta de empleo; ya que, privados del derecho al trabajo vienen a formar las filas de reclutas del ejército de futuros delincuentes; y, que por falta de planeación para promover apoyos de empleo formal y, en general, de sustento indispensable para vivir no paran en involucrarse en los más atroces actos criminales.

Cuarta.- Por tanto, es preciso remarcar el hecho de que, en países como el nuestro, la mitad de la riqueza se queda en menos del 20% de la población; mientras que la miseria persiste en el resto de los habitantes; quienes, por falta de empleo, viven en la marginación, careciendo de todo tipo de bienes y servicios, sin la ayuda ni respaldo necesarios del Estado; y, cuya pobreza, ignorancia y marginación,

son caldo de cultivo idóneo para engendrar grupos organizados de terroristas, narcotraficantes, secuestradores y demás; verdadera semilla que da pie a la fructificación de este tipo de delincuencia; y que en cuanto que no hay recetas mágicas para enfrentar dicho fenómeno, ya que afecta hasta a las grandes potencias debido al galopante imperialismo del mundo occidental y los niveles de pobreza y marginación espectaculares que él mismo ha engendrado, aunados a la ignorancia y pobreza ancestral de los países pobres; sin que se avizoraren posibilidades reales de solución al respecto; puesto que, como lo señaló el rector de la UNAM, los problemas, como éste, se resuelven con hechos tangibles, no con retórica.

XI. PROPUESTAS

Primera.- Que mediante un programa exhaustivo para ello, se mejoren las condiciones de vida del país, atendiendo los fenómenos de la ignorancia, la sobrepoblación, (en contra de los argumentos, anticientíficos, de la iglesia, debe establecerse un efectivo y conciente control y regulación poblacional), el desempleo, la desigualdad y las marcadas diferencias entre los diferentes sectores de la población por motivos económicos, étnicos, religiosos, de nivel cultural y de corrupción; y por tanto, de la marginación a que, todo ello, da pie.

Segunda.- Actuar, cada mexicano, y todos al unísono, por un auténtico bien común; bajo los principios de solidaridad, ética, amor a la patria, responsabilidad social, honradez, profesionalismo, vocación de servicio y de auténtica justicia social; sin prejuicios de superioridad, ideológicos, étnicos, políticos. Rememorando al insigne Guerrero: “La Patria es Primero”.

Tercera.- Que, antes que ensayar tendencias hacia la disminución de garantías individuales, para conocer la verdad, para enfrentar con éxito dichos delitos, deben combatirse las verdaderas causas, como lo son la pobreza, la marginación y la ignorancia, como garantía, en base a un ataque frontal a la misma. Este sería el objetivo de la verdad, lo correcto; pues hacerlo, como se viene dando, a través de la disminución de las garantías y los derechos humanos

del hombre, constituye un peligro inminente en la disminución de dichas garantías y derechos fundamentales del hombre; al fin y al cabo, la delincuencia no se atemoriza, ni arredra con eso; será, entonces, sin duda, ésta última, una medida riesgosa.

Cuarta.- Que las acciones jurídicas establecidas e instrumentadas, contra la delincuencia organizada, se lleven a cabo bajo el más estricto objetivo y espíritu de las normas, en condiciones proporcionales a las dimensiones y poderío de los grupos delincuenciales. Tener presente que sólo la buena ley resuelve los problemas sociales, no las que los confunden; y que, no siempre con medidas draconianas se erradican los delitos; ni con suma o agravación de sanciones, pues suele, ello, convertirse en retos, hacia los delincuentes, estimulándolos a desafiar a la autoridad y a sus normas jurídicas.

Quinta.- Evitar, a toda costa, la infiltración y apoyo de los elementos ministeriales y de cualquier órgano de seguridad pública o funcionario de cualquier carácter; o se involucre, por sí o a través de terceros, entre los grupos de la delincuencia organizada.

Sexta.- Unificar a todos los sectores: social, privado y público, en la lucha contra la organización y actuación de la delincuencia en general; y, en forma destacada, de la delincuencia organizada.

Séptima.- Que la iniciativa, para ello, por supuesto, parta, pero ya, del gobierno federal, con el consenso y apoyo de todas y cada una de las entidades federativas y el Distrito Federal.

Alcances limitados de aplicación del artículo 423 del Código Penal Federal

Ibán García Galindo
Defensor Público Federal

PROBLEMA DE APLICACIÓN

La excusa absolutoria prevista por el dispositivo 423 del Código Penal Federal, es limitativa para supuestos específicos de los artículos 418 y 419, sin abarcar lo conducente sobre el diverso 420 del propio ordenamiento legal.

ANÁLISIS

Posibilidad congruente de incorporar al Código Penal Federal una excusa que beneficie, en su caso, a algunos supuestos reales y específicos regulados hasta ahora por el artículo 420.

BASES Y FUNDAMENTOS

Las diversas excusas, algunas de ellas, contempladas en el Código Penal Federal, reguladas esencialmente por principios de justicia social y adecuación entre las necesidades actuales acordes con los entornos de aplicación de la ley, pues cada área o región del país tiene sus características propias.

El tema señalado, se abarcará de acuerdo a los puntos siguientes:

- I. El concepto de excusa absolutoria;
- II. Artículo 423;
- III. Diversas excusas en el Código Penal Federal; y
- IV. Análisis y conclusiones.

I. EL CONCEPTO DE EXCUSA ABSOLUTORIA

En su obra titulada “Diccionario de Derecho”, al cual me refiero pues trata los temas de manera general y básica, el doctrinista Rafael de Pina, define a la excusa absolutoria así:

“Excusa Absolutoria. Circunstancia cuya existencia, en relación con un determinado delito, exime de la pena al autor a quien personalmente beneficie, y que no constituye un obstáculo para la sanción de los coautores (si los hubiere) que no se encuentran amparados por la misma.”

Por supuesto, el concepto anterior permite desarrollar fácilmente un estudio profundo sobre el tema mismo, muy amplio por cierto, de ahí que, únicamente nos referimos a sus alcances en el derecho penal, como aquella figura dentro del código punitivo federal cuya aplicación a favor de una persona le exime de pena por el ilícito cometido.

Esta figura de la excusa cumple sus funciones como cualquier otra del orden jurídico, para ello fue incorporada en los instrumentos legales, pero se encuentra supeditada a ciertos requisitos específicos para su adecuación y validez, los cuales obviamente varían de acuerdo a la conducta normada por la legislación que la contemple, como sucede con las excusas previstas en el Código Penal Federal en lo referente a los narcóticos, bastantes para eximir de pena al fármacodependiente que se le encuentre en posesión de alguna droga necesaria para satisfacer su adicción, o al delito de robo cometido “por necesidad”, verbigracia cuando una persona sustrae o roba el alimento suficiente para afrontar su hambre, sólo por citar unos casos, pues sería realmente absurdo además de innecesario imponer una sanción penal a quienes con su actuar procuran su subsistencia o satisfacer ciertas necesidades, como ya se estableció.

Es evidente entonces, que el fin esencial de las excusas está dirigido a garantizar algunos derechos del ser humano (bienes jurídicos), congruentes con el sistema de derecho positivo vigente, así como a los diferentes entornos sociales y geográficos –incluidas las condiciones económicas, culturales, etc.- donde tiene aplicación la

norma, en este particular, todo el territorio nacional al tratarse del Código Penal Federal, de aplicación en toda la República en materia federal.

Por otra parte, también es importante referir que el bien jurídico tutelado, representa los valores, los intereses o derechos de las personas físicas o morales protegidos por la norma penal mediante la sanción correspondiente, según lo definió César Augusto Osorio y Nieto, en su obra titulada “Delitos Federales”.

En virtud del tema a tratar, el bien protegido por el Estado para los delitos relativos a la Gestión ambiental (cuyos casos se analizarán más adelante), mediante la aplicación de la sanción correspondiente, será la protección de la flora, fauna y ecosistemas existentes en el Territorio Nacional.

II. ARTÍCULO 423

En su contenido el artículo 423 del Código Penal Federal, literalmente señala esto: “No se aplicará pena alguna respecto a lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 418, así como para la transportación de leña o madera muerta a que se refiere el artículo 419, cuando el sujeto activo sea campesino y realice la actividad con fines de uso o consumo doméstico dentro de su comunidad”.

Así, el referido numeral 418, establece:

“Se impondrá pena de seis meses a nueve años de prisión y por el equivalente de cien a tres mil días multa, siempre que dichas actividades no se realicen en zonas urbanas, al que ilícitamente:

- I. Desmonte o destruya la vegetación natural;
- II. Corte, arranque, derribe o tale algún o algunos árboles; o
- III. Cambie el uso del suelo forestal”.

El aludido artículo 419, *ad verbum* refiere:

“A quien ilícitamente transporte, [...] madera en rollo, astillas carbón vegetal [...] en cantidades superiores a cuatro metros cúbicos o, en su caso, a su equivalente en madera aserrada, se impondrá pena de...”

Para el primer caso de excepción, relativo al ordinal 418, sólo

se requiere que la conducta del activo, cualquiera de las tres fracciones, se realice dentro de una zona urbana, y para el numeral 419, sólo que el activo sea campesino y la actividad sea con fines de uso o consumo doméstico.

Ahora bien, de todos estos artículos invocados, de su contenido surge en común la prioridad de satisfacer una necesidad personal, precisamente lo esencial de una excusa absolutoria, cuya aplicación gracias a estos puntos, también puede observarse para algunas hipótesis del artículo 420 del Código Penal Federal, como se precisará más adelante.

III. DIVERSAS EXCUSAS EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Otras excusas del Código Penal Federal, se refieren o ubican en distintos Títulos y Capítulos, por estar relacionadas con distintos modelos delictivos a los de la Gestión Ambiental tratados en el punto anterior, pero que de igual manera, tienen el mismo propósito de existencia ante las necesidades sociales, entre ellas, la contenida en el Artículo 199, párrafo primero y el numeral 195 en sus párrafos segundo y tercero.

Código Penal Federal. Artículo 199. “Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda”.

Sobre este punto, la protección del Estado Mexicano por conducto de los medios legales, va más allá de la aplicación de la excusa indicada, pues una vez reconocida la calidad de farmacodependiente de alguna persona, se le brindan los mecanismos para lograr su recuperación e inserción a la vida normal, quizás lo más cuestionable de esto sería la capacidad de las Instituciones de Salud para alcanzar esos fines; sin embargo, la excusa ahí está y se aplica cotidianamente,

tanto que el Alto Tribunal del País, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el precepto legal y resolver la contradicción de tesis a su competencia, creó la jurisprudencia Primera Sala Tesis: 1a./J. 13/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo III, Junio de 1996, página 171, con el rubro siguiente:

POSESIÓN DE NARCÓTICOS PARA EL ESTRICTO CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO SE SUJETA A CONDICIÓN TEMPORAL ALGUNA.

Por supuesto, acorde a la jurisprudencia citada existen numerosas tesis judiciales, cuyos datos de registro y rubro, de entre ellas, a continuación se destacan: No. Registro: 202,418, “FARMACODEPENDENCIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL”. y No. Registro: 192,955, “POSESIÓN DE NARCÓTICOS. LA EXCUSA ABSOLUTORIA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL PUEDE SER ANALIZADA EN CUALQUIER MOMENTO DE LA INSTRUCCIÓN.”

Una de las conductas clásicas de pronta relación con el derecho penal, cuya evolución nace con las antiguas civilizaciones, es sin duda la denominada como “Robo”, y gracias a su muy variada forma de comisión también cobija excusas, la más notoria se encuentra en el artículo 379 del muy citado Código Penal Federal, al señalar formalmente que: “No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”, de la cual ya se han sentado precedentes, como los siguientes: No. Registro: 907,760, “ROBO POR NECESIDAD”, y No. Registro: 907,761, “ROBO POR NECESIDAD COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD”. Pero de igual manera, el diverso artículo 375, sobre este mismo delito en estudio, exime de sanción al activo de un robo siempre que se trate del supuesto específico y se cumpla con los requisitos exigidos.

IV. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Como hemos apreciado, las denominadas excusas tutelan siempre la protección del ciudadano ante su actuar, que si bien resulta típica penalmente, la autoridad del conocimiento puede prescindir de ejercer la potestad del Estado e imponer una sanción, pero debe tratarse de supuestos de real aplicación para su justificación, es por eso que todas las excusas contempladas en el Código Penal Federal, al cual nos referimos en lo particular, sin excepción subsisten debido a su naturaleza o gracias al acto que protegen, pues es evidente su esencia de justicia social como se ha detallado.

Podemos hablar también, de una valoración entre los distintos bienes jurídicos afectados en la comisión de una conducta que motiva la aplicación de una excusa, como por ejemplo el robo por necesidad señalado anteriormente, previsto en el artículo 379 del Código Penal Federal, en donde indiscutiblemente existe la afectación al patrimonio de una persona, o sea un modelo delictivo pero superado por un bien tutelado de mayor apreciación en el derecho positivo vigente, como lo es la vida entendida desde el punto de vista de subsistencia, pues el alimento constituye el objeto esencial para la vida, y así ocurre con las distintas excusas planteadas, como las relativas a los narcóticos o la de los delitos referentes a la Gestión Ambiental.

En consecuencia, como se ha demostrado anteriormente que el artículo 423, se encuentra estrictamente limitado a ciertas hipótesis de los diversos 418 y 419, del Código Penal Federal, ahora analizaremos si algunas de las conductas previstas en el numeral 420 de ese mismo ordenamiento, pueden permitir la aplicación de alguna excusa dada las circunstancias de su comisión.

Conviene resaltar, de lo contenido en el artículo 420 del Código Penal Federal, principalmente, lo siguiente:

“Artículo 420. 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 a 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 ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda;

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 en 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 silvestres, terrestres o acuáticas señaladas en la fracción anterior.

[...]"

En este contexto, todas estas fracciones del artículo 420, son susceptibles de amparar la aplicación de excusas muy específicas, gracias a su redacción, la materia amparada y la conducta hipótesis, pero sobre todo, por las necesidades del momento visibles sobre todo en las zonas con más influencia en estas actividades, las que además, sin ser una regla, generalmente se encuentran olvidadas, aisladas y carentes de oportunidades.

La fracción I, hace referencia a conductas que en la vida práctica se apartan un poco de la realidad, que tal si una persona es detenida por encontrarla sentada afuera de una cabaña y a su lado un recipiente con tres o cinco huevos de tortuga, como caso hipotético, pero si los recibió de otra persona –quizás, de quien los recolectó sin decirle- con el propósito de ser consumidos, sería innecesario proceder en su contra, máxime si en ella concurren circunstancias como necesidad económica, ser el único sustento familiar y de alguna manera ser parte del mismo entorno geográfico, sin

olvidar claro de la inexistencia del elemento denominado “dolo” señalado por los artículos 8o. y 9o. del Código Penal Federal.

Por su parte, la fracción II, refiere conductas como capturar o transportar especies acuáticas declaradas en veda; sin embargo, qué sucede cuando únicamente se realizan sobre lo necesario para subsistir y por primera vez, como el caso de una persona “padre de familia”, cuyas condiciones propias del lugar en que habita le impiden obtener ingresos económicos básicos para sostener a su cónyuge e hijos, pues ante tal situación y tener los medios naturales a su alcance, seguramente se dirigirá al estero más cercano del lugar para hacerse del camarón suficiente con el cual dar de comer a su familia, sin preocuparse siquiera de la veda imperante en ese momento, pues en ocasiones la ignoran ya que la autoridad correspondiente es ajena a las campañas de difusión sobre dichas prohibiciones ambientales; o que tal, si una persona compra un poco del producto acuático señalado y al trasladarse de la playa a una pequeña población urbana para llevarlo a su casa se le detiene, lo podrían procesar y castigar por transporte, pero también se le debería eximir de la pena si concurren las circunstancias anteriores y ser la primera vez detenido por esa razón.

La fracción III del artículo 420, tampoco se aparta de la posibilidad de aplicar alguna excusa en condiciones análogas a los párrafos precedentes, pues se refiere a la caza, pesca o captura de una especie de fauna silvestre, sobre todo, porque se dice con medios no permitidos, sin necesidad de hacer alusión a la legalidad de esta fracción por remitir a otro ordenamiento para así complementar el delito. Y así sucede, también con las otras fracciones de forma similar, máxime si la conducta se realiza fuera de las zonas de población o por individuos que viven en la sierra como sucede con los grupos indígenas, y que rara vez salen de sus poblados para ir a otros.

Así, se podrían mencionar muchos de los numerosos supuestos o posibilidades que pueden presentarse dentro de las fracciones invocadas, pero esencialmente serían muy similares.

Como sabemos, compete al Representante Social perseguir el

delito y a la defensa, analizar y argumentar jurídicamente si cada uno de los elementos que integran el tipo investigado se cumplen así como la probable responsabilidad, para en su caso invocar alguna de las causas de exclusión del delito previstas por el artículo 15 del Código Penal Federal, pero cuyo análisis detallado es diferente al de una excusa como las señaladas anteriormente, pues mientras la excluyente se refiere a la existencia del delito, la excusa difiere por la posibilidad de eximir de responsabilidad al autor por circunstancias especiales.

Por tal motivo, ante el evidente alcance limitado del artículo 423 precisado, pues sólo refiere los supuestos del párrafo primero del diverso 418, y para la transportación de leña o madera muerta del 419, cuando el sujeto activo sea campesino y realice la actividad con fines de uso o consumo doméstico dentro de su comunidad, es inconcusa la necesidad de incorporar los supuestos aplicables del hasta ahora discriminado ordinal 420, ya analizado, de esa manera podremos hablar de igualdad en las causas de excepción entre los supuestos penales comprendidos en el Título Vigésimoquinto, denominado “Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental”, del Código Penal Federal.

Se dice que justicia retardada es justicia negada, y se tiene razón, pues aún cuando cada uno de los supuestos señalados anteriormente sería analizado por el Juzgador, quien apreciará todas estas circunstancias, conforme lo establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, resulta innecesario dilatar lo que puede resolverse de una manera inmediata, como sucede al aplicar las diversas excusas absolutorias previstas en otros modelos delictivos, cuyo efecto de justicia pronta se ajusta más a lo previsto en la Constitución General de la República, artículo 17.

Por si esto fuera poco, estos ilícitos incorporados al Código Penal Federal, antes Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, mediante decreto publicado el día 13 de diciembre de 1996, en el Diario Oficial de la Federación, se acompañaron de sanciones

pecuniarias muy altas, además de la pena corporal, pues en el caso del artículo 420 es por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, casualmente así previsto por el legislador y no en pesos como en otros delitos.

Ante tal circunstancia, se agrava más la situación de las personas relacionadas con los delitos en cuestión, primero por la inexistencia de alguna excusa aplicable en su favor, y segundo, porque generalmente estas personas como hemos dicho carecen de los recursos económicos suficientes para subsistir, situación que anula sus posibilidades de acceder al beneficio de la libertad provisional bajo caución por los altos montos a garantizar.

Es conveniente considerar, de acuerdo a los motivos expuestos con anterioridad, las posibilidades reales de actualizar posibles excusas aplicables para el también artículo 420, e incorporarlas dentro del mencionado Capítulo Quinto, denominado “Disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente”, asimismo dentro del Título Vigésimoquinto, llamado “Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental”, del Código Penal Federal, para tal efecto, se debería profundizar sobre todas las condiciones personales del sujeto activo y muy en particular, todos aquellos motivos o razones que lo orillaron a cometer el hecho o ilícito penal, de ser este el caso, como acontece en la imposición de las penas o medidas de seguridad señaladas por dicha legislación penal federal, así como en la aplicación de las excusas a favor de quienes se encuentren en los supuestos y cumplan con cada una de las exigencias de la misma figura jurídica por aplicar, pues de lo contrario, se estaría a la regla general de aplicación de cada delito conforme al artículo correspondiente.

La sana interpretación del Estado, al plasmar sus normas, evidencia un derecho constante libre de adaptarse a las necesidades sociales, incluidas las geográficas, económicas, etcétera, por esa razón, creemos en la posibilidad de reformas o adecuaciones congruentes con el contenido de la misma Ley, pues si bien se contemplan algunas excusas dentro del Código Penal Federal, entre ellas en lo relativo a la Gestión Ambiental, se omitió sin justificación lo refe-

rente al contenido del artículo 420 de ese ordenamiento, cuya amplitud de hipótesis bien merecen una mejor apreciación.

Por último, debemos recordar que las excusas dentro de los cuerpos legales, constituyen figuras de auxilio para quienes deben decidir un asunto expuesto a su competencia y decisión, es decir, cumplen un fin directo para aquellas personas que efectivamente realizaron una conducta indicada como típica en la ley, pero debido a sus circunstancias personales, de comisión o a las de necesidad, resulta inapropiado imponerles una sanción penal, pues el hacerlo implicaría transgredir derechos o bienes tutelados por el propio Estado, cuando el actuar del sujeto activo precisamente procuraba salvaguardar esos mismos derechos protegidos en cada ordenamiento legal creados al margen de la Constitución Federal, dicho de otra manera, es imposible reprocharle a un ciudadano el querer salvaguardar sus necesidades más imperantes o “garantías”.

Las pruebas en el proceso penal

Luis Fernando González Madera
Defensor Público Federal

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

En nuestra ley penal federal procedimental vigente, en el Título Sexto, Capítulos I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII, encontramos lo relativo a los medios de prueba, específicamente en lo que respecta a la Confesión, Inspección, Peritos, Testigos, Confrontación, Careos y Documentos; en tanto que en el Capítulo IX se localiza lo concerniente al valor jurídico de la prueba. Otras disposiciones diversas guardan relación con el tema, como por ejemplo el artículo 20 constitucional, apartado “A”, fracción V, en el que se previene, como garantía a favor del inculpado, el hecho de que le sean recibidos los testigos y demás pruebas que ofrezca; disposición ésta, que guarda total armonía, conforme a lo dispuesto en el artículo 128, fracción III, inciso e), del Código Federal de Procedimientos Penales. Ahora bien, aún cuando tal disposición destaca a la prueba testimonial, no excluye la posibilidad de que le sean recibidas (al inculpado) las demás, por ello, habremos de entender que bajo ese contexto, caben todos los medios tendientes a formar una convicción en el ánimo del Juzgador como tema del proceso, siempre y cuando no se trate de medios reprobados por la Ley, la moral o de probanzas inconducentes, frívolas e inútiles. Cabe además destacar que para que la prueba sea legalmente admisible, habrá de ser obtenida también por medios legítimos, por lo que a contrario sensu y a guisa de

ejemplo, es dable sostener que el testimonio o la confesión no resultarán jurídicamente valederos cuando sean arrancados por la fuerza. Así lo estipula el artículo 20 constitucional, apartado “A”, fracción II, y sus correlativos artículos 3° y 287 del mismo Código Federal de Procedimientos antes invocado.

CAPÍTULO II

OBJETO DE LA PRUEBA

La finalidad u objeto de la prueba tiende a la búsqueda de la “verdad histórica”. Esto es así, porque en el proceso penal no sólo es de interés público el esclarecimiento de un delito, sino sancionar (o dejar de sancionar, agregaríamos) a cierta persona como autor o participante del mismo.

CONCEPTO DE PRUEBA

Sobre el mismo particular, el tratadista en la materia Jorge Alberto Silva Silva, en su obra “Derecho Procesal Penal”, con respecto al concepto de la prueba, objeto y medios de prueba, a páginas 541, 542 y 543, nos dice: “...la prueba es el dato o fuente en sí ...para otros, es el procedimiento o actividad que ha de realizarse para confirmar o rechazar la previa afirmación (hipótesis), y para otros más, la prueba es el resultado obtenido; es decir, la verificación de lo previamente afirmado...prueba, como la mayoría de las voces –explica Sentís-, llega a nuestro idioma procedente del latín; en el cual, *probatio*, *probationis*, lo mismo que el verbo correspondiente (*probo*, *probar*, *probare*), viene de *probus*, que quiere decir bueno, recto, honrado. Así pues, lo que resulta probado es bueno, es correcto, podríamos decir que es auténtico; que responde a la realidad. Ésta, y no otra, es la verdadera significación del sustantivo *probo* y del verbo *probar*: verificación o demostración de autenticidad. De acuerdo con esta idea y teniendo en consideración el tercero de los marcos conceptuales, prueba es verificar”.

El mismo autor y sobre el objeto de la prueba o qué es lo que habrá de ser materia de prueba, nos dice que lo constituyen los he-

chos históricos y retomando a otros autores, nos ilustra también que habrán de ser objeto de prueba el juicio, opinión o afirmación dada acerca de esos hechos, o bien la hipótesis o juicio que relata que cierto hecho ocurrió de determinada manera (Carnelutti y Sentis Melendo).

Por lo que atañe a los medios de prueba y parafraseando a Prieto-Castro, el mismo tratadista nos ilustra que: “Es el instrumento corporal o material cuya apreciación sensible constituye para el Juez la fuente de donde obtiene los motivos de su convicción”; invocando a Alsina, nos dice que es: “El instrumento, cosa o circunstancia en los que el Juez encuentra los motivos de su convicción”. Distinguiendo lo que es fuente y medio de prueba, nos dice por ejemplo que lo primero es el conocimiento del testigo, imputado o presunto ofendido, en tanto que el medio es, por ejemplo, la declaración en sí.

CAPÍTULO III

SISTEMAS, CARGA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Ahondando un poco más en el tema, los insignes autores Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green, en su texto “Prontuario del Proceso Penal Mexicano”, Editorial Porrúa, al abordar lo relativo a los sistemas, carga y valoración de la prueba nos dicen que: “Frente al régimen de libertad en la presentación de pruebas... existe el sistema de tasar o limitar, enunciativamente, las pruebas que es posible solicitar o presentar válidamente”. Cabe subrayar que nuestra ley federal procedimental, expresamente dispone en su artículo 279 el valor legal que le asiste a la prueba confesional, para lo cual a su vez remite al artículo 287 de ese mismo Código correlacionándolo con el artículo 290, en tanto que por lo que hace a la prueba documental y para que ésta haga prueba plena, nos dice las condicionantes para ello en el artículo 280, mientras que por lo que respecta a la Inspección, tal disposición y para su debida justipreciación, la encontramos inmersa en el artículo 284 de ese mismo cuerpo de leyes, transportándonos de manera necesaria a lo previsto en los artículos 208, 209, 210, 211, 214, 215, 216, 217,

218 y 219 de ese mismo ordenamiento; en lo que se refiere a la inspección, pero con carácter de reconstrucción de hechos, cabe acotar que el numeral 285 de esa misma codificación adjetiva, nos dicta que: “Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo 279, constituyen meros indicios”. En esa misma tesitura, en su artículo 286, nos ilustra en cuanto al valor de la prueba circunstancial y así, en ese mismo orden, nos explica las exigencias a las cuales habrá de sujetarse el Juzgador para apreciar los dictámenes periciales y declaraciones de testigos, en los artículos 288 y 289 de esa ley procesal, mientras que en su artículo 290, se previene que: “Los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba”.

Sobre la carga de la prueba, los mismos estudiosos nos dicen, entre otras cosas, que tomando en consideración que el ministerio público constituye una parte “imparcial” o de “buena fe”, además de autoridad durante el período de averiguación previa, debe buscar tanto los datos de cargo como de descargo y por otra parte también le asiste al juzgador la obligación de ir tras la verdad histórica. Así, citando aquéllos a diversos autores, a página 495 del texto en cita, se lee: “...en rigor, en materia criminal, corresponden al Estado todas las pruebas del proceso, lo mismo las de cargo que las de descargo, las del delito, como las de inculpabilidad, las de las calificativas como las de las excluyentes o atenuantes o eliminatorias de la dañada intención o imprudencia” (Acero, Procedimiento, p. 245). “...La carga de la prueba (*onus probandi*) recae sobre la parte que afirma... más como las únicas partes del proceso penal son el Ministerio Público y el Procesado, obtendremos que únicamente sobre ellos recae esa carga” (Arilla Bas, El Procedimiento, p.122). “En la actualidad las discusiones sobre la carga de la prueba han pasado a la historia, y ahora se piensa en que la función de todos cuantos intervienen en un proceso es la de averiguar la verdad histórica de los acontecimientos que la motivan” (Pérez Palma, Guía, p.302).

Con respecto de la valoración de la prueba, como ya lo hemos

visto, nuestro ordenamiento procesal federal vigente, precisa los requisitos legales para otorgarle el valor merecido a las probanzas enunciadas, sin que sea óbice a ello los razonamientos que habrá de tener en cuenta el juzgador para lo cual implica un ejercicio tasado o limitado de la propia Ley, pero a la vez un análisis tanto objetivo como subjetivo de quien habrá de juzgar con recto criterio.

CAPÍTULO IV

MEDIOS DE PRUEBA

Ya entrando un poco más en materia y en específico en lo que se refiere a los medios de prueba previstos en nuestra legislación penal procedimental, tenemos que por lo que hace a la Confesión, el artículo 207 la define como “la declaración voluntaria hecha por persona no menor de 18 años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el Juez o Tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”. El estudioso en la materia Leopoldo de la Cruz Agüero, en su no menos conocida obra titulada “Código Federal de Procedimientos Penales comentado”, segunda edición, Editorial Porrúa, a página 444, opina que la confesión tendrá carácter de judicial cuando es vertida ante un órgano jurisdiccional, juez o tribunal, en tanto que será extrajudicial cuando se emita ante una autoridad del orden administrativo, como por ejemplo ante el ministerio público. El mismo autor, invocando al también estudioso Marco Antonio Díaz de León, sostiene que la confesión es la manifestación que hace el inculcado sobre la participación activa que hubiera tenido en los hechos delictivos, cuya manifestación debe ser libre y con toda la voluntad del acusado, es decir sin presión externa alguna, ya sea ante el ministerio público o ante el juez.

Retomando las enseñanzas de Don Manuel Rivera Silva y Arilla Bas, nos dice, respectivamente, en lo relativo a dicha probanza, que es: “El reconocimiento que hace el reo de su propia culpabili-

dad; es, en otras palabras, una declaración en la que reconoce la culpabilidad en la comisión de un delito”; “Es el reconocimiento formal por parte del acusado de haber ejecutado los hechos constitutivos del delito que se le imputa”. A todo lo anterior, habrá de añadirse que la misma, será vertida sin ninguna índole de coacción y en presencia de abogado defensor. Valga decir que acorde a la técnica procedimental moderna, la confesión en sí misma no constituye ya la reina de las pruebas, dado que tal rango y como es de explorado derecho, se dice, se le ha conferido a la prueba circunstancial por tender a reducir, entre otros aspectos, los errores al momento de emitir un fallo o resolución.

En lo referente a la prueba de la inspección, el artículo 208 del Código Federal de Procedimientos Penales, entre otras cosas nos dice que: “Es materia de la inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto. La inspección debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del ministerio público o, en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso”. Ésta y según lo dispuesto por el artículo 214 de esa misma ley procedimental, podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos. Tendrá como objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado. Atento a lo dispuesto por el correlativo 215, tal probanza deberá practicarse precisamente a la hora y en el lugar donde se cometió el delito, siempre y cuando dichas circunstancias influyan en la determinación de los hechos reconstruidos. Sobre el punto, el procesalista Marco Antonio Díaz de León, citado a la vez por Leopoldo de la Cruz Agüero, en la obra citada supra, nos dice que el concepto “Inspección” deriva del latín “inspectio-tiones”, lo cual significa acción y efecto de inspeccionar. Equivale a examinar y reconocer una cosa con detenimiento. Procesalmente hablando, nos dice que es un medio de prueba real y directo, por medio del cual el juzgador observa o comprueba, personalmente sobre la cosa, no sólo su existencia o realidad, sino alguna de sus características, condiciones o efectos de interés para la solu-

ción del asunto sometido a su decisión.

El mismo tratadista, a página 452 del mismo texto, entiende como tal, es decir a la Inspección Judicial como el acto procesal propuesto por las partes, el juez o tribunal y desahogada dentro del procedimiento penal y mediante la cual, el juez o secretario tratándose de la instrucción, o el ministerio público si es materia de la indagatoria, se constituye en el lugar donde sucedieron los hechos o donde se encuentre el objeto materia de la inspección y da fe de una manera circunstanciada; por ejemplo, nos dice de inmuebles, muebles, cosas, objetos y personas, haciéndose acompañar en caso necesario de testigos o peritos, constatándose lo perceptible a la vista y que guarde relación con los hechos criminales de que se trate. Valga aclarar que en su desahogo y al tenor del artículo 209 de la Ley aplicable, resulta válido emplearse en su desahogo, según el caso de que se trate, de dibujos, planos topográficos, fotografías, moldeados o cualquier otro medio que tienda a reproducir las cosas.

Habrà de hacerse la descripción por escrito de aquello que no hubiere sido posible efectuar por los medios anteriores, procurándose fijar con claridad los caracteres, señales o vestigios que el delito dejare, así como el instrumento o medio que probablemente se haya empleado y la forma en que se hubiere usado. Sobre la citada reconstrucción de hechos, Marco Antonio Díaz de León, sostiene que la misma “tiene por objeto que el órgano jurisdiccional forme su convicción respecto de cómo ocurrieron los sucesos del delito que se investiga, para lo cual se reproducen artificialmente los hechos y conductas del ilícito penal”.

Tocante al peritaje, el artículo 220 de la ley adjetiva tantas veces citada, nos dice: “Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se requieran conocimientos especiales, se procederá con la intervención de peritos”. Sobre el particular, el insigne procesalista Colín Sánchez, nos enseña que dicha prueba: “...Es el acto procedimental en el que el técnico o especialista en un arte o ciencia (perito), previo examen de una persona, de una conducta o hecho, o cosa, emite un dictamen conteniendo su parecer y los ra-

zonamientos técnicos sobre la materia en la que se ha pedido su intervención”.

Resulta importante por otra parte y a nuestro juicio, los comentarios hechos por Don Leopoldo de la Cruz en su texto invocado, cuando entre otras cosas y con respecto a las ciencias penales que participan en el esclarecimiento o investigación de hechos criminales, nos cita por ejemplo al Derecho Penal, Derecho Procesal, Criminalística, Policiología, Medicina Forense y Criminología. Cita a su vez a Jiménez de Azúa, refiriéndose como al “Grupo de ciencias de las pesquisas”, invocando, por ejemplo a la Antropología Criminal, Biología Criminal, Psicología Criminal, Sociología Criminal, Penología, Psiquiatría Forense, Victimología, Metodología, Química Forense, Física Forense, entre otras más.

Parafraseando a Juventino Montiel Sosa, sostiene también que la criminalística se nutre de múltiples ramas y que tienden a intervenir en todo Procedimiento Penal. Así, cita a la Criminalística de Campo, Balística Forense, Documentoscopia, Explosivos e Incendios, Fotografía Forense, Hechos de Tránsito Terrestre, Sistema de Identificación y Técnica Forense de Laboratorios en Química, Física y Biología. Así, podríamos citar innumerables ciencias, disciplinas y actividades artísticas en las que se apoya tan interesante prueba, cabiendo citar verbigracia a Don Alfonso Quiroz Quarón, cuando, respecto a las disciplinas en que se fundamenta la ciencia de la Medicina Forense, nos trae a colación a la Traumatología, la Tanatología, Sexología y Psiquiatría Forense, al igual que la criminología e identidad.

No menos importante y como así nos enseña el mismo autor, resulta de capital relevancia invocar la iniciativa de la parte defensora en el enjuiciamiento penal, tomando en cuenta que no obstante en múltiples casos, la averiguación previa se integra de manera defectuosa y no sólo eso, sino que aún así el juzgador tiende a decretar por ejemplo un auto de formal procesamiento, en detrimento de los intereses del inculpado, lo cual ya de por sí resulta atentatorio de sus garantías individuales; de ahí la importancia del papel del

abogado para echar mano del ingenio, astucia y sagacidad con el objeto de allegar la prueba pericial adecuada, a fin de evidenciar la falla advertida. No menos importante resulta destacar, que por imperativo del artículo 234 de la ley federal procesal, resulta exigencia que los peritos practiquen todas las operaciones y experimentos que la ciencia o arte les sugiera y expresarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento a su opinión.

Cabe por otra parte hacer la pertinente aclaración de que, cuando tales periciales no cumplan con los requerimientos legales, son susceptibles no sólo de impugnarse en cuanto a su cometido, sino que en apego al principio de igualdad procesal, tanto la defensa como el ministerio público tienen derecho a nombrar hasta dos peritos en la secuela procedimental y en caso de opinión divergente, da lugar a la junta de peritos con el objeto de que se discutan los puntos cuestionados e incluso, de no haber consenso en ello, habrá lugar a nombrar un tercero en discordia. Lo anterior con apego a lo dispuesto en los artículos 222 y 236 de la ley procesal que nos rige.

LA PRUEBA TESTIMONIAL

De entrada y conforme a lo dispuesto por el artículo 240 del Código citado en líneas anteriores, resulta imperativo para el tribunal examinar durante la fase de la instrucción a los testigos presentes y cuya declaración soliciten las partes, al igual que a los testigos ausentes, siempre y cuando no estorbe la marcha de la instrucción, sin embargo y atendiendo lo previsto por el numeral 242, tenemos que toda persona que le asista tal carácter, se encuentra obligada a declarar respecto de los hechos investigados. En acato a la garantía de audiencia, queda abierta la posibilidad de las partes, para formular las preguntas que guarden relación con los hechos, quedando bajo la potestad del juez o tribunal, desechar las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso, según así lo ordena dicho precepto.

De igual manera, se previene en nuestra legislación, instruir de las penas que previene la Ley represiva, con respecto de los testigos

que se producen con falsedad o se niegan a declarar, con la salvedad de que en el caso de menores de dieciocho años, se les exhorta por parte de la autoridad para que se conduzcan con verdad. Se dispone por otra parte, que les asiste al ministerio público, inculpado, defensor, víctima u ofendido, el derecho de interrogar al testigo e incluso y tratándose de un hecho que hubiese dejado vestigios, resulta factible que el testigo sea conducido hacia él, con el fin de que haga la explicación conveniente. En el caso de que emerja la sospecha de falta de veracidad en el testigo, así habrá de hacerse constar en el acta, quedando bajo la potestad del ministerio público, inculpado o defensor, manifestar los motivos para suponer esa falta de veracidad y no sólo eso, sino incluso ofrecer pruebas al respecto, mismas que habrán de agregarse al expediente.

Se prevé además, que en el caso de que el testigo se hubiese conducido con falsedad, se mandarán compulsar las constancias correspondientes para la investigación de ese delito y se hará la consignación respectiva al ministerio público, sin perjuicio de que se suspenda el procedimiento, sin embargo y de ser el caso de que al momento mismo de la declaración del testigo, resulta manifiesta la comisión del delito de falsedad, dará lugar a su detención y consignación consiguiente ante dicho representante social. Lo anterior, así lo advertimos de la letra de las disposiciones contenidas en los artículos 247, 249, 252, 253 y 255 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Doctrinalmente y con respecto al testigo, Colín Sánchez nos dice que: "...Es toda persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia todo lo que le consta, por así haberlo percibido por medio de sus sentidos, en relación con la conducta o hecho que se investiga". Continúa diciéndonos, que la palabra "testigo" proviene del latín "testando", que significa declarar, referir o explicar, o bien, de "detestiibues", que significa dar fe a favor de otro. Por su parte, el citado especialista Leopoldo de la Cruz Agüero, opina que por éste, debe entenderse la persona física, sin impedimento legal alguno y con capacidad de discernir, que participó directa o indirectamente,

o que presencié casualmente, o tuvo conocimiento de una conducta o hecho estimativo como criminal por la ley penal y que tiene la obligación ineludible de comparecer ante las autoridades judiciales o administrativas, a narrar, informar o explicar esa experiencia o conocimiento, con el objeto de que la autoridad establezca la verdad a favor o en contra del o los autores de tal hecho ilícito.

Resulta por otra parte interesante mencionar, que si bien en antaño se estimó a dicha probanza con un valor preponderante para demostrar la verdad histórica de los hechos investigados, no menos cierto lo es que en la actualidad y que debido al avance de tendencias e ideologías de corte liberal, no exime al juzgador de la potestad para otorgarle a dicha prueba el justo y merecido valor que le merece, no solamente conforme a su arbitrio, sino al enlace lógico, natural y armonioso que guarde tal indicio con otros elementos de convicción allegados a la causa. Por eso, también se ha sostenido que el valor estimativo de dicha prueba, no solamente habrá de hacerse desde un enfoque subjetivo, sino además objetivo y acorde por lo mismo a las circunstancias del caso sujeto a estudio, pues como el mismo autor lo señala, en la calidad del testigo puede haber, por ejemplo, errores de percepción, variabilidad en las nociones del tiempo y la distancia, al igual que la personalidad misma del narrador de los acontecimientos, pues los puede haber, por ejemplo, tímidos, audaces, observadores, distraídos, imaginativos, pasionales e idealistas.

A pesar también de que cualquier sexo puede tener la cualidad suficiente para testificar, es dable distinguir entre mujeres en períodos, grávidas, histéricas y nerviosas. De igual forma, constituyen cuestiones a justipreciar la edad, facultades mentales y sugestionabilidad. Entre los últimos citados, hay que diferenciar entre la calidad del testimonio de niños o ancianos; enajenados, cuerdos, locos, sordomudos, ciegos, miopes, amnésicos, distraídos, olvidadizos, independientes, sumisos, rebeldes o convencibles. A propósito de ello, no habremos de olvidar las apreciaciones de Francois Gorphe, cuando desde su óptica sostiene que el testimonio constituye un

dato complejo, un producto psicológico que resulta conveniente analizar para comprobar si se ha formado correctamente.

Así también se dice que para juzgar con acierto un acto, habrá que colocarse mentalmente en la situación de su autor y conocer las condiciones en las que se encontraba el testigo, por ello se dice también que los elementos psicológicos del testimonio, lo vienen a ser: la percepción sensible de la cosa o del hecho, la memoria y la deposición o comunicación de los recuerdos a la autoridad encargada de recogerlo, sin dejar de lado situaciones como la edad, el tiempo, el sexo, el carácter, el grado de cultura y el nexo de parentesco o amistad. En lo que se refiere al término de ofrecimiento y desahogo de dicha prueba, baste acotar que ello resulta factible tanto en la fase de averiguación previa, al igual que en primera y segunda instancia; lo primero antes dicho, encuentra sustento en la garantía constitucional, prevista en el artículo 20, apartado “A”, fracciones IV y V.

En cuanto a la clasificación de testigos, se encuentran a opinión del tratadista Rafael Pérez Palma, los hábiles, inhábiles, acordes o contestes, contradictorios, únicos, singulares, de ciencia propia, de oídas y de cargo o de descargo. Por lo que respecta a la capacidad jurídica del testigo, tenemos que en materia penal procedimental y salvo las causas que la misma Ley señala, no existe limitante alguna, pues incluso los parientes mismos pueden emitir el testimonio. Una obligación para emitir el atestado, lo encontramos en la disposición contenida en los artículos 240 y 242 del Código Federal de Procedimientos Penales y una limitante se da por ejemplo, en el artículo 243 de ese mismo ordenamiento.

Continuando con la misma metodología planteada, pasamos ahora a ocuparnos de la Confrontación. Su naturaleza, la encontramos enmarcada en los artículos 258 y 259 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, el primero de dichos preceptos, a continuación reza: “Toda persona que tuviere que referirse a otra, lo hará de un modo claro y preciso, mencionando, si le fuere posible, el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que

puedan servir para identificarla”; en tanto que en la segunda de las disposiciones citadas, se lee que: “Cuando el que declare no pueda dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare, el tribunal procederá a la confrontación. Lo mismo se hará cuando el que declare asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce”.

Por su parte y del contenido de los artículos 260, 261, 262, 263 y 264 de esa misma codificación, tenemos que se desprenden los requerimientos para llevarla a cabo, incluso y a petición de las partes resultan susceptibles de ampliarse, según el caso, al igual que el derecho del confrontado para elegir el lugar en que desee colocarse con respecto de los acompañantes; la colocación en fila de los participantes, el interrogatorio a que habrá de sujetársele al declarante, el modo de su desahogo y la necesidad de llevar a cabo varias diligencias de esa naturaleza, cuando el caso así también lo amerite.

La justificación de su existencia, la encontramos en el hecho de prever que los testigos no emitan señalamientos falsos, ya sea sobre hechos o personas, preservándose los intereses del inculpado, pues bien puede ser el caso de que se trate de testigos falaces o aleccionados. A tal medio de prueba, también se le ha conocido como “identificación en rueda de presos” o “confronto”. A opinión de Guillermo Colín Sánchez, constituye un acto procedimental, que consiste en identificar, en diligencia especial, a la persona a que se hace alusión en las declaraciones, para así despejar los actos imprecisos o dudosos; que como presupuesto, debe existir una declaración de la que se desprenda un estado dubitativo del declarante en cuanto a la identidad del sujeto a que se refiere, o bien, la sospecha de que, a pesar de que el declarante afirmó conocer al sujeto, esto no es así; que en ambos casos se despeje la incógnita y para estos fines se recurre a la práctica de la Confrontación. Más ampliamente se dice, que el objetivo fundamental de dicha prueba, es la búsqueda misma de la verdad y el esclarecimiento de dudas que pudieran surgir de las declaraciones existentes, con respecto a las características de determinado sujeto, para proceder, en su caso, a la identificación plena.

Pasando a continuación al medio de prueba de los careos, nos parece pertinente citar el contenido del artículo 265 de la ley federal procedimental tantas veces invocada. Así, de su texto se advierte: “Con excepción de los mencionados en la fracción IV del artículo 20 de la Constitución, que sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicita, los careos se practicarán cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción”. Doctrinalmente y a opinión del estudioso Juan José González Bustamante, nos dice que el careo, en su acepción forense, significa poner a una persona “cara a cara” con otra, con el objeto de provocar la discusión acerca de las contradicciones que se noten en sus respectivas declaraciones, para llegar de esta manera al conocimiento de la verdad.

Continúa diciendo que por regla general, se practicarán entre el ofendido y el inculcado, al igual que entre éste último y los testigos de cargo; entre el ofendido y los testigos de descargo, o entre los testigos de cargo y de descargo, haciéndoles notar las divergencias en que incurren en sus declaraciones y exitándolos a que se pongan de acuerdo. Constituye por otra parte innegablemente una garantía constitucional a favor del inculcado, contenida en la fracción IV del artículo 20 de nuestra Carta Suprema y por otra parte, como al resto de los medios de prueba, tiende al esclarecimiento de los hechos, y por lo tanto, constituye un medio de convicción contemplado en la misma Ley.

Lo anterior tan cierto es, que el artículo 289 del código federal adjetivo, contiene las exigencias para valorar la declaración de un testigo, sea en contra o en pro del justiciable, en acato al principio rector de la debida valoración de la prueba, y por ello también encontramos implícito el derecho del abogado defensor, para proceder al interrogatorio legal, con la finalidad de advertir, bien la falsedad, o bien la autenticidad de un testimonio. Hemos de aclarar de igual forma que el careo, ha tendido a clasificársele como constitucional, cuando es el caso del que se lleva a cabo entre el inculcado y los

testigos que deponen en su contra, pues resulta indiscutible que le asiste al inculcado además el derecho de conocer no sólo a su acusador, sino a los testigos que declararon en su contra, con lo que de paso se da cumplimiento a la garantía de audiencia prevista en la fracción III de dicho precepto constitucional.

Por cuanto hace a los careos procesales, su sustrato lo encontramos en la segunda parte del mismo artículo 265 de la ley federal instrumental que nos rige. Por eso, se dice que tal medio de prueba resulta ser una directriz más para conocer la verdad y que emerge de versiones contradictorias entre sí, con el fin de que el juzgador tenga la posibilidad de conocer en esencia el hecho y así es posible que se ratifiquen o rectifiquen los dichos respectivos, aportando mayores elementos de convicción al juzgador y no se refieren en sí a los depositados de testigos de cargo, sino a aquellos comparecientes en la fase de averiguación previa o la instrucción y que desde luego puede arrojar el dato de que tales atestados sean contradictorios, con la versión dada por el inculcado.

En ese mismo orden y por lo que atañe al careo supletorio, éste lo encontramos contenido en el artículo 268 de la misma ley procesal. Luego y si volvemos al objeto de lo que implica la recepción de un “careo”, sería entonces motivo de discusión el hecho de que alguno de los testigos de cargo, de proceso u ofendido ratifiquen, por ejemplo, sus versiones respectivas sin la presencia física de una de las partes, ya que si como hemos adelantado con antelación, la acepción “careo”, significa poner “frente a frente” a dos personas para salvar los puntos de contradicción, tendiente a que aclaren, ratifiquen o rectifiquen sus dichos, es inconcuso que se rompe con el cometido y naturaleza de dicho medio de prueba, pues así sus protagonistas no se encuentran “cara a cara”, empero, ante la imposibilidad de que una de dichas partes se apersona físicamente ante la otra, estimamos más bien que el desahogo de ello, obedece más que nada a situaciones formales, mas no de fondo y que en nada o en poco conlleva por lo mismo a la verdad buscada; sin embargo, no exime de ninguna forma a la autoridad para proveer en su des-

ahogo, antes bien, le obliga en cierta forma a ello, con el fin de evitar una posible reposición del procedimiento.

Ahora bien, si sustancialmente el hecho de poner “cara a cara” a los participantes en un careo, lleva implícito zanjar discrepancias y hacer aclaraciones entre los protagonistas, tal y como así lo han pronunciado en reiteradas ocasiones los tribunales de la Federación y a la vez, que por consiguiente admitir la posibilidad de que alguno de ellos abdique de su primigenia postura, resulta como dijimos incuestionable que con la recepción del careo supletorio se deja de cumplir con tal cometido.

Ya por último y por lo que se refiere a la prueba documental, nuestra ley federal procedimental en su artículo 269, dispone que: “El tribunal recibirá las pruebas documentales que le presenten las partes hasta un día antes de la citación de la audiencia de vista, y las agregará al expediente, asentando razón en autos”. Para comprender un poco más el significado del documento, se hace necesario recurrir a las enseñanzas del autor tantas veces citado Leopoldo de la Cruz Agüero, cuando en el libro también señalado, a página 609, nos dice lo siguiente: “...Según criterios de algunos estudiosos del Derecho... por documentos debe de entenderse, en términos forenses, el escrito con que se acredita o pretende acreditar una cosa: la propiedad, la posesión, un acto del estado civil, la celebración de un contrato, el reconocimiento de un adeudo, la narración de determinado hecho lícito o ilícito, la declaración voluntaria o provocada de un acontecimiento funesto, la acusación, querella o denuncia de un acto criminal”.

Otros aducen que el documento es una voz genérica que comprende cualquier modo de fijar el pensamiento, la idea, el deseo, la voluntad o la confesión, en su forma indeleble sea en un papel escrito, un registro sonoro o cinta magnetofónica visual. En lo que se refiere a las exigencias plasmadas en el código federal procedimental, su explicación seguramente habremos de encontrarla en el hecho de que cuando el documento en sí mismo llega a constituir prueba plena o perfecta, no da lugar a su discusión, sin embargo ante un

documento cuestionable, resulta factible su necesaria verificación o interpretación legal. Se dice también que el documento constituye un medio de prueba, en cuanto sirve para demostrar al juzgador su contenido intelectual y jurídico, proveniente de una voluntad y un acto del hombre, tal y como lo afirma el también tratadista Díaz de León.

CAPÍTULO V

PRUEBAS Y DEFENSA

Sobre la intervención del defensor durante el enjuiciamiento penal, resultan de especial relevancia las enseñanzas del Magistrado César Esquinca Muñoa, cuando, de su prestigioso texto, intitulado “La Defensoría Pública Federal” (Editorial Porrúa, 2003), advertimos que aborda no sólo los instrumentos internacionales que hacen referencia a ello, tal y como lo vendría a ser, por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además la correlación que tales ordenamientos de corte internacional, guardan con el artículo 133 de nuestra ley suprema, infiriéndose de ahí, que le asiste a toda persona el derecho a ser juzgada, con las garantías necesarias para su defensa, entre lo cual no puede escapar el derecho a ser oído y vencido en juicio, situación que lleva implícito el derecho de defenderse, promover pruebas en favor y hacer uso de los mecanismos legales y profesionales para, por medio de su defensor, promover no sólo lo necesario, sino cuestionar, combatir y controvertir los indicios ya existentes en un proceso, cuestión esta que atañe tanto a la defensa pública como privada, en total armonía a la garantía prevista en la fracción IX, Apartado “A”, del artículo 20 constitucional, en correlación con el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, fracción tercera, incisos a), b), y c).



Traslación de tipo

Jorge Guerrero Olguín
Defensor Público Federal

INTRODUCCIÓN

La traslación de tipo en materia penal como beneficio en forma retroactiva a favor de los gobernados que están en el supuesto de sentenciados dentro del procedimiento penal federal, en la etapa de ejecución de sentencias y extinción de las penas aplicables, para que se apliquen los beneficios penales previstos en los numerales 70 y 90 del código punitivo federal, específicamente sobre la sustitución de la pena por multa y condena condicional respectivamente, y para una mejor comprensión del tema, es importante destacar esencialmente lo siguiente:

El derecho en sí es cambiante en todas sus materias, pero en especial en la penal federal; en estos últimos tiempos se ha implementado un concepto no muy conocido e innovador, el cual si el abogado postulante o el defensor oficial, no se actualiza con el mismo errará su estrategia de defensa en ejecución de sentencias, para la promoción de la aplicación de la traslación del tipo a favor de su defendido.

El Código Federal de Procedimientos Penales, establece en su ordinal 1o. que el procedimiento penal federal comprende desde la averiguación previa hasta la ejecución de sentencias.

La Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, en su artículo 8º establece que el tratamiento preliberacional podrá comprender:

I.- Información y Orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad;

II.- Métodos Colectivos;

III.-Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento;

IV.-Traslado a la Institución abierta; y,

V.-Permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana.

Al aplicar las medidas de tratamiento establecidas en las fracciones IV y V, la autoridad condicionará su otorgamiento al cumplimiento de lo previsto en la fracción III y en los incisos a) al d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. No se concederán dichas medidas cuando el sentenciado se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del mencionado Código Penal. La autoridad podrá revocar dichas medidas, conforme a lo establecido en el artículo 86 del citado Código Penal.

Por otro lado, el numeral 16 del mismo cuerpo de leyes citado, precisa: por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectiva readaptación social. Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación de actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado.

La remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria. Para ese efecto, el cómputo de plazos se hará en el orden que beneficie al reo. El ejecutivo regulará el sistema de cómputos para la aplicación de este precepto, que en ningún caso quedará sujeto a normas reglamentarias de los establecimientos de reclusión o a las disposiciones de las autoridades encargadas de la custodia y de la readaptación social.

La autoridad al conceder la remisión parcial de la pena establecerá las condiciones que deba cumplir el sentenciado conforme a lo establecido en la fracción II y los incisos a) al d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. La remisión parcial de la pena no se concederá a los sentenciados que se encuentren en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del citado Código Penal.

La autoridad podrá revocar la remisión parcial de la pena conforme a lo dispuesto por el artículo 86 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.

Por otro lado en el Código Penal Federal en su dispositivo 56 establece: Artículo 56.- Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en lo más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.

También el numeral constitucional 14 en su primera parte señala: a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

En otro orden de ideas y como ejemplo al tema el cinco de noviembre del año dos mil tres, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto mediante el cual se reforman los artículos 83 y 83 ter de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los cuales establecen: Artículo 83.- Al que sin permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I.- [...]

II.- Con prisión de tres a diez años y de cincuenta días multa, cuando se trate de armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley; y,

III.- Con prisión de cuatro a quince años y de cien a quinientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.

Por su parte el Artículo 83 ter, refiere: al que sin el permiso correspondiente posea un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I.- [...]

II.- Con prisión de uno a siete años y de veinte a cien días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en el inciso i) del artículo 11 de esta Ley; y,

III.- Con prisión de dos a doce años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las otras armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.

La reforma propiamente se contrae a la reducción de las penas previstas en las fracciones II y III de cada uno de dichos artículos, referentes a los delitos de portación y posesión, respectivamente, de Armas de Uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; pues antes de dicha reforma de la ley especial en comento, eran exageradamente muy elevadas y no aplicaba ninguno de los beneficios penales previstos en los numerales 70 y 90 del Código Penal Federal, es decir, la sustitución de la pena por multa y condena condicional respectivamente, sin soslayar el sustitutivo de semi-libertad.

Por otro lado el numeral 553 del código adjetivo de la materia, precisa: El que hubiese sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentre en los casos de conmutación de sanciones o de aplicación de la ley más favorable a que se refiere el Código Penal, podrá solicitar de la autoridad jurisdiccional o del Poder Ejecutivo, en su caso, la conmutación, la reducción de pena o el sobreseimiento que procedan, sin perjuicio de que dichas autoridades actúen de oficio y sin detrimento de la obligación de reparar los daños y perjuicios legalmente exigibles.

La competencia para plantear la incidencia sobre el otorgamiento de un beneficio penal previsto en los numerales 70 y 90 del Código Penal Federal, es la autoridad judicial porque conoció y debe de resolver la solicitud planteada por la defensa particular u oficial o el sentenciado, según el caso, porque así lo define el precepto referido con antelación y no salirse por la tangente el juez de Distrito de que sea el Ejecutivo Federal a través del órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad Pública quien lo haga.

Sirve de apoyo la siguiente tesis jurisprudencial bajo el rubro y texto siguiente:

PENA. CASOS EN QUE CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUDICIAL PRONUNCIARSE SOBRE SU DISMINUCIÓN, CUANDO ENTRE LA COMISIÓN DE UN DELITO Y LA EXTINCIÓN DE DICHA SANCIÓN ENTRE EN VIGOR UNA LEY MAS FAVORABLE AL REO.- El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial; así mismo los artículos 70 y 90 del Código Federal de Procedimientos Penales establecen que la sustitución de las sanciones y el beneficio de la condena condicional deben ser otorgados por el órgano jurisdiccional. Por su parte, el ordinal 56 del código punitivo federal señala que cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena entre en vigor una nueva ley más favorable al reo, la autoridad judicial o el ejecutivo aplicarán de oficio la reducción de esa sanción. Ahora bien, en términos de los artículos 553 y 554 del Código Federal de Procedimientos Penales, si después de dictada una sentencia ejecutoriada, entra en vigor una ley más favorable al reo, éste podrá solicitar al juez o al Ejecutivo, en su caso, la conmutación de sanciones, la reducción de la pena o el sobreseimiento del asunto; en esa tesitura, se concluye que en ciertos casos el Ejecutivo está en aptitud de decidir sobre la reducción de la sanción que solicite el reo con motivo de la entrada en vigor de la nueva ley que le favorezca, pues dicha

autoridad con una simple operación matemática puede determinar si con la vigencia de la nueva ley, por ejemplo quedó extinta la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado y, por ende, debe sobreseerse en el proceso penal; sin embargo, existen otras hipótesis en las cuales dicha disminución incide en el otorgamiento de los substitutivos de la pena privativa de libertad y en el beneficio de la condena condicional; por tanto, en estos supuestos corresponde solamente a la autoridad judicial y no al Ejecutivo ponderar su concesión y pronunciarse especialmente sobre la reducción de la sanción, pues de no ser así, se haría nugatoria la disposición contenida en los artículos 70 y 90 antes señalados, la cual establece que la sustitución de las sanciones y el beneficio de la condena condicional corresponde otorgarlos al órgano jurisdiccional.

Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito. Amparo en Revisión 304/2004. 20 de enero del 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Salvador Álvarez Villanueva. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, marzo del 2005, página: 1183, Tesis: XVI.4º.13P.

Para una mejor comprensión del tema a estudio y como antecedente a la aplicación de la ley más favorable al reo respecto a la traslación del tipo (la cual no comparte el suscrito), me permito transcribir la siguiente tesis jurisprudencial aislada bajo el rubro:

RETROACTIVIDAD. LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL SENTENCIADO QUE PROMUEVE UN INCIDENTE DE TRASLACIÓN DE TIPO CUANDO LA SENTENCIA HA CAUSADO EJECUTORIA Y EL PROCESO SE ENCUENTRA EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN, CORRESPONDE A LA DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN Y READAPTACIÓN SOCIAL Y NO AL JUEZ DE LA CAUSA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).- De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos y 56 del Código Penal para el Distrito Federal abrogado, se colige que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna y que cuando determinada ley sea más benéfica procede invocar su aplicación, sin olvidar que las leyes son aplicables en un tiempo y espacio determinados, y que cada hecho delictivo se rige por la ley vigente en la época en que se cometió; ahora bien, el numeral 1 del referido código penal abrogado establece que esta legislación debe aplicarse en el Distrito Federal por delitos que sean de la competencia del fuero común cometidos en su territorio, y conforme al mencionado artículo 56, se prevé que cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley aplicable al caso, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado, de lo que se sigue que, en un primer supuesto, el legislador previno que fuese la autoridad judicial (jueces y magistrados de instancia) quien aplicaría, en su caso, la ley más favorable al reo y en una segunda hipótesis, correspondería a la autoridad ejecutoria, esto es, a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social dependiente del Gobierno del Distrito Federal, conforme a lo previsto en el artículo 575 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; por tanto, es claro que si el juez de la causa resolvió un incidente no especificado de traslación del tipo solicitado por el inculpado, en virtud de la entrada en vigor del nuevo código penal para el Distrito Federal, y lo hizo cuando ya se había emitido una sentencia ejecutoriada, es decir, cuando el proceso ya se encontraba en la etapa de ejecución, dicho juzgador carecía de competencia para resolver el mencionado incidente, ya que correspondía a la autoridad ejecutora aplicar la ley mas favorable en respecto a la garantía consagrada en el párrafo primero del artículo 14, Constitucional. Registro No. 181274, Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la federación y su Gaceta. XIX, junio de 2004, página: 1471.

Tesis: I.8º. P.12 P.

Amparo en Revisión 1708/2003. 6 de Noviembre de 2003.
Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baraibar Constantino.
Secretaria: Blanca Isabel González Medrano.

También hace alusión al tema la siguiente tesis aislada bajo el rubro:

INCIDENTE DE TRASLACIÓN DEL TIPO Y ADECUACIÓN DE LA PENA. CONSTITUYE UN DERECHO PROTEGIDO CONSTITUCIONALMENTE.- El primer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna. Ahora bien, de la interpretación a contrario sensu de tal precepto, se advierte que otorga un derecho al gobernado consistente en que se le aplique retroactivamente la ley penal, cuando ello sea en su beneficio de manera que si un individuo cometió un delito bajo la vigencia de una ley sustantiva con base en la cual se le sentenció, y con posterioridad se promulga una nueva que prevé una pena menor con el mismo delito, o según la cual el acto considerado por la ley antigua como delito deja de tener tal carácter, el individuo tiene el derecho, constitucionalmente protegido, a que se le aplique retroactivamente la nueva ley y, por ende, a que se le reduzca la pena o se le ponga en libertad. Esto es así, porque si el legislador en un nuevo ordenamiento legal dispone que un determinado hecho ilícito merece ser sancionado con una pena menor o que no hay motivos para suponer que a partir de ese momento el orden social pueda ser alterado con un acto que anteriormente se consideró como delictivo, no es válido que el poder público insista en exigir la ejecución de la sanción tal como había sido impuesta, por un hecho que ya no lo amerita o que no la merece en tal proporción. De lo que se sigue que la naturaleza jurídica de la traslación del tipo y adecuación de la pena consiste en un derecho que tiene todo aquel que esta cumpliendo con una sentencia, el cual puede ejercer ante la autoridad correspon-

diente en vía incidental, para que esta determine si la conducta que fue estimada como delictiva conforme a la legislación punitiva vigente en la fecha de su comisión continué siendo en términos del nuevo ordenamiento, esto es, analice los elementos que determinaron la configuración del ilícito conforme a su tipificación abrogada frente a la nueva legislación para poder concluir si se mantienen los elementos de la descripción típica del delito y en su caso, aplicar la sanción mas favorable al sentenciado.

Registro No. 179890. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. XX, diciembre de 2004, página: 366. Tesis: 1ª. CI/2004.

Por último, como medio de defensa en contra de la solicitud a la incidencia de la traslación del tipo y adecuación de la pena de prisión, y agotándose todos los medios de impugnación legales, como lo es la demanda de amparo indirecto en cualquier tiempo en contra de la resolución por tratarse de un acto que afecta la libertad personal, para el efecto de que en forma inequívoca por parte de la defensa particular u oficial no lo hiciere valer, existe precedente bajo el siguiente rubro y texto:

INCIDENTE DE TRASLACIÓN DEL TIPO Y ADECUACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN. CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN ÉL, PUEDE PRESENTARSE LA DEMANDA DE AMPARO EN CUALQUIER TIEMPO POR TRATARSE DE UN ACTO QUE AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL DEL QUEJOSO.- El Tribunal en Pleno y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sostenido el criterio de que la libertad personal de los individuos no sólo se afecta a través de actos de autoridad que tengan como consecuencia material privarlos de la que disfrutaban en ese momento, sino también mediante actos que determinen, de alguna manera, la permanencia del gobernado en dicha situación o que modifiquen las condiciones en que tal privación deba ejecutarse. En estas condiciones, cuando el reo promueve el incidente en el que solicita la traslación del tipo y la adecuación

de la pena de prisión, por considerar que un nuevo ordenamiento en vigor prevé el mismo tipo penal pero con una pena más benéfica, la resolución que al efecto emita la autoridad correspondiente constituye una posibilidad de que el sentenciado no continúe compurgando la pena de prisión que se le había impuesto, de manera que dicha determinación es un acto que afecta su libertad personal, pues a partir de ese momento se encontrará restringida no sólo por virtud de la sentencia que lo condenó, sino también por la resolución incidente; en consecuencia, esta resolución puede ser impugnada en cualquier tiempo a través del juicio de garantías, por quedar comprendida en la fracción II del artículo 22 de la Ley de Amparo, que prevé los supuestos de excepción al término genérico de quince días para su interposición, establecido por el diverso artículo 21 de la propia ley.

Precedente: Contradicción de tesis 28/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Décimo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 18 de agosto de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Tesis de Jurisprudencia 74/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dieciocho de agosto de dos mil cuatro.

Sirve de apoyo el siguiente material tendiente al estudio del asunto que nos ocupa:

RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL. EN LO QUE FAVOREZCA AL REO DEBE APLICARSE LA.- Si bien el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, también debe entenderse tal precepto en el sentido de que si es en beneficio del reo, se debe aplicar la nueva legislación; en tales circunstancias, el decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de enero de 1994 y con vigencia a partir del prime-

ro de febrero siguiente, atento a lo preceptuado por el artículo tercero transitorio del decreto citado, permite que se tenga en consideración lo ordenado por el artículo 56 del código punitivo en cuestión, el cual fija la aplicación de la legislación más benéfica, lo que lleva a estimar que debe tenerse en consideración la nueva legislación y no la vigente al momento en que sucedieron los hechos, por lo que de todo se colige que la aplicación retroactiva de la ley en beneficio de todo sentenciado resulta ser obligatorio para las autoridades judiciales, en su caso acorde con la legislación penal ordinaria.

Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Amparo directo 254/94. Anselmo Cuajicalco Ambrosio. 4 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enríquez Pogán.

Amparo directo 292/94. Mateo Nava Romero. 25 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín de Dzib Núñez. Secretario: José Luis Vázquez Camacho.

Amparo directo 290/94. Santos Venancio Jalatria Aragón. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín de Dzib Núñez. Secretario: Ernesto Jaime Ruiz Pérez.

Amparo directo 293/94. Jesús Nájera Aguilar. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enrique Pogán.

Amparo directo 338/94. Melchor Jerónimo Diego. 30 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enríquez Pogán.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, tomo II, Materia Penal, Segunda Parte, tesis 701, página 445.

Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, tomo: 83, noviembre de 1994. Tesis: XV.2o. J/7. página 76.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL SUSTANTIVA.- Si los Tribunales Colegiados están conociendo de un asunto en

materia penal, relacionado con un delito ejecutado bajo la vigencia de una ley anterior, están obligados a aplicar oficiosamente la nueva ley, en forma retroactiva si ésta beneficia al reo, en virtud de que la observancia de las reformas legales debe ser inmediata en cualquier instancia, aún en el juicio de garantías dada su propia naturaleza; ya que, resolver en el juicio de amparo que no es inconstitucional un determinado acto de autoridad, porque satisface las exigencias que establecen los preceptos legales que lo regían en la fecha en que se produjo, sin aplicar el contenido de las nuevas normas legales que le son exactamente aplicables, se traduciría en no respetar la garantía consagrada en el artículo 14 constitucional, pues se sancionaría a un inculcado dejándosele de aplicar la nueva ley que le es más favorable.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Amparo directo 44/94. Iván Campos Mendiola. 4 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Humberto Trujillo Altamirano. Secretario: José Neals André Nalda.

Amparo directo 51/94. Martha Elodia González Martínez. 25 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Adán Gilberto Villarreal Castro. Secretaria: Magaly Herrera Oláis.

Amparo directo 239/94. Francisco Romero Torres. 12 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Adán Gilberto Villarreal Castro. Secretario: Miguel Ángel Montalvo Vázquez.

Amparo directo 308/94. Amparo Alarcón Mayo. 23 de junio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Humberto Trujillo Altamirano. Secretario: Abelardo Rodríguez Cárdenas.

Amparo directo 342/94. Ramón Miranda Villegas. 6 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Humberto Trujillo Altamirano. Secretario: Abelardo Rodríguez Cárdenas.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo I, mayo de 1995, página 124, tesis por contradicción 1a./J.7/95. 55.2.- Octava Época. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, tomo: 80, agosto de 1994, Tesis: V.2o. J/95. página: 53.

RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL. EN LO QUE FAVOREZCA AL REO DEBE APLICARSE EL DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL PRIMERO DE FEBRERO DE 1994.- No obstante que la autoridad responsable emitió la sentencia reclamada con anterioridad a la entrada en vigor del: “Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversos Artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal”, entre otras legislaciones de carácter federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día diez de enero del año en curso y con vigencia a partir del primero de febrero del presente año, no pasa inadvertido para este Órgano de Control Constitucional que, al encontrarse subjudice la sentencia dictada en el proceso penal materia del juicio de amparo que se analiza, al sentenciado le resultan aplicables en su favor y beneficio las reglas previstas en los artículos 14, primer párrafo, constitucional, a contrario sensu, Tercero Tránsito del Decreto de mérito, 56 del Código Penal Federal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales. La aplicación retroactiva de la ley en beneficio de todo reo resulta ser obligatoria para las autoridades judiciales o administrativas, en su caso, de acuerdo con la legislación penal ordinaria y el incumplimiento de esa obligación resulta violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley, consagrada en el tercer párrafo del artículo 14 de nuestra Carta Magna, cuya violación es reparable mediante el juicio de amparo. Ello es así, dado que es principio general de derecho penal que cuando una ley posterior resulta más benéfica para el inculcado que aquella conforme a la cual se siguió su proceso, debe aplicársele la más benigna en el dictado de la sentencia correspondiente, pues tal principio implícitamente lo acoge el citado numeral 14 constitucional, al prever que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona

alguna, lo que implica que si es en beneficio del reo, en la referida materia penal, se debe aplicar la nueva legislación.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Amparo directo 457/93. Dorina López Hernández. 10 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretario: Ernesto Encinas Villegas.

Amparo directo 21/94. Ramiro Godínez Reyes. 24 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Antonio Castillo González. Secretario: José Rafael Coronado Duarte.

Amparo directo 133/94. Luis Fernando Carranza Germán. 8 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Antonio Castillo González. Secretario: José Rafael Coronado Duarte.

Amparo directo 128/94. Francisco Javier Fausto Reyes. 14 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretaria: Gloria Flores Huerta.

Amparo directo 214/94. Joaquín Ochoa López. 19 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretario: José Luis Hernández Ochoa.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, tomo II, Materia Penal, Segunda Parte, tesis 700, página 444. Octava Época. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, tomo: 83, Noviembre de 1994. Tesis: XV.2o. J/7. página 76.

Los argumentos referidos con antelación respecto al tema a estudio se motivan y fundamentan con lo que a continuación señalo:

Las disposiciones legales que prevén las dependencias que conocen de los asuntos en ejecución de sentencias refieren: la fracción VIII, del artículo 11 del Reglamento de Prevención y Readaptación Social, impone como obligación del Coordinador General de Prevención y Readaptación Social, dependiente del organo administrativo desconcentrado, someter a consideración del Comisionado las adecuaciones, en los términos que previene la legislación penal, a la sanción impuesta a los sentenciados que se en-

cuentren a su disposición, cuando por la entrada en vigor de una nueva Ley ésta les resulte más favorable.

El artículo 15 del mismo reglamento, dispone que el titular de la Dirección General de Ejecución de Sanciones tendrá, entre otras funciones, realizar los estudios técnico-jurídicos para la adecuación de la pena de sentenciados del fuero federal, en términos del Código Penal Federal vigente, e informar oportunamente sobre la extinción de las penas impuestas por sentencias ejecutoriadas a internos del fuero federal.

En esa tesitura, el artículo 29, fracción XVI, del Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública, establece que corresponde al titular (Comisionado) de Prevención y Readaptación Social, adecuar, en los términos que previene la legislación penal, la sanción impuesta a los sentenciados que se encuentren a su disposición cuando por la entrada en vigor de una nueva ley, ésta resulte más favorable.

En síntesis, si las autoridades citadas son las tendientes a la aplicación retroactiva del artículo 85, inciso b), fracción I (con la regla establecida en los dispositivos 84 y 90, fracción I, inciso c), de la citada ley, en relación con el numeral 56 del mismo ordenamiento legal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales, es evidente que causan perjuicio personal y directo violando las garantías de seguridad y certeza jurídica, establecidas en el artículo 14, parte inicial de nuestra Carta Magna, relativa a la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del gobernado.

Esto en ese entorno administrativo pero no ante el órgano jurisdiccional como así lo establece nuestra legislación penal federal y que no comparten los juzgadores de las instancias correspondientes, luego entonces, la tramitación deberá ser ante el juez de distrito (conocedor de la causa penal) para el efecto de que opere a favor del sentenciado la solicitud planteada respecto a la traslación del tipo, es decir, hay distintas hipótesis para la promoción de la incidencia planteada; una es la administrativa ante el Ejecutivo Federal con el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de

Seguridad Pública, a la que se hizo mención y la otra jurisdiccional, es esta última la que según el principio fundamental de retroactividad de la ley penal le favorezca al reo cuando entre en vigor una nueva legislación, premisa superior a todo ordenamiento legal secundario como lo define en el artículo 14, primer párrafo, de nuestra Carta Magna (contrario sensu), el cual debe ser congruente con la aplicación de lo más favorable y beneficie a los sentenciados cuando estén en ese supuesto principalmente, para la concesión de los beneficios penales a los que me he venido refiriendo en la coyuntura de este tema a estudio.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Federal de Procedimientos Penales
Código Penal Federal
Diario Oficial de la Federación
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Reglamento de Prevención y Readaptación Social
Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública
Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados



La prisión preventiva

Jorge Carlos Heredia García
Defensor Público Federal

La prisión preventiva en México, es utilizada como principal medida cautelar en los procedimientos de orden penal.

Se complica lo anterior, porque cada Estado de la República, tiene su propia legislación penal y su forma de aplicar la prisión preventiva, esto para los delitos cometidos del orden común. Y por otra parte en los delitos cometidos del orden federal, también existe una legislación y forma de aplicar la prisión preventiva.

Así tenemos, que a nivel del fuero federal el código procesal establece en su artículo 194, un listado de los delitos que se deben considerar graves.

Y en el fuero común generalmente cada entidad federativa, no establecen el citado listado de delitos graves, sino que se rigen por la fórmula del término medio aritmético, por ejemplo en el Distrito Federal, se establece en el artículo 268, párrafo quinto, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los delitos que se consideran como delitos graves, son los sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años.

Por tanto, en el derecho positivo mexicano existen diferencias entre los fueros para considerar cuáles son los delitos graves.

Es por ello, que las medidas cautelares deben tener una mayor variedad en su aplicación, porque en nuestra legislación penal, la medida cautelar que se excede en su aplicación es la prisión preventiva, lo que ha generado una serie de problemas. Y se suma a lo

anterior, la dificultad para cumplir con los innumerables requisitos para obtener la libertad provisional bajo caución, lo que provoca diversos problemas como son: sobrepoblación penitenciaria; enorme costo social; daño biológico y psicológico al recluso; daño social, drogadicción; desviaciones sexuales, corrupción; indebida convivencia entre procesados y sentenciados, falta de clasificación de los reclusos; entre otros.

Así tenemos que la prisión preventiva se ha considerado como una pena anticipada, como lo ha definido García Cordero, al señalar: *“Es necesario entender que la prisión preventiva, como está concebida, es una pena anticipada...”* *“...un suplicio en donde se gestan nuevos delitos que lejos de disminuir la criminalidad, la aumenta progresivamente transformando al infractor primario en reincidente o habitual”*.¹

La prisión preventiva, a través del tiempo ha sido objeto de duras críticas, especialmente en un inicio por Francesco Carrara, quien manifestó lo siguiente sobre esta institución:

- a) *Es injusto encarcelar a los imputados antes de la condena;*
- b) *Afecta la economía carcelaria.*
- c) *Desalienta al honrado, pues termina por despreciar las leyes, odiar a la sociedad, familiarizarse con la prisión y arruinarse moralmente por la vida promiscua que deteriora y corrompe en la cárcel;*
- d) *Provoca cambios psicológicos en el detenido, alterando modos, costumbres, lenguaje y aún la fisonomía durante su encierro”*.²

Por otra parte la Doctora Olga Islas de González Mariscal, al respecto señala:

- a) *Disminuye considerablemente las posibilidades reales de la defensa;*
- b) *Por sí mismo es una coacción para el sujeto, quien psicológicamente se siente en total desprotección y en situación de inferioridad frente a las autoridades.*

¹ Citado por Barita López, Fernando. *Prisión preventiva y ciencias penales*, Editorial Porrúa, México, 1990,. página 91.

² Carrara, Francesco. Citado por Levene Ricardo, *Prisión Preventiva*, Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo XXIII, Buenos Aires, Argentina, 1980, página 172.

- c) *Da lugar a una desigualdad entre los sujetos sometidos al procedimiento penal;*
- d) *Genera trato despectivo y atropellante por parte del personal del reclusorio;*
- e) *Estigmatiza y como consecuencia, genera desprecio en un sector considerable de la sociedad;*
- f) *Suscita juicios por parte de los periodistas y genera pasión pública, que atacan la dignidad del ser humano y el buen nombre;*
- g) *Da lugar a que el sujeto pierda el empleo;*
- h) *Repercute en todo el desenvolvimiento familiar del sujeto;*
- i) *Es una medida injusta, que introduce perturbación e inconciencia al sistema, convirtiéndose en sistema de injusticia penal”.*³

Por consiguiente, la prisión preventiva es una pena anticipada, aunque generalmente de corta duración, sin embargo, genera graves consecuencias como las siguientes:

No cumple con su finalidad de evitar la desadaptación social del procesado, pues la prisión deja huella, temor y miedo en quien la sufre.

Asimismo, genera el incremento de los reincidentes y habituales en los establecimientos, influye en la contaminación criminal de los delincuentes primarios.

Provoca aislamiento social, de las personas privadas de su libertad, no sólo se encuentran aisladas de la sociedad, sino que a veces también lo están dentro de la misma institución.

Cómo es posible que se logre evitar la desadaptación social del procesado, si se le encierra con anormales, provocando un trauma del que muy difícilmente se recuperan algunas personas, pues la cárcel que debería ser un lugar para mantener socialmente al procesado que ha sido inculcado de un delito, por el contrario es una separación geográfica y psicológica de la continuidad a la que se supone regresará y servirá.

Además es una institución anormal. Debido a que el ambiente no es agradable, es hostil, traducido en la desconfianza del procesa-

³ Citada por Barita López, A. Op. Cit. página 91.

do, que se ve en su nerviosismo, acarreado un peso de frustración y desaliento.

El interno se convierte en un número más dentro de la institución, o en un individuo automatizado en todas sus actividades, aún las sexuales que deben realizarse en un determinado día y hora. Y con castigos que consisten en un mayor aislamiento dentro de la prisión.

Al individuo se le arranca de un medio bruscamente y se le introduce en otro que es totalmente diferente, por lo que es dudoso que un procesado conserve la normalidad en el caso de que saliera absuelto.

En la vida dentro de la prisión, el interno no sólo debe someterse al reglamento, custodios y autoridades del establecimiento, sino también a los propios líderes de las crujías, que en caso de desobediencia a sus mandatos u órdenes son más violentos y represivos que las propias autoridades.

La prisión preventiva es una institución que crea delincuentes, a lo sumo buenos reclusos. De ahí que a las prisiones se les haya denominado “escuelas del crimen” o “universidades de la delincuencia”.

En la prisión, el predominio del más fuerte sobre el más débil, es la ley que rige a los internos. En donde los delitos que se cometen, tanto por los reclusos como por funcionarios siempre quedan impunes, entre estos delitos están las lesiones, los homicidios, la venta de estupefacientes, etc.

Es una institución que genera perturbaciones psicológicas, que se manifiestan en descargas de actos violentos, no siempre controlados, sino que la agresión en ocasiones la vuelven contra ellos mismos.

La ansiedad aumenta cuando los procesados esperan la resolución de su causa. Los investigadores indican la existencia de psicosis carcelaria, depresiones, angustias, enfermedades psicosomáticas como la úlcera y el asma, e incremento de ansiedad.

Las consecuencias son traumas físicos y psíquicos por la falta de libertad, es decir por el encierro. También se advierten síntomas de inapetencia, insomnios, crisis emotivas y un elevado número de

esquizofrenias. Otras alteraciones que se destacan son: reacciones histéricas, psicosis situacional, que origina delirios intensos y estados de pánico.

A su vez provoca enfermedades en la salud física de los internos, por las deficiencias de higiene y por las características de la alimentación generalmente insuficiente, mal balanceada y sin valor protéico.

A lo anterior, se agrega que un gran número de los internos padece alguna enfermedad de transmisión sexual, como el VIH SIDA, es frecuente que los nuevos internos o quienes no la padezcan queden infectados, no por la convivencia, sino por las costumbres que tienen los internos de tener relaciones sexuales entre ellos, ya sea en forma voluntaria o involuntaria.

La duración de la prisión preventiva es arbitraria, porque se prolonga en forma anticonstitucional, pues generalmente no se cumplen los plazos que para el efecto señala el artículo 20, Apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya sea por morosidad judicial, porque las leyes secundarias no regulan adecuadamente el proceso penal o por falta de responsabilidad de todos aquellos que tienen que ver con el desarrollo del proceso, como son defensores, ministerios públicos, testigos, peritos, juzgadores, etc.

Además la prisión preventiva es una institución costosa, porque si tomamos en cuenta el gasto enorme de las construcciones penitenciarias, así como su mantenimiento; pago de percepciones personales de los custodios, seguridad, técnicos y administrativos, manutención de los internos, por lo que podemos apreciar que se trata de una de las instituciones más costosas para el presupuesto de las ciudades. También habría que sumar el costo de la construcción de los nuevos juzgados, así como su mantenimiento y pago de los salarios de los servidores públicos.

Se agrava la situación porque el abuso en la aplicación de la prisión preventiva ha generado problemas de sobrepoblación carcelaria, que de seguir en el mismo camino, sin buscar otras al-

ternativas, muy pronto será necesario la creación de más reclusorios preventivos y juzgados penales, que poco ayudan a dar una solución definitiva al problema de la delincuencia que día a día va en aumento.

La prisión preventiva, además de afectar al recluso, de manera indirecta también afecta a la familia y a los dependientes económicos del mismo, debido a que al interno al privársele de su libertad deja la escuela y/o el trabajo, provocando estigma no sólo en el interno, sino también en sus familiares, dejándolos en muchos casos en la miseria.

Cuando la ausencia es de un jefe de familia, los efectos negativos son mayores, pues al estar recluso, provoca cambios negativos en la dinámica familiar y moral de los hijos.

Aunado a lo anterior, las autoridades de los reclusorios generan la corrupción, porque a través de los custodios o algunos reclusos que utilizan para realizar diversas actividades piden dádivas o dinero para que los reclusos puedan utilizar celdas, camas, cobijas, ropas, calzado, etc., es decir, por todo le solicitan algo a cambio y si alguno de los reclusos no aporta nada, será motivo de castigos, amenazas, golpes, imputación de delitos no cometidos y deberá servir a otros reclusos que sí aporten dinero.

Por otro lado tenemos a los delincuentes, generalmente primarios, que buscan ingresar a un reclusorio para poder conocer “*al padrino*” (es decir al jefe o jefes de bandas criminales) para que los reclute en su banda delictiva, para cometer otros delitos que tengan mayor remuneración económica, como el robo de vehículos; robo a bancos, secuestros; venta y transporte de narcóticos, entre otros y así lo comentan sin ningún reparo, cuando se encuentran detenidos en la etapa de averiguación previa.

Es por ello, que esta institución ya no cumple con el fin de readaptación social para la que fue creada, y en cambio en la actualidad las bandas criminales son dirigidas desde los reclusorios y no sólo los de baja y media seguridad sino también en los de alta seguridad, y las autoridades carcelarias poco quieren hacer para impedir esta situación.

Por lo tanto, querer mantener la prisión preventiva como principal medida cautelar es totalmente desatinado.

Y por todo lo anterior, que para los defensores, ya sean privados o públicos federales o de oficio, se incrementa la dificultad de la defensa penal, al tener al defendido recluso, porque en primer lugar el acceso a los reclusorios generalmente no es del todo expedito, tampoco se entabla una adecuada comunicación con un defendido recluso, como con un defendido que goza de libertad provisional, también se dificulta la recolección de pruebas y datos para una adecuada defensa.

Este sistema de aplicación de la prisión preventiva, no ha logrado su propósito y en cambio, los reclusorios siguen saturados, porque la población penitenciaria ha rebasado con mucho el cupo para el que fueron diseñados, por lo que es necesaria una reforma integral al sistema de aplicación de medidas cautelares en nuestra legislación mexicana; que tenga mayor aplicación la libertad provisional bajo caución y se acepte la fianza y no sólo el billete de depósito como lo piden los agentes del Ministerio Público, y esto porque las afianzadoras con su fin de lucro ya no quieren expedir fianzas en los delitos contra la salud porque se les dificulta hacer válido el cobro de la garantía.

También es necesario que los requisitos para aplicar la libertad potestatoria se disminuyan y a su vez los requisitos de la libertad provisional sin garantía, porque estas medidas casi no se aplican en la práctica, por el incremento en las punibilidades establecidas en los delitos tipificados en la legislación mexicana y culpa de esta situación es atribuida al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, porque son los que tienen la facultad de iniciativa y legislativa de leyes respectivamente.

Y como los integrantes de estos poderes, en los últimos tiempos, sin tener conocimiento de derecho penal y derecho penitenciario y con el propósito de ganar adeptos en las votaciones para los cargos que ocupan, siempre proponen el incremento de las punibilidades en los delitos que tipifican las leyes, sin saber que a lo largo de la

historia de la humanidad esta medida de incremento de la punibilidad no ha tenido en ninguna época el éxito buscado.

Es por ello, que es necesario que en la facultad legislativa también intervenga el Poder Judicial de la Federación, porque quien mejor para conocer el derecho penal, el pensamiento de los delinquentes, los beneficios y desventajas de aplicar determinadas penas, medidas cautelares, que los juzgadores, entre los que se encuentran los Jueces de Distrito, los Magistrados y los Ministros.

También es necesario que para la concesión de la libertad provisional no se pongan tantos requisitos y que el agente del Ministerio Público de la Federación ya no tenga la facultad de oponerse a su aplicación.

Los tratados internacionales y la defensa pública federal

Margarito Lara López

Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública

I. MARCO JURÍDICO

A) CONSTITUCIÓN POLÍTICA FEDERAL

Como sabemos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política Federal, ésta, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y los Tratados Internacionales que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, debidamente ratificados por el Senado de la República, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

B) ORDENAMIENTOS LEGALES SECUNDARIOS

Asimismo, las reformas y adiciones a las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicadas el 13 de septiembre del año 2004 en el Diario Oficial de la Federación, en el caso, respecto de los artículos 26 y 27, hacen referencia que los Defensores Públicos Federales de nuestro Instituto, específicamente los adscritos a los Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito, deben invocar en sus argumentos, además de las normas, precedentes, tesis de jurisprudencia y doctrina, los Tratados Internacionales conducentes, para sustentar la defensa de sus asistidos.

En este sentido, tomando en cuenta el caso de defendidos de procedencia extranjera, y que no pueden ser sujetos del Convenio de Colaboración para la entrega de Fianzas a Internos de Bajos Re-

cursos Económicos, celebrado por nuestro Instituto con la Fundación Telmex- Reintegra, que se orienta a personas de bajos recursos económicos, que estén privados de su libertad en los diversos Centros Penitenciarios del país, y que tengan derecho a su libertad provisional o condicional, y que para obtenerla requieran de que se les otorgue una fianza que no rebase los \$10,000.00 (DIEZ MIL PESOS 00/100 M.N.), siempre y cuando la sanción se derive de un delito federal, hayan observado buena conducta y sean primodelincuentes; se estima que dichos Defensores pueden solicitar, con conocimiento y consentimiento, de sus defendidos sentenciados, que la pena que se les impuso mediante sentencia definitiva ejecutoriada, la compurguen en su país de origen, haciendo valer los Tratados en Materia de Ejecución de Sentencias Penales conducentes, celebrados por nuestro país.

C) TESIS RELACIONADAS

Al respecto, cabe mencionar que existe diversa tesis que menciona, en lo que interesa, que a los tratados se les puede denominar de otras formas, pero ello no trasciende en su contenido, como instrumento jurídico internacional. Así, tenemos la tesis de la Segunda Sala 2a. XXVII/2003. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVII, marzo de 2003, página 561:

TRATADOS INTERNACIONALES. ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO.- Aun cuando generalmente los compromisos internacionales se pactan a través de instrumentos en la modalidad de tratados, debe tomarse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, inciso a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que es parte el Estado mexicano, por “tratado” se entiende el acuerdo celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en varios conexos, cualquiera que sea su denominación

particular, de lo que resulta que la noción de tratado es puramente formal e independiente de su contenido, pues desde el punto de vista de su carácter obligatorio los compromisos internacionales pueden considerarse como tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o cambio de notas, además de que no hay consenso para fijar las reglas generales a que deben sujetarse las diferentes formas que revisten tales compromisos internacionales, los que, en consecuencia, pueden consignarse en diversas modalidades.

Amparo en revisión 348/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 14 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Sofía Verónica Ávalos Díaz y César de Jesús Molina Suárez.

Amparo directo 1/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 28 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Sofía Verónica Ávalos Díaz y César de Jesús Molina Suárez.

Amparo en revisión 384/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 28 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Sofía Verónica Ávalos Díaz y César de Jesús Molina Suárez.

Amparo en revisión 390/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 28 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Sofía Verónica Ávalos Díaz y César de Jesús Molina Suárez.

Por otra parte, debe señalarse que nuestro Máximo Tribunal, ha determinado que los tratados internacionales se encuentran por encima de las leyes federales y locales del país y por debajo de la Carta Magna, según se advierte en la tesis del Pleno P. LXXVII/99. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: X, noviembre de 1999, página 46.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE

LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “...serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que

por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27,

de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”.

De esta forma, es indudable que los Tratados Internacionales forman parte de la jerarquía normativa de nuestro país, y son una herramienta legal importante, que puede coadyuvar para que los Defensores Públicos Federales de nuestro Instituto, los invoquen en apoyo de una defensa adecuada de sus defendidos, tendientes además para contribuir a su rehabilitación social.

II. MARCO PRÁCTICO

A) TRATADOS CELEBRADOS EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS PENALES

Puntualizado lo anterior, cabe señalar que nuestro país ha celebrado los siguientes Tratados en Materia de Ejecución de Sentencias Penales, que se encuentran debidamente ratificados por el Senado de la República y promulgados por el Ejecutivo Federal:

- 1.- Tratado sobre la ejecución de sentencias penales (Estados Unidos de América, 1976)
- 2.- Tratado sobre ejecución de sentencias penales (Canadá, 1977)
- 3.- Tratado sobre ejecución de sentencias penales (Panamá, 1979)
- 4.- Tratado sobre ejecución de sentencias penales (Bolivia, 1985)
- 5.- Convenio sobre la ejecución de sentencias penales (Belice, 1986)
- 6.- Tratado sobre ejecución de sentencias penales (España, 1987)
- 7.- Convenio sobre traslado de nacionales condenados y cumplimiento de sentencias penales (Argentina, 1990)
- 8.- Tratado sobre ejecución de sentencias penales (El Salvador, 1993)
- 9.- Tratado sobre cumplimiento de sentencias penales (Guatemala, 1996)

- 10.- Tratado sobre ejecución y sentencias penales (Cuba, 1996)
- 11.- Tratado sobre ejecución de sentencias penales (Venezuela, 1996)
- 12.- Tratado sobre ejecución de sentencias penales (Nicaragua, 2000)
- 13.- Convenio sobre ejecución de sentencias penales (Perú, 2002)
- 14.- Tratado sobre ejecución de sentencias penales (Honduras, 2003)
- 15.- Tratado sobre ejecución de condenas penales (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. 2004)

B) CONDICIONES Y PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS PENALES

Antes de analizar el procedimiento, estimo pertinente hacer referencia a los siguientes términos, contenidos en la especie, en los tratados suscritos por nuestro país.

A).- “Estado Trasladante”, es aquel de donde el sentenciado podrá ser trasladado;

B).- “Estado Receptor”, es al que el sentenciado podrá ser trasladado;

C).- “Sentencia” es la resolución judicial definitiva emitida por un órgano jurisdiccional, que impone a un procesado como pena por la comisión de un delito, la privación de la libertad o restricción de la misma, pudiendo consistir esta última en libertad provisional, condena condicional u otras formas de supervisión sin detención. Entendemos que una sentencia es definitiva, cuando no existe recurso legal pendiente de resolverse en contra de la misma en el Estado Trasladante, y que además será ejecutoriada, si se promovió demanda de amparo directo, dictándose la sentencia respectiva;

D).- “Sentenciado” es la persona que en el territorio de uno de los Estados que forman parte del Tratado, cumple una pena privativa de libertad o de restricción de ésta, con motivo de una resolución que ha causado ejecutoria.

Asimismo, es menester resaltar que las penas o medidas de seguridad impuestas en uno de los Estados objeto del Tratado, a nacionales del otro Estado, podrán ser extinguidas en establecimientos penitenciarios de este Estado o bajo la vigilancia de sus Autoridades. A mayor abundamiento, por ejemplo, en relación al Tratado celebrado con la República de Guatemala sobre el cumplimiento de sentencias penales, tenemos que: las penas o medidas de seguridad impuestas en los Estados Unidos Mexicanos, a nacionales de la República de Guatemala, podrán ser extinguidas en establecimientos penitenciarios de Guatemala o bajo la vigilancia de sus Autoridades; y por otra parte, las penas o medidas de seguridad impuestas en Guatemala, a nacionales de los Estados Unidos Mexicanos, podrán ser extinguidas en establecimientos penitenciarios de los Estados Unidos Mexicanos o bajo la vigilancia de sus Autoridades.

Hechas las precisiones anteriores, podemos señalar que, en lo general, las condiciones y el procedimiento de aplicación de los Tratados sobre el cumplimiento de sentencias penales, tomando en cuenta los que se han celebrado por nuestro país, son los siguientes:

1. Que el delito por el cual el sentenciado fue declarado culpable sea punible en el Estado Receptor; sin embargo, al efecto, no se tendrán en cuenta las diferencias de denominación o las que no afecten a la especie misma del tipo del delito.

2. Que el sentenciado sea nacional del Estado Receptor. En el momento de la presentación de la solicitud de traslado, el sentenciado deberá acreditar fehacientemente, con documentos públicos, su condición de nacional del Estado Receptor.

3. Que el delito por el cual fue sentenciado no sea de tipo político ni militar en el Estado Receptor.

4. Que la sentencia impuesta al sentenciado pueda ser cumplida o ejecutada en el Estado Receptor.

5. Que la sentencia mediante la cual se impuso la sanción se encuentre firme y que no exista causa legal alguna que impida la salida del sentenciado del territorio nacional. Debe resaltarse que, constituye impedimento para autorizar el traslado, la solicitud de

extradición formulada por un tercer Estado, que se encuentre en trámite o que haya sido acordada.

6. Que la situación jurídica del sentenciado no se agrave por el traslado.

7. Que la parte de la pena que falte por cumplirse al momento de que se realice la solicitud sea mayor a seis meses.

8. Que la pena que esté cumpliendo el sentenciado tenga una duración determinada en la sentencia condenatoria.

9. Que la aplicación de la sentencia no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado Receptor.

10. Que el sentenciado otorgue expresamente y por escrito, su consentimiento para el traslado, habiendo sido informado previamente de las consecuencias legales del mismo.

Suministro de información

Las autoridades coordinadoras o ejecutoras designadas por las Partes informarán a todo sentenciado nacional de la otra Parte sobre la existencia del Tratado, la posibilidad que le brinda la aplicación del mismo y las consecuencias jurídicas que se derivarían de su traslado. Cabe mencionar que en el caso de nuestro país, se han designado como autoridades coordinadoras o ejecutoras, en los últimos dos tratados celebrados, a la Secretaría de Seguridad Pública Federal, por conducto de su Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social, y a la Procuraduría General de la República. Esta información también podrá ser proporcionada al sentenciado por los agentes consulares de su país.

Las partes mantendrán informado al sentenciado del trámite de su traslado, así como de las decisiones adoptadas por cualquiera de ellas respecto de su solicitud de traslado. A tal fin, las Partes facilitarán a las autoridades coordinadoras la información que soliciten.

Consentimiento del sentenciado

1. El traslado del sentenciado al Estado Receptor sólo procederá a voluntad expresa del mismo, para lo cual podrá contactar a la

autoridad competente del Estado Trasladante, para solicitar que se preparen los antecedentes y estudios del sentenciado.

2. La voluntad del sentenciado de ser trasladado debe ser expresada por escrito.

3. El sentenciado puede presentar su solicitud de traslado, ya sea ante el Estado Trasladante o el Estado Receptor.

Procedimiento previo al traslado

1. Es potestad discrecional del Estado Trasladante autorizar el traslado y será igualmente facultad discrecional del Estado Receptor aceptarlo.

2. Antes de efectuarse el traslado, el Estado Trasladante permitirá al Estado Receptor verificar, si lo desea éste, mediante un funcionario designado por el mismo, que el sentenciado haya dado su consentimiento, con pleno conocimiento de las consecuencias legales respectivas.

3. Al tomar la decisión relativa al traslado de un sentenciado, las Partes podrán considerar, entre otros factores, la posibilidad de contribuir a su rehabilitación social; la gravedad del delito; sus antecedentes penales; su estado de salud y los vínculos familiares, sociales o de otra índole que tuviere en el Estado Trasladante y en el Estado Receptor.

4. Si el sentenciado solicita su traslado ante la autoridad coordinadora del Estado Trasladante y éste lo considera procedente, transmitirá una solicitud en ese sentido por los canales diplomáticos a la autoridad del Estado Receptor.

5. Si la autoridad del Estado Receptor acepta la solicitud, lo comunicará sin demora al Estado Trasladante, e iniciará los procedimientos necesarios para efectuar el traslado del sentenciado. Si no lo acepta, lo hará saber sin demora a la autoridad del Estado Trasladante.

6. Si el sentenciado solicita su traslado ante la autoridad coordinadora del Estado Receptor, éste podrá solicitar a la autoridad coordinadora del Estado Trasladante que se preparen los antece-

dentes y estudios correspondientes del mismo.

7. Si el Estado Trasladante considera procedente la solicitud de traslado del sentenciado, comunicará dicha resolución al Estado Receptor para que, cumplidas las formalidades internas, se efectúe la entrega de éste.

8. El Estado Trasladante deberá acreditar, si lo solicita el Estado Receptor, que el sentenciado conoce las consecuencias legales que implica el traslado y que otorga libremente su consentimiento para que se lleve a cabo.

Negativa al traslado

1. Cuando el Estado Trasladante no apruebe el traslado de un sentenciado, comunicará su decisión de inmediato al Estado Receptor explicando el motivo de su negativa, cuando esto sea posible y conveniente. Cuando se modifiquen las condiciones que sirvieron de base a la negativa del traslado, cualquiera de las Partes podrá solicitar de nuevo el traslado del sentenciado.

2. Si después de cumplir su condena el sentenciado trasladado, reincide en la comisión de un delito en el territorio del Estado Trasladante, este último podrá negar cualquier solicitud de traslado del sentenciado, formulada por el Estado Receptor o por el mismo sentenciado.

Documentación justificativa

1. El Estado Receptor acompañará a la solicitud de traslado:

a).- Un documento que acredite fehacientemente que el sentenciado es nacional de dicho Estado;

b) .- Una copia certificada de las disposiciones legales, con las que se acredite que los actos u omisiones que dieron lugar a la condena del sentenciado, constituyen también un delito en el Estado Receptor;

c).- Información acerca de los factores pertinentes y la probabilidad de que el traslado del sentenciado, contribuya a su inserción social, tomando en cuenta aspectos como la edad, los vínculos de

residencia en el territorio, relaciones familiares u otros motivos, en el Estado Receptor, y

d).- Información acerca de cómo se cumplirá la condena en dicho Estado Receptor, especialmente la relativa a la modalidad y tiempo.

2. El Estado Trasladante acompañará a la solicitud de traslado:

a).- Una copia certificada de la sentencia, haciendo constar que es firme;

b).- Una copia certificada de las disposiciones legales aplicables;

c).- La indicación de la duración de la pena, el tiempo ya cumplido y el que deba abonársele por motivos tales como trabajo, buena conducta y prisión o detención preventiva;

d).- Un documento en el que conste el consentimiento del sentenciado para el traslado, y

e).- Información sobre la índole y gravedad del delito, los antecedentes penales del sentenciado, las condiciones de salud de éste, y cualquier información adicional que pueda ser útil a las autoridades del Estado Receptor.

3. Cualquiera de las Partes podrá, antes de formular una solicitud de traslado, solicitar a la otra Parte los documentos e informaciones a que se ha hecho referencia en los numerales I y II.

Entrega y gastos del traslado

1.- Aprobado el traslado, las Partes convendrán el lugar y la fecha de la entrega del sentenciado y la forma como se hará efectiva. El Estado Receptor será el responsable de la custodia y transporte del sentenciado desde el momento de la entrega.

2.- Todos los gastos relacionados con el traslado del sentenciado hasta la entrega para su custodia al Estado Receptor serán por cuenta del Estado Trasladante, del Estado Receptor, o del peticionario del traslado, si así se conviene.

3.- El Estado Receptor se hará cargo de los gastos de traslado y demás que se requieran, desde el momento en que el sentenciado quede bajo su custodia.

Jurisdicción del Estado Trasladante

El Estado Trasladante mantendrá la jurisdicción exclusiva respecto de las sentencias impuestas y cualesquiera procedimientos que involucren revisión, modificación o anulación de las sentencias impuestas por sus tribunales de justicia. Por lo tanto, el Estado Receptor, al recibir una notificación del Estado Trasladante de cualquier decisión que afecte a una sentencia, deberá adoptar las medidas que correspondan, conforme a dicho aviso.

Asimismo, el Estado Trasladante conservará la facultad de conceder indulto, amnistía o gracia al sentenciado; por lo que el Estado Receptor, al recibir notificación de cualquier decisión al respecto, debe instrumentar de inmediato las medidas que correspondan

Jurisdicción del Estado Receptor

1. El cumplimiento de sentencia, se sujetará a las leyes y procedimientos del Estado Receptor, incluyendo la aplicación de toda disposición relativa a la reducción del periodo de prisión por medio de libertad vigilada, libertad condicional o cualquier otra forma alternativa de prisión.

2. Ninguna pena de prisión será ejecutada por el Estado Receptor, de tal modo que prolongue la duración de la pena más allá de la fecha en que quedaría cumplida, de acuerdo con la sentencia del Estado Trasladante.

3. Las autoridades coordinadoras o ejecutoras designadas por los Estados Partes, podrán intercambiar informes sobre la situación que guarda la ejecución de las sentencias de todas las personas trasladadas conforme al Tratado, incluyendo, en particular, los relativos a beneficios al sentenciado, de acuerdo con la legislación interna de cada Parte. Asimismo, las Partes podrán solicitar, en todo momento, un informe especial sobre la situación que guarde la ejecución de una sentencia individual.

4. Un sentenciado que haya sido trasladado para la ejecución de una sentencia conforme al Tratado, no podrá ser detenido, procesado ni sentenciado en el Estado Receptor por el mismo delito

que motivó la sentencia a ser ejecutada, ni tampoco se podrá convertir la pena en una sanción pecuniaria. El Estado Receptor no ejecutará acción penal en contra del sentenciado por cualquier delito respecto del cual el ejercicio de la acción penal no sería posible, conforme a las leyes de ese Estado.

5. El que un sentenciado haya sido trasladado conforme a lo establecido en un Tratado, no afectará sus derechos civiles en el Estado Receptor, más allá de lo que pudiera afectarlo, conforme a las leyes del Estado Receptor, por el hecho mismo de haber sido objeto de una condena en el Estado Trasladante.

Aplicación del Tratado en casos especiales

1. El Tratado también podrá aplicarse a personas sujetas a vigilancia u otras medidas, de acuerdo con las leyes de cualquiera de las Partes relacionadas con infractores menores de edad, siempre que se demuestre la conveniencia del traslado para fines de readaptación. Para el traslado deberá obtenerse el consentimiento de quien esté legalmente facultado para otorgarlo.

2. Si así lo acordaren las Partes y a efecto de su tratamiento en el Estado Receptor, el Tratado podrá aplicarse a personas a las cuales la autoridad competente hubiera declarado inimputables. Las Partes acordarán, de conformidad con su derecho interno, el tipo de tratamiento a dar a las personas trasladadas. Para el traslado deberá obtenerse el consentimiento de quien legalmente esté facultado para otorgarlo.

3. Por acuerdo especial entre las Partes y por razones humanitarias, los sentenciados de quienes se haya comprobado plenamente que sufren una enfermedad que se encuentre en fase terminal, o sean de edad muy avanzada, podrán ser trasladados para su tratamiento a instituciones del país de su nacionalidad.

4. Ninguna disposición de los Tratados se interpretará en el sentido de limitar la facultad que las Partes pueden tener para conceder o negar el traslado del reo.

Tránsito

Si el sentenciado, al ser trasladado, tuviera que atravesar el territorio de un tercer Estado, éste deberá ser notificado mediante envío de la resolución que concedió el traslado por el Estado bajo cuya custodia se efectuará el mismo. En tales casos, el Estado de Tránsito podrá o no otorgar su consentimiento al paso del sentenciado por su territorio.

Cuando el tercer Estado sea parte de la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Sentencias Penales en el Extranjero, adoptada en Managua, Nicaragua, el 9 de junio de 1993, y que no haya formulado una reserva al respecto, no será necesaria la notificación cuando se haga uso de los medios de transporte aéreo y no se haya previsto ningún aterrizaje en el territorio del país de tránsito que se vaya a sobrevolar.

Adecuación al derecho interno

Las Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias y establecer los procedimientos administrativos adecuados para el cumplimiento de los propósitos de los Tratados.

Aplicación

Los Tratados pueden ser aplicables para el cumplimiento de sentencias dictadas con anterioridad o con posterioridad a su entrada en vigor, siempre que favorezca al sentenciado.

CONCLUSIONES

- 1.- Los tratados internacionales, forman parte de la jerarquía normativa de nuestro país.
- 2.- Dichos tratados, en el caso, los celebrados en materia de ejecución de sentencias penales por nuestro país, son una herramienta legal útil que deben invocar los Defensores Públicos Federales del Instituto Federal de Defensoría Pública, específicamente los adscritos a Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito, en apoyo de la defensa de sus patrocinados, conforme lo disponen las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de nuestro Instituto.

- 3.- Existe obligación de las autoridades coordinadoras o ejecutoras designadas por los Estados firmantes del tratado respectivo, de informar a los sentenciados de que se trate, sobre la existencia y posibilidad de aplicación de los tratados celebrados, así como de las consecuencias jurídicas que traería el traslado del mismo al Estado Receptor.
- 4.- El traslado del sentenciado al Estado Receptor sólo procede a voluntad expresa y por escrito del mismo, previa autorización de los Estados involucrados en el tratado conducente.
- 5.- Es factible que el traslado del sentenciado a su país de origen, coadyuve a su rehabilitación social, atendiendo a los vínculos familiares, sociales o de otra índole que tenga en el Estado Receptor.

La prueba circunstancial y sus implicaciones en el proceso penal federal

Ulises López Aguilar
Defensor Público Federal

Hablar en el foro del principio de presunción de inocencia, prueba indiciaria y carga probatoria en el proceso penal federal, es como dar por sentado que son elementos que en la vida jurídica se aplican ordinariamente; tal percepción es engañosa, cuando advertimos que en la praxis judicial, no existe criterio uniforme por parte de todos los órganos jurisdiccionales, en su aplicación.

Lo anterior llevó al exponente a realizar un estudio sistemático, de la forma en que opera el principio de presunción de inocencia, su vinculación con la prueba de indicios que se prevé en el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, y la obligación constitucional, por parte del agente del ministerio público federal de comprobar la culpabilidad del indiciado.

Con respecto al principio de presunción de inocencia, se advierte que es uno de los principios por los cuales la humanidad ha luchado, y se refleja claramente en los instrumentos internacionales, respecto de los cuales el Estado Mexicano ha suscrito por conducto del Presidente de la República y ratificado por el Senado.

Partiendo del contenido del artículo 133 de la Constitución Federal, el cual expresa: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a

dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

En ese contexto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el principio de Supremacía Constitucional, en relación a los tratados internacionales suscritos por México, en el sentido de que éstos se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y por debajo de nuestra ley suprema, tal criterio se encuentra visible en la Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: X, noviembre de 1999. Tesis: P. LXXVII/99, página: 46.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de

que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

En ese orden de ideas, resulta importante señalar que México suscribió dos instrumentos internacionales denominados “CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el siete de

mayo de 1981, cuyo artículo 8.2 dispone: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, que en su artículo 14. 2 establece: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Por su parte el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto emitió la tesis aislada visible en la Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XVI, agosto de 2002. Tesis: P. XXXV/2002, página: 14

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el

cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Partiendo de dichas bases, se afirma que los tribunales judiciales del país, están obligados inexorablemente a observar el cumplimiento de tal principio, cuando un inculcado se encuentra sujeto a un proceso jurisdiccional; lo anterior obliga a reflexionar, a quien le incumbe acreditar la culpabilidad de un procesado, tal respuesta es simple, en virtud de que se trata de un derecho fundamental plenamente reconocido; la carga probatoria “siempre” será para el órgano constitucionalmente facultado para perseguir los delitos, esto es, a la Procuraduría General de la República, por conducto de la institución de la figura del ministerio público federal.

Tal obligación procesal se desprende sistemáticamente de nuestro marco constitucional y legal, postulado en los artículos 21 y 102 de la Constitución Federal, en relación al 2, fracción II, y 136, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, puntualizando, resulta importante reflexionar “cómo se desvirtúa el principio de presunción de inocencia que re-

conoce implícita y expresamente nuestro derecho positivo”. La respuesta es simple, cuando el agente del ministerio público de la Federación, integra la prueba indiciaria a que alude el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, al recabar las pruebas durante la indagatoria. Sin embargo, tal integración no es sencilla, por su misma naturaleza, su aplicación es sumamente técnica y complicada, motivo por el cual, no existe jurisprudencia, que precise la reglas que se deben observar, para su exacta aplicación.

Lo anterior, llevó al suscrito a realizar una búsqueda minuciosa de autores, tesis aisladas y jurisprudencias, pero sobre todo en el estudio realizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, respecto del cual me adhiero a su exhaustivo estudio sistemático, tocante a la forma de operar esta prueba artificial, conocida como circunstancial, indiciaria o prueba de indicios, tales reglas a saber son:

1.-Respetar las reglas de la lógica y las formalidades. Con respecto a esta primera regla es de precisar que el sistema de valoración que impera en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, respecto de esta prueba, se rige por el sistema libre de apreciación, pero tal apreciación no significa que se realice caprichosa o arbitrariamente, por ello, es obligación de quien juzga, evaluar, pesar, examinar, comprobar, confirmar y demostrar que con las pruebas reunidas llega por lógica y con razonamientos verdaderos a su convencimiento; ro-bustece a lo anterior las tesis emitidas en:

“Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: VII, abril de 1991. Tesis: página: 222.

PRUEBAS CIRCUNSTANCIAL Y DIRECTA, DIFERENCIAS ENTRE LAS. La prueba circunstancial es diversa de la directa, pues en tanto que en ésta debe satisfacerse los diversos requisitos que fija la ley, para que merezca la eficacia demostrativa; en la prueba circunstancial el juzgador debe calificar hechos de distintas fuentes, que valorados sin infringir las leyes de la lógica y la razón, conduzcan a establecer la verdad que se busca conforme a un proceso ordinario y natural de las cosas;

que no lleve a suponer que otra persona distinta del enjuiciado fue quien realizó el hecho criminoso. Por esas razones, la responsable no podía analizar y razonar las pruebas directas como indicios, sino únicamente estudiar si en ellas se reunieron los requisitos que la propia ley establece para su estimación”.

“Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: Segunda Parte, LXXIX. Tesis: página: 34.

PRUEBA INDICIARIA, EFICACIA DE LA. Si de los indicios que se desprenden del proceso éstos se concatenan en forma natural y lógica, para llegar de la verdad conocida a la desconocida, esto es, a la convicción de la responsabilidad penal del reclamante, ajustándose a las disposiciones legales que regulan la apreciación de las pruebas, sin alterar los hechos, ni vulnerar los principios de la lógica, la sentencia no es violatoria de garantías.

“Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: Segunda Parte, LXXII. Tesis. página: 32.

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. Cuando el Juez natural ha relacionado entre sí indicios bastantes, derivados de hechos demostrados, para llegar a la conclusión de que un acusado es responsable del delito que se le imputa, el amparo sólo es procedente si se infringen los principios reguladores de la prueba, se alteren los hechos o se viole alguno de los principios fundamentales de la lógica.

2.-Todo indicio debe conducir a la certeza, esta regla indica que todo indicio debe tener un valor probatorio que arroje certeza razonable, sin posibilidad de error, al respecto se observan las tesis emitidas en:

“Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: CXXVIII. Tesis: página: 370.

PRUEBA PRESUNCIONAL. Cuando el conjunto de indicios no constituyen prueba plena, debe absolverse por tratarse de un caso de duda, ya que la seguridad jurídica, impone que la sentencia condenatoria tan sólo podrá dictarse cuando hay prueba plena”.

“Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: L Tesis: página: 13.

PRUEBA PRESUNTIVA EN MATERIA PENAL. La facultad que la ley concede al juzgador, para apreciar la prueba presuntiva no debe ejercitarse arbitrariamente, sino de una manera mesurada, reflexiva y juiciosa, para que no exista la posibilidad de condenar a un inocente. De modo que el dicho de un testigo o los de los testigos de oídas, no son bastantes para fundar la prueba presuntiva”.

“Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Segunda Parte, LVII. Tesis: Página: 56.

PRUEBA PRESUNCIONAL, INDICIOS INSUFICIENTES (CONSECUENCIAS). Si los indicios existentes son insuficientes para integrar prueba plena circunstancial, porque no conducen a la certeza de la imputación hecha, no procede una sentencia condenatoria”.

3.-La existencia de indicios concordantes, unívocos e incriminadores. Esta regla señala que los indicios deben ser concordantes, es decir, deben ensamblar entre sí de manera que produzcan un todo lógico coherente, en este sentido, cada hecho indiciario debe tomar su colocación en cuanto al tiempo, lugar, y demás circunstancias, esto es así, en razón de que los indicios constituyen hechos accesorios de un hecho principal, por lo tanto deben obedecer a la ley natural de las tres unidades, tiempo, lugar y acción, de tal suerte que cada indicio, al combinarse los otros, está obligado a tomar su lugar correspondiente, en el tiempo y en el espacio, y todos al coordinarse entre sí, cada uno según su naturaleza, según las relaciones de causa y efecto, de medio a fin, de coexistencia; por ende, en caso contrario, el desacuerdo total de indicios o la discordancia de un solo indicio, es suficiente para introducir la duda y hacer surgir la sospecha del azar o de la inexistencia.

Por ello, que las inferencias indiciarias deben ser convergentes, es decir que todas no puedan conducir a conclusiones diferentes, sino apuntar hacia la misma solución, es lo que se conoce como

univocidad de los indicios, en otros términos las deducciones o inferencias formadas de los indicios, convergen o concurren en un mismo punto, en la conclusión, con la aclaración de que no son los indicios los que convergen en la conclusión, sino las deducciones que surgen a partir de ellas, las cuales deben ser convergentes, por ende los indicios concuerdan entre sí, se acomodan los unos con los otros a efecto de constituir un hecho natural lógico y coherente; sustentan lo anteriormente expuesto las diversas tesis y jurisprudencia que se encuentran visibles y pueden ser consultables en:

“Séptima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: 205-216 Sexta Parte. Tesis: página: 263. Genealogía: Informe 1986, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 23, página 198.

INDICIOS, APRECIACION DE LOS. Aun cuando es verdad que un indicio por sí sólo puede no ser conducente para demostrar determinado hecho, no lo es menos que, la reunión de varios si son aptos para tal fin, siempre que converjan a un mismo resultado, y hagan imposible la concurrencia de todos esos datos por el mero azar o por alguna otra causa. En este caso la unidad del conjunto de los medios probatorios no se desarticula ni se rompe, en tanto que todos los indicios llevan a un mismo resultado”.

“Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: CXXIX. Tesis: página: 173.

PRUEBA INDICIARIA. Es bien sabido que para dictar una sentencia condenatoria los indicios deben de tener un carácter unívoco; y si para dictar una sentencia condenatoria se requiere prueba plena y los indicios aunque vehementes pueden ser interpretados en diferente forma, debe el juzgador concluir que no hay certeza procesal fundada y aplicar la disposición referente a la duda”.

“Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: CXXIV. Tesis: página: 1038.

PRUEBA PRESUNTIVA EN MATERIA PENAL. Los indicios

son unívocos si están enderezados en la misma dirección y no admiten interpretación en contrario, supuesto que hace inexorable la prueba circunstancial”.

“Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: CXXIV. Tesis: página: 1039.

PRUEBA PRESUNTIVA EN MATERIA PENAL. La prueba circunstancial parte del supuesto de un hecho dado, que se tiene como cierto y que se encuentra en relación con el hecho o acto sometido a prueba, y sólo cuando existe una pluralidad concordante de indicios que son unívocos, porque están enderezados en una misma dirección y, por tanto, excluyen una interpretación en contrario, sólo entonces la prueba circunstancial es suficiente para establecer la certeza jurídica respecto de un hecho constitutivo de delito o acerca de la identificación del culpable, pero no cuando el efecto dañoso puede ser atribuido no sólo a una, sino también a otra persona”.

“Séptima Época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: 30 Séptima Parte. Tesis: página: 39. Genealogía: Informe 1971, Tercera Parte, Sala Auxiliar, página 69.

PRUEBA PRESUNTIVA. Es cierto que a través de indicios se puede constituir prueba plena, pero deben tener carácter unívoco, ello es, su significación debe ser tal que no puedan interpretarse sino en la dirección de responsabilidad indiscutible; así entonces, lo afirmado como probable en la sentencia, no basta para que ella sea condenatoria; un gran número de indicios equívocos, no constituye sino esos, pero en ninguna forma deberá llevar a la convicción de la autoría indiscutible de un hecho”.

“Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: Segunda Parte, LXXIX. Tesis: página: 34.

PRUEBA INDICIARIA INSUFICIENTE. La sentencia condenatoria debe tener como base la certeza del hecho y de la participación del acusado, y si el cuadro procesal está formado en relación con la responsabilidad por indicios equívocos, lo

más que puede afirmarse es que existe probabilidad, pero no certeza, de la participación y, en consecuencia, no hay base legal para dictar un fallo condenatorio”.

“Novena Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: IV, agosto de 1996. Tesis: XII.2o. J/5. página: 560.

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, INTEGRACIÓN DE LA. Si bien la prueba circunstancial surge de la apreciación en su conjunto de los indicios obtenidos, mediante el enlace de unos con otros para obtener una verdad resultante, no debe olvidarse que su concatenación legal exige como condición lógica en cada indicio, en cada signo, un determinado papel incriminador, para evitar el incurrir en un grave error judicial, al articularse falsos indicios para pretender construir la prueba de la responsabilidad”.

4.-Que no existan contra indicios. Esta regla estriba en que no todos los indicios son unívocos de incriminación, sino por el contrario, existen a su vez los llamados contra indicios, que se orientan a infirmar esa dirección incriminatoria, estos indicios también deben de ser valorados por el juzgador, debiendo analizarlos y contraponiéndolos, esto es, analizar los motivos que pudieran debilitar o anular la conclusión obtenida, por otros indicios que arrojen una hipótesis distinta que contraríe o infirme el valor de la conclusión; al respecto cobra aplicación la tesis emitida en la Novena Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: III, abril de 1996. Tesis: VI.3o.18 P, página: 440.

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. NO PUEDE INTEGRARSE PARA CONSIDERAR DEMOSTRADA EN FORMA PLENA LA MATERIALIDAD DEL ILÍCITO, SI EXISTEN UNA SERIE DE INDICIOS QUE NO FAVORECEN AL ACUSADO, Y OTROS QUE LO BENEFICIAN. (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). El tratadista Carlos Hidalgo Riestra, en su obra Derecho Procesal Mexicano, Primera

Edición 1986, Guadalajara, Jalisco, México, opina que: “la prueba circunstancial se funda en la demostración de los indicios que por su íntima relación, llevan al juzgador a la certeza de un hecho que desconoce; esto es, que mediante un proceso de orden intelectual, establece una relación entre lo que conoce (indicios) y lo que desconoce (la verdad histórica buscada en el proceso) y ello le basta para absolver o condenar y en su caso para aplicar las penas en la medida que señala la ley”. De lo anterior se llega al conocimiento de que la prueba circunstancial es apta tanto para absolver como para condenar al acusado. Ahora bien, el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales estatuye: “Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que existe entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena”. Esto significa que para que la prueba circunstancial pueda tener pleno valor acreditativo, deben existir una serie de indicios que de manera lógica permitan inferir la comisión del evento delictivo. Sentado lo anterior, es conveniente formular la siguiente reflexión: Hay casos en los que si bien existen ciertos indicios que pudieran presumir la comisión de un delito, en contrapartida, existen otros que pudieran determinar que el ilícito no se perpetró. Esta situación puede provocar una duda razonable sobre la realización del hecho delictivo. Ahora bien, si existen tanto una serie de indicios que no favorecen al acusado, como otros que le benefician, y unos y otros tienen más o menos el mismo valor convictivo, resulta evidente que no puede integrarse la prueba circunstancial para considerar demostrada en forma plena la materialidad del ilícito. Lo anterior es axiomático: si hay duda sobre la comisión de un ilícito es obvio que no puede estimarse plenamente probado el tipo delictivo.

5.-Que los indicios aparte de estar plenamente probados deben ser constantes. Esta regla precisa que los indicios no sólo estén pro-

bados, sino que cada hecho indiciario debe estar plenamente probado, como una verdad indiscutible en los autos. Por ende la fuerza probatoria de los indicios además de su convergencia, se deriva de su constancia, de lo que sucede en forma ordinaria, natural y lógica; lo ordinario constituye la base lógica de los indicios, y consiste en el vínculo que media en el mayor número de casos entre el hecho indicador y el hecho indicado; cuanto más intenso es lo ordinario de que se parte en el raciocinio del indicio, tanto mayor es su valor probatorio, esto quiere decir que la fuerza probatoria del indicio está en razón directa de la frecuencia del acontecimiento indicado, y en razón inversa de la multiplicidad o frecuencia de los acontecimientos contrarios.

Lo que se opone al modo ordinario de las cosas es que varios hechos se encuentran relacionados en forma extraordinaria, lo que hace suponer un completo trastorno del orden natural del mundo, todo lo cual está contradicho por la experiencia y repugna a la conciencia; lo extraordinario es lo raro, lo que no se acepta fácilmente, por tanto surge la posibilidad de no admitirlos, de no creer en ellos, por ello, los indicios además de ser convergentes deben ser constantes aumentando la probabilidad de la certeza, en consecuencia se amplía la fuerza probatoria.

Por lo tanto, al no existir conexión lógica entre el indicio y el hecho que se investiga, tal indicio no puede tener el carácter de indicio probatorio, porque ninguna significación probatoria puede tener respecto del hecho inquirido; por ello, la posibilidad del azar existe siempre en los indicios contingentes, por lo cual se presentan como aparentes, pero se descartan si no se relacionan con el hecho desconocido, atento a lo anterior entre mayor sea el número de indicios contingentes, mayor será la posibilidad de que la conclusión sea producto del azar o de la falsificación; que deviene de la existencia de una prueba directa como la testimonial, al respecto cobra actualización a lo anterior la tesis emitida en la:

“Séptima Época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: 205-216, Séptima Parte. Tesis: página: 373

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, VALORACIÓN DE LA. La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de los indicios, y tiene, como punto de partida, hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es ya un dato por complementar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado”.

“Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: 82, Segunda Parte. Tesis. página 37.

PRUEBA INDICIARIA. Todo hecho, para que pueda constituir indicio, debe estar plenamente probado e íntimamente relacionado con el hecho principal que se pretende probar; en tales condiciones, es errónea la apreciación de los inculpadados si sostienen que el haber coincidido en que fueron coaccionados y el haber sostenido esa versión al ser careados, constituyen otros tantos indicios aptos para comprobar su afirmación en ese mismo sentido, es decir, su afirmación de que fueron coaccionados para que declararan en la forma en que lo hicieron ante el Ministerio Público; pues obviamente, el afirmar y sostener un hecho, no puede constituir de ninguna manera indicio probatorio de ese mismo hecho, habida cuenta de que nadie puede constituir prueba en su favor, con su sólo dicho”.

6.-Que sean varios indicios y no un solo indicio aislado. Tal regla exige que de las pruebas emerjan pluralidad de indicios y no un solo indicio, con las características ya precisadas, robustece a lo anterior la tesis emitida en la:

“Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: CXXI. página: 475.

PRUEBA PRESUNTIVA EN MATERIA PENAL. La prueba indiciaria, según lo hace notar Bentham en su “Tratado de la prueba”, se funda “en el encadenamiento de las causas y de los efectos, y que los diversos hechos y circunstancias deben con-

currir conjuntamente a demostrar el hecho sujeto a prueba”, y por otra parte la pluralidad de indicios exigida en otro tiempo, no logra su alcance sino cuando se encuentra en la misma dirección, pues su número no consigue su valor sino por la concordancia”, y, por su lado ello establece como principio que si varios indicios se relacionan con una sola causa, su concurso vale como indicio necesario; porque indica así, necesariamente, el hecho en cuestión, por eso la prueba indiciaria es perfecta cuando los indicios señalan necesariamente el hecho, como causa de cuanto se ha manifestado”.

7.-Que las pruebas allegadas al proceso no tengan vicios procesales. Esta regla implica que la prueba de la cual emerge el indicio debe someterse a las mismas normas procesales que la regulan, por ello, rige el principio de exclusión de la prueba prohibida, la exigencia de que el medio de prueba se haya practicado con respecto a todas las garantías y requisitos procesales; ya que en el supuesto contrario el indicio que se desprenda de una prueba ilegal, por vicios procesales, no debe ser considerado como fundamento de la inferencia indiciaria alguna y por lo mismo no dará lugar a una conclusión válida; al respecto existe la tesis emitida en:

“Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: CXX. Tesis: página: 462.

PRUEBA INDICIARIA, VALOR DE LA. La prueba indiciaria es una prueba indirecta, porque se establece la valoración jurídica de indicios que, dado su enlace natural y necesario conducen a establecer, bien la certeza del delito, la culpabilidad jurídico penal del agente o la identificación del culpable. No siempre existe para el juzgador prueba directa de la que pueda establecerse el reproche del acto injusto del imputado, como podría serlo la confesión de reconocimiento de actos propios; pero ello no significa que no pueda establecerla mediante un juicio lógico al valorar los diversos indicios que se desprenden de las pruebas que obran en el proceso penal, cuando su valor probatorio no adolezca de vicios procesales”.

8.-Que entre la pluralidad de indicios exista un enlace lógico y natural, sin ficciones ni conjeturas, y a través de un silogismo. Esta regla precisa, que entre el hecho plenamente probado y el hecho a probar exista una relación lógica e inmediata; cuando la ley señala que esa relación debe ser lógica, quiere decir que debe surgir de la realidad y no de la imaginación o de la arbitrariedad, o sea que la relación entre el hecho base y el presunto ha de tener un fundamento real, objetivo, independiente del sujeto que lo piensa, esto es, es requisito imprescindible que entre el indicio (hecho base) y la inferencia indiciaria (hecho consecuencia), exista un enlace preciso directo que se ajuste a las reglas de la lógica(realidad) y a las máximas de experiencia (reglas de la vida); porque de la experiencia se puede aprender que los diversos fenómenos físicos del mundo externo están acordes entre sí, de tal modo que la conclusión a la que se llega constituye lo ordinario, en esta regla del común modo de ser y de obrar de las cosas cobra aplicación la tesis emitida en la:

“Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: 85, Segunda Parte. Tesis. página 62.

PRUEBA INDICIARIA, VALORACIÓN DE LA. Desde el punto de vista de la sana crítica como régimen de la valoración de las pruebas, se concluye que mientras éstas no sean unívocas y articuladas, no puede afirmarse la comprobación de la responsabilidad del inculpado, pues las conjeturas con que se le condena, en ninguna forma pueden constituir la prueba indiciaria adecuada, pues ésta entraña la presencia de una serie de situaciones que estén íntegramente entrelazadas”.

“Séptima Época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: 103-108, Séptima Parte. Tesis: página: 127. Genealogía. Informe 1977, Segunda Parte, Sala Auxiliar, tesis 18, página 38.

INDICIOS. NO SON MEDIOS PROBATORIOS. Es el indicio un argumento del que se deduce la existencia de una cosa, pero de él no puede fundarse un razonamiento lógico que conduzca a la prueba, a la certeza; es una prueba abortiva que mien-

tras no pase de la fase conjetural, queda en potencia o posibilidad de realización, es una no prueba”.

“Quinta Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: XXII, página: 857.

PRESUNCIONES. La prueba de presunciones se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deducen de los hechos; los indicios o las presunciones son los medios de hacer funcionar esta prueba artificial. Un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con el hecho, que un Juez llega del uno al otro, por medio de una conclusión muy natural; por eso son menester dos hechos, uno comprobado, el otro no manifiesto aún, y que se trata de demostrar, racionando del hecho conocido al desconocido. Aplicado el indicio de los procesos criminales, es el hecho o circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal, y que da motivo para concluir que se ha cometido, quién lo ha cometido y cómo lo ha cometido. El indicio contiene, en sí mismo, un hecho diferente, si es aislado, pero que al momento adquiere gran importancia, cuando el Juez ve que tiene conexión con otro; éste, a su vez, así descubierto, llama, durante el curso de la información, la atención de la justicia, sobre tal individuo que, sin tal coincidencia, pasaría desapercibido, y contribuye a afirmar poderosamente las probabilidades de la acriminación; entonces el Juez tiene por guía las leyes naturales, manifestadas y garantizadas por la experiencia y el buen sentido, pero no pueden considerarse indicios las simples opiniones o conjeturas de quienes, por cualquier concepto, declaran en el proceso”.

Tales precisiones, permiten concluir lo siguiente:

Primero. Como regla general, la carga probatoria de acreditar la culpabilidad de un inculcado o acusado, será siempre para el agente del ministerio público de la Federación, atendiendo al principio de presunción de inocencia.

Segundo. El principio de presunción de inocencia, se desvirtúa a través de la integración de la prueba indiciaria que prevé el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Tercero. En la integración de la prueba indiciaria, no cualquier indicio sirve, para tal finalidad, sólo aquellos que sean graves, plurales, convergentes, concordantes, unívocos e incriminatorios, que permitan inferir una sola conclusión y no varias, lo que constituye un indicio de calidad necesaria.

La violación al principio de la reserva de la ley penal en el delito de ataques a las vías de comunicación

Carlos Morales Sánchez
Defensor Público Federal

*Sugiero que el más triste de los presos
tenga derecho a sábanas de seda...
De "Jugar por jugar"*

Joaquín Sabina

1. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LA LEY PENAL

El proceso penal actual es el único medio que legitima al estado para imponer la extrema pena a uno de sus miembros. Por ello el proceso debe ser, a través de las diversas garantías establecidas a favor de los justiciables, el filtro preciso y suficiente que permita la certeza de que quien recibe la respuesta del Estado, es quien ha infringido la ley penal.

Pero lo anterior no es suficiente. Se requiere además, que la ley penal (la establecedora de delitos) en cuanto constituye una de las dos hipótesis que deben comprobarse en el proceso, debe indispensablemente, ser producto de las deliberaciones de una asamblea democrática. Si no reúne el requisito de provenir del Poder Legislativo, será contraria al principio de la reserva de la ley penal.

Pero no siempre fue así. Hace mucho tiempo la justicia no era lo que es hoy. No existían reglas claras para el desarrollo del proceso penal ni normas que sustentaran las decisiones. Quien tenía el poder creaba, interpretaba, aplicaba y ejecutaba la ley como quería. Hoy resulta común que las normas aparezcan en textos escritos pero no siempre fue así. La escrituralidad de la ley, fue una de las prime-

ras conquistas ganada durante el transcurso de los años a la discrecionalidad y autoritarismo del poderoso.¹

Pero no era suficiente que la ley penal fuese escrita. Era necesario además que en su elaboración interviniera la voluntad popular. Si, como dice Beccaria, los hombres sacrifican una parte de su libertad para gozar la restante en seguridad, la participación de los ciudadanos se hace insoslayable en la construcción de la ley penal que, de manera concreta y extrema, representa la posibilidad de afectación a la libertad personal.

En la lucha porque la ley penal no fuera resultado de la actividad del soberano sino producto de la voluntad de los ciudadanos tiene demasiada importancia la Carta Magna Inglesa de 1215. Los señores feudales del rey Juan Sin Tierra, en plena Edad Media, exigieron el reconocimiento de límites al derecho penal. En la cláusula 39 se avizora no sólo la semilla de lo que ahora conocemos como los principios de legalidad y de reserva de la ley penal sino también el primer paso hacia la descentralización del Poder Judicial: “Que ningún hombre libre sea detenido o apresado o confiscado sus bienes o desterrado o destruido en cualquier forma, ni pondremos, ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra”.

En otro gran momento de la lucha por la humanización del derecho penal, César Beccaria, en su obra *De los Delitos y las Penas*, explicó por qué la ley penal sólo puede provenir de la actividad legislativa: sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social.²

Tiempo después, las ideas del maestro de Milán, unidas a las de Voltaire, Diderot, Rousseau, D’Alembert y Montesquieu anidaron en la Revolución Francesa. Se ha dicho que siglos enteros de absolutismo cayeron en pocos días a manos de los revolucionarios fran-

¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Porrúa, sin edición, 1999, página 10.

² Beccaria, César, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Nueva Traducción, Editorial Porrúa, Décima Tercera edición Facsimilar, México 2003, página 12.

ceses. En la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789, se consagraron entre otros, los principios de legalidad y de la reserva de la ley penal: “ningún hombre puede ser acusado, encarcelado ni detenido sino en los casos determinados por la Ley y según las formas en ella prescritas.” Para que no quedara duda sobre quien debería elaborar la ley se estableció que todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente o a través de sus representantes, en su formación.

En la Declaración, que es referencia obligada en el estudio de los derechos humanos, se previó además el principio de la separación de poderes: para su correcto ejercicio la función estatal debe dividirse en los tres poderes propios de los estados modernos. En la idea de la separación de poderes no sólo se contiene una regla para la organización del gobierno, subyace además de manera implícita, la idea de la búsqueda de la justicia. Quienes propusieron la separación de poderes sabían de la dureza del absolutismo. Sabían los revolucionarios franceses que era necesario poner un freno a la arbitrariedad del monarca; que las leyes deberían ser creadas por ciudadanos que representen al pueblo constituidos en el Poder Legislativo y para no torcer su sentido, otro poder, el judicial, debería ser quien aplique las normas, finalmente, otro diverso (el ejecutivo) debería ejecutar la ley.

El espíritu de la Revolución Francesa se extendió por los confines del mundo. Estados Unidos se alimentó y retroalimentó tal espíritu. Los independentistas de las provincias del imperio español encontraron en la Declaración el basamento ideológico para su lucha de independencia. Hidalgo, Morelos, San Martín, Bolívar, Sucre y Louverture, habían abrevado el conocimiento de la revolución gala y leído además, a Tocqueville. Por eso no resulta extraño que muchos de los principios contenidos en la Declaración aparecieron en las demandas de los insurgentes del Nuevo Mundo.

Así llegó a nuestro país, con otros, el principio de reserva de la ley penal que se traduce en el hecho de que exclusivamente el legislativo, en tanto que es una asamblea democrática y representativa, puede elaborar la ley penal.

Respecto de las razones que sustentan al principio de la reserva de la ley penal, resulta importante señalar, como lo afirma Jorge Vásquez Rossi, que el funcionamiento de lo penal responde a un mayor grado de representatividad de los intereses comunes y es necesario que, por ende, cuente con una legitimidad que hunda sus raíces en el sistema democrático, entendiéndose por tal no sólo el cumplimiento de ciertas reglas de juego electivas (que constituyen un mínimo necesario, aunque no suficiente) sino que avance hacia un contenido material de la democracia: de esto se deduce que, en primer lugar, las figuras penales surjan de la ley en sentido estricto, es decir, de disposiciones generales sancionadas por el parlamento de acuerdo con los procedimientos establecidos para el caso y luego de consideraciones que respondan a un verdadero debate sobre la necesidad y características de la infracción punible. Y en segundo lugar, que en el supuesto se trate de la protección mediante la pertinente descripción de conductas, de bienes jurídicamente protegidos que razonablemente se entiendan fundamentales para su coexistencia.³

En el mismo sentido, Luis Jiménez de Asúa, al definir el principio de la reserva de la ley penal, afirma:

“La única fuente productora del derecho penal es la Ley. Tomada ésta en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones”.⁴

2. EL CASO ÁNGEL PACHECO BAUTISTA

El 26 de enero de este año, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el juicio de amparo en revisión 703/2004 promovido por Ángel Pacheco Bautista⁵ declaró que es in-

³ Vásquez Rossi, Jorge E. *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1, Conceptos Generales, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, sin edición, 1995, página 24.

⁴ Jiménez de Asúa Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, Oxford, página 54, sin edición, México 2000.

⁵ Tengo la autorización de mi defendido Ángel Pacheco Bautista para mencionar su nombre y dar a conocer los hechos.

constitucional, —por violar el principio de la reserva de la ley penal— el delito de ataques a las vías de comunicación previsto en el artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal.

Esto, que pasó desapercibido para los medios de comunicación —inmersos en esas fechas en el litigio jurídico-político contra el jefe de gobierno del Distrito Federal y las controversias por el Presupuesto de Egresos— resulta muy importante para el ejercicio de la defensa penal y, en última instancia, para la conformación del estado de justicia en el que aspiramos a vivir. Fue la primera vez que la Corte, se pronunció de manera expresa sobre el principio de reserva de la ley penal. Este pronunciamiento constituye la piedra de toque que impedirá la intromisión del ejecutivo en materias de criminalización. Si este criterio persiste nunca más un ciudadano de este país podrá ser condenado por un delito en cuyos elementos está contenida de manera encubierta la voluntad del ejecutivo. La defensa pública tiene en este criterio una novedosa perspectiva para el ejercicio institucional.

Los hechos.

1.- El día 1 de mayo de 2003, Ángel Pacheco Bautista, conducía un vehículo de recolección de basura del municipio de Oaxaca de Juárez. Al circular sobre la calzada Símbolos Patrios sin las precauciones debidas dio vuelta en “U”. Un vehículo sedán se impactó en su lado derecho. Fue detenido y llevado ante el agente del Ministerio Público Federal. Se inició la averiguación previa por los delitos de lesiones, daño en propiedad ajena y ataques a las vías de comunicación. El perito médico determinó que el indiciado se encontraba ebrio. Después de pagar los daños fue perdonado por los dos primeros ilícitos.

El reporte del elemento de la Policía Federal Preventiva determinó que las infracciones cometidas fueron “no ceder el paso en la vía principal, falta de placas, falta de tarjeta de circulación, falta de licencia para conducir y manejar en estado de ebriedad. Artículos 79, 80 y 93 del Reglamento de Tránsito en Carreteras Federales.

Practicadas las diligencias, el agente del Ministerio Público ejer-

citó la acción penal. El juzgado Octavo de Distrito en la ciudad de Oaxaca recibió la consignación. El juez de los autos, en el proceso penal 33/2003, dictó a Ángel Pacheco Bautista el auto de formal prisión por el delito de ataques a las vías de comunicación previsto en el artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal.

Conviene transcribir aquí el artículo citado:

ARTÍCULO 171.- Se impondrán prisión hasta de seis meses, multa hasta de cien pesos y suspensión o pérdida del derecho a usar la licencia de manejar:

I.- (DEROGADA, D.O.F. 30 DE DICIEMBRE DE 1991)

II.- Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor, independientemente de la sanción que le corresponda si causa daño a las personas o las cosas.

3. LAS CRÍTICAS AL ARTÍCULO 171, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Con anterioridad al pronunciamiento del más Alto Tribunal numerosas voces se habían manifestado a favor de erradicar la conducta aludida del Código Penal Federal. Se decía que era necesario *destipificarlo*, porque es un delito que algún sector de la doctrina llama *de bagatela*. Ante la conducta que es mínima, el derecho penal con toda su implícita dureza resulta un instrumento desproporcionado para prevenirlo.

Quien comete el delito por primera vez, puede válidamente recibir como respuesta del Estado en vía de punición tres días de prisión ya que la norma prevé de tres días a seis meses de prisión. Ésta a su vez, en términos del artículo 70 del Código Penal Federal, puede ser sustituida por multa de tres días de salario mínimo. Al final, después de un complicado proceso (que implica presentaciones periódicas del procesado, actividad de la defensa y ministerial, utilización de recursos humanos y materiales) todo se resuelve con menos de ciento cincuenta pesos de multa substitutiva y cien pesos de multa

directa y con la suspensión de la licencia de manejador.⁶

Además, la existencia de ese delito no es sostenible a la luz de los principios del derecho penal mínimo ni del que sostiene que el derecho penal es la *última ratio*. Luigi Ferrajoli, uno de los principales sostenedores de la necesidad de reducir la intervención penal al mínimo para reforzar su fiabilidad y legitimidad, aporta una explicación que resulta completamente aplicable por ilustrativa: puede decirse, en otras palabras, que ningún bien fundamental hasta el punto de justificar la tutela penal puede ser monetarizado, de modo que la previsión mínima de delitos sancionados con penas pecuniarias evidencia o un defecto de punición, (si el bien protegido es considerado fundamental) o más frecuentemente, un exceso de prohibición (si tal bien no es fundamental).⁷

El profesor de la Universidad de Camerino va más allá al proponer con referencia al segundo principio, qué tipos de delitos deben ser excluidos del Código Penal.

Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a

⁶ En el Congreso Nacional de Jueces de Distrito celebrado durante los días 6, 7, 8, y 9 de octubre de 1999, el juez Amado Chiñas Fuentes planteó la necesidad de despenalizar tal delito con base en razonamientos similares a los que aquí he expuesto: “Como en estos casos el proceso se traduce finalmente en sancionar las conductas de ataques a las vías de comunicación con una multa, que no necesariamente puede ser impuesta por la autoridad judicial, sino que también podría ser impuesta por la autoridad administrativa, tal como se imponen las infracciones a los reglamentos de tránsito y circulación en carreteras federales, con respeto de la garantía constitucional de audiencia, se propone destipificar las conductas de que se trata, con lo cual evidentemente se disminuiría la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales que actualmente conocen de ellas, (en primera y segunda instancia tanto de autos de formal prisión como de sentencias definitivas), e incluso de autoridades que actúan en auxilio de la justicia federal. En el juzgado proponente se tramitaron ciento setenta y cuatro causas penales, durante el año próximo pasado, aparte de diligenciar las comunicaciones oficiales (exhortos, despachos y requisitorias). E igualmente se beneficiaría a los inculcados en tal delito, evitando su sujeción a la formal prisión, presentaciones quincenales o mensuales, pago de honorarios de abogados, antecedentes penales, traslados en caso de tener su domicilio fuera de la residencia del tribunal, caucionar su libertad provisional (el delito no es considerado como grave), toda vez que al final del proceso, salvo los casos de absolución, este culmina con el pago de una multa sustituida. Consejo de la Judicatura Federal, *Memoria del Congreso Nacional de Jueces de Distrito*, México 1999, primera edición, páginas 325 y 326.

⁷ Ferrajoli Luis, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trota, Quinta Edición, Madrid 2001, página 477.

la del ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales, o los que son, sólo en abstracto, presuntamente peligrosos, evitando así la estafa de etiquetas.⁸

Además, el referido delito no se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que prescribe que en la elaboración de los tipos penales los Estados deben tener presente el principio de legalidad penal, es decir: una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.⁹

Las consideraciones anteriores son suficientes para apreciar que el delito de ataques a las vías de comunicación causa afectación a los principios del *derecho penal mínimo* y del derecho penal como la *última ratio*. Sin embargo, como estos principios no están reconocidos constitucionalmente no son reclamables a través del juicio de amparo, ya que solamente constituyen principios que el legislador debe tomar en cuenta al momento de redactar la ley penal, fue necesario entonces, buscar argumentos relativos a la violación de los principios de la exacta aplicación y reserva de la ley penal.

4. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

En la demanda de amparo promovida por Ángel Pacheco Bautista, el día 13 de junio de 2003, que dio lugar al juicio de amparo número 685/2003 del índice del juzgado tercero de Distrito en el Estado de Oaxaca, se plantearon tres conceptos de violación, dos desde el aspecto constitucional y el restante de tipo procesal.

a) En el primer concepto se dijo básicamente que el texto del

⁸ Ferrajoli Luis, *Op. Cit.* página 479.

⁹ Caso Castillo Petrucci y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, número 52, párrafo 119.

artículo 171, fracción II, viola el principio de reserva de la ley penal al hacer la remisión a un reglamento administrativo que es producto de la actividad legislativa del poder ejecutivo.

Esencialmente se indicó que:

El derecho penal, a diferencia de otras ramas del derecho se rige por el principio de la exacta aplicación de la ley penal, que exige, para la imposición de una pena, que tanto ésta como el delito se encuentren previstos en una ley, la cual debe ser exactamente aplicable al hecho de que se trata. El principio también es conocido como de la reserva de la ley, porque es de competencia estricta y exclusiva de la ley calificar qué conductas han de perseguirse penalmente y las penas que han de imponerse. Pero no sólo los actos de aplicación de las normas deben circunscribirse a esa garantía; el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la garantía “no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito de la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República”.¹⁰

También se señaló que la descripción típica exige para su concreción de los siguientes elementos: un sujeto activo que realiza la conducta (al que); un elemento normativo alternativo que comparte características de una referencia de ocasión (en estado de ebbie-

¹⁰ Tesis P IX/95. Amparo directo en revisión 670/93. Reynaldo Alvaro Pérez Tijerina. 16 de marzo de 1995. Mayoría de siete votos. Ponente Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Carenzo Rivas.

dad o bajo el influjo de algún enervante); la actividad (cometer una infracción a los reglamentos de tránsito y circulación) y un elemento descriptivo (al manejar vehículos de motor).

Se explicó que es precisamente la remisión de la norma penal al reglamento producto de la actividad del Poder Ejecutivo, lo que constituye el no acatamiento de la garantía porque la creación de los delitos y las penas, por mandato del artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es competencia exclusiva del Legislativo. No basta que el activo conduzca un vehículo de motor en estado de ebriedad para la configuración del delito, se requiere además se cometa una infracción a los reglamentos de Tránsito y circulación.

Se indicó que al hacer la remisión a la norma administrativa, el legislador amplificó el tipo y creó un tipo penal abierto complementado por un reglamento administrativo. Se explicó que las normas penales en blanco, tienen como principal característica la necesidad de complemento y que estas normas no se encuentran prohibidas en nuestro sistema penal. A veces son necesarias por la economía que implican en el trabajo legislativo. Tratándose de delitos Contra la Salud, en el artículo 193 del Código Penal Federal, para efecto de indicar el catálogo de estupefacientes, el legislador hace una remisión a la Ley General de Salud, y consigue con ello, no incluir en el Código Penal el catálogo de estupefacientes.

La gravedad del caso es que el artículo 171, fracción II, radica en que el complemento de la norma penal se encuentra en un reglamento, es decir, en un ordenamiento producto de la actividad legislativa material del ejecutivo. Tal actividad resulta inconstitucional porque el Congreso, es el único facultado para la creación de las normas penales, dado que no se está en la hipótesis de suspensión de garantías previstas en el artículo 29, circunstancias, en las que se permite, excepcionalmente, al Ejecutivo legislar. Los reglamentos no pueden ser equiparados a una ley aún cuando compartan con ésta aspectos como la generalidad, la bilateralidad y la coercitividad.

Se citó la tesis SALUD. DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS (DIAZEPAM), en la que la Primera Sala de la Suprema Corte estableció el criterio de que es violatoria la sentencia por el delito contra la salud en la modalidad de posesión psicotrópicos “Qual”, porque esta sustancia no está prevista en la ley sino en una publicación oficial que no reúne los requisitos para ello.

Finalmente, se indicó que si se admite la posibilidad de que el ejecutivo legisle implicaría un desplazamiento de la actividad del legislador natural con el riesgo de que tal actividad pueda ser veleidosa y reiterativa.

b) En el segundo concepto de violación se indicó que el artículo mencionado viola además, el principio de la exacta aplicación de la ley penal porque el núcleo de la prohibición no es claro, ni preciso, ni exacto, al no señalar a qué reglamentos de circulación y tránsito remite. Se explicó que cuando alguna norma del Código Penal hace una remisión a otra ley la indica de manera precisa. Y aún suponiendo que alude al Reglamento de Tránsito en Carreteras Federales, la redacción de ese cuerpo de normas administrativas genera confusión porque las infracciones no aparecen redactadas de manera clara. El reglamento es una zona de incertidumbre porque no se establece de manera taxativa, precisa y exacta la infracción al reglamento. No existe un capítulo de infracciones. Obtenerlas implica realizar una interpretación en sentido contrario.

c) El tercer concepto de violación se formuló con relación al acto de aplicación. Se argumentó la inexistencia de pruebas suficientes que sustenten el auto de formal prisión.

5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y SU REVISIÓN

El juez federal que conoció en primera instancia negó la protección constitucional argumentando que el hecho de que dicho precepto (artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal) no liste cuáles son las infracciones a los Reglamentos de Tránsito y Circulación no lo torna inconstitucional en la medida que resulta innecesario e inclusive ajeno al contenido del Código Punitivo indicar cuáles son

las infracciones relativas al Tránsito y Circulación, por lo cual no es indebido hacer la remisión a los ordenamientos que los contemplan. Indicó también que la facultad reglamentaria del Presidente de la República está contenida en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal; por ende la propia Carta Magna lo autoriza entre otras cosas, a reglamentar los ordenamientos del Congreso de la Unión, quien tiene la facultad de legislar en materia de comunicaciones de conformidad con lo señalado en el artículo 73, fracción XVIII, de la propia Constitución. También señaló que si los conceptos esenciales del ilícito en examen, están contenidos en el citado precepto del Código Punitivo, y la materia de establecer infracciones, encuentra sustento en la facultad reglamentaria presidencial; la remisión del citado código a los reglamentos administrativos no se torna inconstitucional, por más que se alegue inexactitud en la aplicación de la ley penal, pues se insiste, en ésta, a juicio del suscrito, se describe en esencia la conducta típica. Finalmente, indicó sin que por el hecho de no especificar el nombre de los reglamentos de tránsito y circulación, se estime como lo alega el quejoso, se viole el principio de la exacta aplicación de la ley penal; pues en la especie se considera que el señalamiento que hace el precepto en examen de los reglamentos de tránsito y circulación es suficiente para conocer en donde se encuentran contempladas las infracciones relativas, que serán todos los ordenamientos reglamentarios relativos a esa materia.

En contra se interpuso el recurso de revisión.

Como agravio se indicó que la autoridad efectuó un estudio insuficiente de los conceptos de violación, que no proporcionó los motivos por los cuales considera innecesario listar las infracciones ni porque si es correcto que la norma penal haga la remisión a los reglamentos. Se indicó que no es *motivo de disidencia* la facultad reglamentaria del Presidente de República en materia de comunicaciones ya que lo que se estima inconstitucional es que la ley penal establezca un delito cuyo núcleo de prohibición se encuentra en un reglamento administrativo. Se insistió también que es inexacto que

los conceptos de delito se encuentren en la norma penal porque no basta que la norma incluya el término ‘infracción a los reglamentos de tránsito y circulación’ para que el destinatario sepa cual es la conducta que aquella prohíbe: lo que no debe hacerse aparece en un reglamento administrativo. Además, la remisión al reglamento no es un simple envío a otra norma, sino que implica que el poder ejecutivo a través del reglamento legisla en materia de delitos, lo que está prohibido por el artículo 73, fracción XXI, con relación al 14, tercer párrafo, de la Constitución Federal.

Se señaló además que:

Si el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución General, dispone como facultad del Congreso, establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que deben imponerse. Y el artículo 14, tercer párrafo, prohíbe imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. De estas verdades se desprende como legítimo corolario, que no podrá aplicarse pena si no está contemplada en una ley creada por el Poder Legislativo. Conlleva lo anterior, la prohibición al ejecutivo de legislar en materia de delitos.

La prohibición que tiene el ejecutivo para legislar en materia de delitos es un influencia que proviene de la Revolución Francesa. Este movimiento social, en la lucha contra el absolutismo recogió el principio de la división de poderes y el principio del *nulla crime sine lege*. Se dijo entonces, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que nadie podría ser castigado sino en virtud de Ley establecida con anterioridad al hecho; y —con la finalidad de excluir al monarca de la elaboración de las normas— se precisó que la Ley era la expresión de la voluntad general y que todos los ciudadanos tienen el derecho de intervenir en su formación personalmente o por medio de sus representantes. La facultad de creación de la ley penal fue otorgada al poder legislativo. Quienes instituyeron esta garantía conocían la actitud del rey frente al derecho penal. Sabían que la voluntad del soberano había

sido norma penal y que ante esto el ciudadano no tenía la certeza de lo que estaba prohibido. Ni siquiera estaba escrita. Quien tenía el poder creaba, aplicaba y ejecutaba la norma conforme a su conveniencia o deseos. Por eso, los revolucionarios franceses consideraron que la Ley debería ser la voluntad general y consagraron la creación de la ley a los ciudadanos o a sus representantes (poder legislativo). Estas ideas fueron extrapoladas a nuestra realidad nacional. Aparecen en las Constituciones de 1824, 1857 y 1917.

Si conforme a los preceptos indicados, que tienen su sustento político en los sucesos históricos apuntados, le está vedado al ejecutivo elaborar la ley penal. Si, el artículo 171, fracción II, al hacer la remisión a los reglamentos administrativos conforma un tipo penal con la voluntad del ejecutivo contenida en un reglamento administrativo, es válida la conclusión de que el artículo 171, fracción II, es contrario a la Constitución Federal.

Interpuesta la revisión, correspondió conocer al Tercer Tribunal Colegiado del XIII circuito, quien una vez que determinó la inexistencia de causas de sobreseimiento determinó remitir los autos a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

6. LAS RAZONES DE LA PRIMERA SALA

Ya he dicho que el 26 de enero de 2005, la Primera Sala del órgano colegiado más alto del país, en el amparo en revisión 703/2004, concedió al quejoso el amparo y protección de la justicia federal, al declarar fundado uno de los agravios expresados, los razonamientos que sustentan la sentencia son básicamente los siguientes:

1.- La Primera Sala determinó que aún cuando ya se había pronunciado en diferentes ocasiones sobre el delito de ataques a las vías de comunicación el asunto planteado era novedoso porque las interpretaciones anteriores se habían realizado desde el plano estrictamente legal pero no constitucional.

2.- Definió al principio de legalidad penal al señalar que constituye un importante límite externo al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, porque en términos del artículo 73, fracción XXI, de la

Constitución es facultad exclusiva del Congreso de la Unión establecer los delitos y las penas a través de una ley en sentido formal y material, por lo que en acatamiento a dicho precepto se impide que los poderes ejecutivo y judicial -este último a través de la analogía y mayoría de razón-configuren libremente delitos y penas.

3.- Se indicó que el establecimiento del catálogo de delitos y penas está condicionada a la decisión de una instancia democráticamente constituida, como lo es el poder legislativo, quien funciona como freno ante los posibles abusos de los Poderes Ejecutivo y Judicial. Solamente el Poder Legislativo puede establecer delitos.

4.- Que el principio de legalidad en materia penal exige, a su vez, la reserva absoluta de la ley en sentido formal y material, así como la taxatividad en la descripción de los tipos penales, para que la ley proporcione certeza jurídica en cuanto a las conductas cuya comisión pueden traer consigo la privación y restricción de la libertad individual.

5.- Se definió al principio de taxatividad, al señalar que se trata de una garantía o exigencia que deriva del principio de legalidad, la cual está íntimamente ligada al principio de tipicidad de las infracciones penales, que se traduce en la necesidad de predeterminación normativa suficiente de los ilícitos y de sus penas; pero además supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal que pueda ser conocida por el ciudadano lo que es objeto de prohibición. No basta una tipificación confusa o indeterminada que llevara a los gobernados a tener que realizar labores de interpretación para las que no todos están preparados y de esta manera tratar de conocer lo que les está permitido y lo que les está vedado hacer. Es por ello esencial a toda formulación típica que sea lo suficientemente clara y precisa como para permitirles programar su comportamiento sin temor a verse sorprendidos por sanciones que en modo alguno pudieron prever. En este aspecto, lo que está proscrito es que la norma penal induzca a errores o los favorezca con motivo de su deficitaria o atormentada formulación.

6.- Determinó que el delito de ataques a las vías de comunica-

ción es un tipo penal en blanco y definió a este tipo de delitos al señalar que son supuestos hipotéticos en los que la conducta que se califica como delictiva está precisada en términos abstractos, pues se requiere de un complemento para quedar plenamente integrada. Es decir, toda vez que el supuesto de hecho no aparece descrito en su totalidad, debe acudirse, para su complemento, a otra norma o conjunto de ellas de naturaleza extrapenal.

7.- Que no hay ningún problema cuando la ley penal remite a una ley extrapenal en sentido formal y material, sino únicamente cuando se reenvía a otra norma que no tiene carácter de ley en sentido formal, dando así entrada en la descripción típica a regulaciones de procedencia reglamentaria o hasta meramente administrativa y, en consecuencia, a una participación del Poder Ejecutivo en la configuración de las conductas prohibidas.

8.- Se determinó que el Congreso de la Unión no puede delegar en el Poder Ejecutivo ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos, y que la infracción y la sanción en materia penal deben encontrarse claramente establecidos en una ley en sentido formal y material, sin que resulte admisible, desde un punto de vista constitucional, el reenvío a un reglamento para establecer cualquiera de esos dos elementos.

9.- Que en el delito de ataques a las vías de comunicación que se analiza la desobediencia a un reglamento se eleva al rango de elemento típico *sine qua non*, con lo cual, finalmente, el Titular del Ejecutivo interviene decisivamente en la determinación del ámbito de lo prohibido a nivel penal y que ello supone dejar en manos de Ejecutivo las tareas de criminalización de las conductas, cuyo monopolio, en esencia, corresponde al legislador, en términos de los artículos 14 y 73, fracción XXI, de la Constitución Federal.

10.- Que ello tiene dos graves implicaciones:

a) El hecho de que la actualización de uno de los elementos del tipo penal dependa de una contravención administrativa está sujeta al vaivén natural de la variación reglamentaria. Si se admitiera que un tipo penal puede ser integrado con el contenido de un re-

glamento, entonces el Poder Ejecutivo Federal sería quien a través de un acto formalmente administrativo, añadiría nuevos supuestos o suprimiría los ya existentes, lo cual por sí mismo tendría repercusiones inmediatas y directas en la sede de la tipicidad, que como se dijo, está reservada exclusivamente al órgano legislativo.

b) Por otro lado, el principio de legalidad puede verse seriamente comprometido según sea el alcance del reenvío contenido en esta clase de normas penales. En efecto, si una norma penal en blanco reenvía a un reglamento y este último a reglas de carácter general o a actos administrativos -lo cual sucede con cierta frecuencia-, puede verse aún más tergiversado el principio de reserva absoluta de ley, pues finalmente la descripción de la conducta punible cada vez se encuentra más difusa y alejada del texto de la ley en sentido formal y material.

11.- Que en el delito de ataques a las vías de comunicación la acción ilícita está totalmente contenida en un reglamento, sin que la ley en sentido formal y material establezca cuáles son los elementos básicos de la conducta antijurídica, pues se limita a contener la mera remisión a los reglamentos de tránsito y no describe de manera clara, precisa, ni exacta, cuál es la acción u omisión sancionable, incluyendo todos sus elementos características, condiciones, términos y plazos; y

12.- Que el artículo 171, fracción II, impugnado, viola el principio de reserva de ley en materia penal.

7. LAS BENÉFICAS CONSECUENCIAS DEL CRITERIO DE LA CORTE

Se dijo anteriormente que el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte constituye la piedra de toque que impedirá la intromisión del ejecutivo en materias de criminalización. Si el ejecutivo se encuentra impedido por virtud del artículo 14, tercer párrafo y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para intervenir en la elaboración de normas típicas, resultará por identidad de razón, que también son inconstitucionales otras normas penales que se complementen con normas administrativas: regla-

mentos, normas oficiales, normas técnicas, circulares, etcétera.

Un rápido vistazo a la normatividad especial penal federal y la legislación penal de las entidades federativas permite advertir que el principio de reserva de la ley penal se viola generalmente en la redacción de delitos que tienen que ver con la conducción de vehículos porque remiten a reglamentos de tránsito y circulación y delitos que relativos a la protección al medio ambiente porque remiten a normas técnicas, normas oficiales mexicanas y reglamentos.¹¹

1.- Resulta inconstitucional el delito de ataques a las vías de comunicación en la hipótesis de conducir un vehículo de motor previsto en el Código Penal de Baja California Sur, por hacer la remisión a los reglamentos de tránsito y circulación:

Artículo 279. Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes, cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor o de tracción animal ponga en peligro a terceras personas o a las cosas.

Se le impondrá prisión de seis meses a tres años y hasta treinta días de multa y suspensión o pérdida del derecho de usar la licencia de manejador.

2.- Es contrario al principio de reserva absoluta de la ley penal el texto del artículo 151, fracciones I y II, del Código Penal del Estado de Campeche por complementar el tipo con infracciones contenidas en reglamentos o disposiciones sobre tránsito o circulación de vehículos:

¹¹ Para justificar la proliferación de normas penales ambientales que se complementan con normas administrativas Marco Antonio Besares Escobar, indica: "Como ya mencionamos la materia jurídica ambiental es relativamente nueva, y se han visto altamente influida por ecologistas y científicos que utilizan terminología muy especializada; los delitos contra el ambiente, por ende, requieren de un mayor grado de tecnificación del que otras categorías de delitos. Tanto para el diseño técnico legislativo de los tipos penales ambientales como para su interpretación y aplicación, la actividad que se exige por parte del legislador o del juez es más compleja, implica la consulta de diversos textos y un esfuerzo integrador muy importante. Sin embargo, como ya se indicó anteriormente, se mantiene latente la discusión para definir la conveniencia de, en el caso de los delitos contra el ambiente, remitir a ordenamientos distintos a la LGEEPA. Aun cuando puede significar una falta al principio de legalidad, en la práctica ocurre que el intérprete de un tipo penal se ve en la necesidad de remitirse a diversas leyes, reglamentos, normas oficiales mexicanas e incluso textos no jurídicos, a fin de lograr una comprensión integral del tipo". Derecho Penal Ambiental. Análisis de los Delitos Contra el Ambiente en México. Editorial Porrúa, Primera Edición, México 2001, páginas 63 y 64.

Artículo 151. Se impondrá de un mes a un año de prisión, multa de cinco a cincuenta veces el salario mínimo vigente en la Capital del Estado en el momento de cometerse el delito y suspensión o pérdida del derecho de usar la licencia de manejar:

I. Al que viole dos o más veces los reglamentos o disposiciones sobre tránsito o circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad;

II. Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes, cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor, independientemente de la sanción que le corresponda si causa daño a las personas o a las cosas.

3.- De igual manera, el artículo 283 del Código Penal del Estado de Coahuila, que establece el delito de conducción punible de vehículos trastoca el mencionado principio constitucional:

Artículo 283. SANCIONES Y FIGURAS TÍPICAS DE VIOLACIÓN REITERADA A LAS DISPOSICIONES DE TRÁNSITO. Se aplicará prisión de tres días a seis meses y multa, a quien dentro del plazo de seis meses:

I. VIOLACIÓN REITERADA DE NORMAS DE TRÁNSITO SOBRE VELOCIDAD. Viole por más de dos veces las disposiciones sobre circulación de vehículos, por conducir con exceso de velocidad.

La conducta anterior sólo se considerará como falta penal; salvo cuando las violaciones se hayan cometido en estado de ebriedad, caso en el que se considerará como delito.

II. VIOLACIÓN REITERADA A NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE TRÁNSITO EN CARRETERAS Y CAMINOS. Viole dos o más veces las disposiciones sobre protección de tránsito en las vías de comunicación estatal o municipal.

4.- Los artículos 245, fracción I, (conducción punible de vehículos) 292, fracción VI, y 292 bis, fracción I, (atentados contra el saneamiento del ambiente y la ecología del Estado) del Código Penal del Estado de Chiapas, también infringen el principio ya señalado:

Artículo 245. Se impondrá prisión hasta de seis meses, y multa hasta de veinte días de salario:

I. Al que viole dos o más veces el reglamento de tránsito por conducir un vehículo de motor con temeridad manifiesta, poniendo en peligro la vida, la salud personal o bienes ajenos pudiendo, a juicio de la autoridad, suspender la licencia hasta por un año.

Artículo 292. Se impondrá multa de mil a veinte mil días de salario y de tres a ocho años de prisión, a las empresas o industrias, a sus responsables, que realicen u omitan las conductas que a continuación se consignan;

VI. Rebase el doble de los parámetros y límites permisibles en las normas oficiales mexicanas o en las normas técnicas estatales vigentes;

Artículo 292 bis. Se impondrá la pena señalada en los artículos anteriores y además se le inhabilitará para desempeñar otro cargo o comisión públicos hasta por cinco años al servidor público que:

I. Indebidamente conceda licencia o autorización, para el funcionamiento de industrias o cualquiera otra actividad reglamentada, en condiciones que causen contaminación o que sean nocivas a los recursos naturales, o con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de las normas respectivas;

II. [...]

5.- El artículo 272, fracción I, del Código Penal de Durango, al regular el delito contra la riqueza forestal del Estado remite a disposiciones técnicas aplicables con lo que permite que el ejecutivo, intervenga en la elaboración de la ley penal:

Artículo 272. Se impondrá de dos a diez años de prisión y de cinco a cincuenta días multa:

I. Al que al amparo de una autorización forestal expedida legalmente, la ejecute con violación de sus términos, excediéndose en sus alcances o contrariando las disposiciones técnicas o legales del caso;

6.- El artículo 235 del Código Penal del Estado de México, también transgrede el principio constitucional apuntado, ya que al prever el delito contra la flora y fauna silvestre se hace referencia a normas técnicas:

Artículo 235. Al que intencionalmente y en contravención a las disposiciones legales en materia de protección a la flora y la fauna o normas técnicas relacionadas con esta materia de competencia estatal:

I. Realice cualquier acto que cause la destrucción, daño o perturbación de la vida silvestre o de su hábitat, incluidos los actos de contaminación que representen una destrucción, daño o perturbación de la vida silvestre;

II. Utilice el suelo y demás recursos con fines agrícolas, ganaderos o forestales sin realizar las medidas de preservación de poblaciones y ejemplares de la vida silvestre y su hábitat;

III. Utilice ejemplares vivos confinados de especies o poblaciones en riesgo o de particular importancia para la preservación en actividades distintas a las autorizadas oficialmente;

IV. Maneje ejemplares de especies exóticas fuera de confinamiento controlado o sin respetar los términos del plan del manejo aprobado;

V. Viole los tiempos de los programas de restauración o veda establecidas por las autoridades competentes;

VI. Emplee cercos u otros métodos para retener o atraer ejemplares de la vida silvestre, cuando ello implique un perjuicio a la evolución y continuidad de las especies;

VII. Posea ejemplares vivos de la vida silvestre fuera de su hábitat natural o los comercialice sin contar con los medios para acreditar su legal procedencia o en contravención a las disposiciones para su manejo establecidas por las autoridades;

VIII. Traslade ejemplares, partes y derivados de la vida silvestre sin la autorización correspondiente;

IX. Realice aprovechamientos extractivos o no extractivos de la vida silvestre sin autorización o en contravención a los términos en que hubiere sido otorgada y a las disposiciones aplicables;

X. Aproveche, traslade, exhiba, entrene, sacrifique o someta a cuarentena ejemplares de la vida silvestre sin observar las disposiciones sobre trato digno y respetuoso establecidas por la ley correspondiente; y

XI. Practique la caza deportiva sin la autorización correspondiente.

A los responsables de este delito, se les impondrá de uno a seis años de prisión y de treinta a cien días multa.

Será necesario que la secretaria del ramo formule la denuncia correspondiente para proceder penalmente por los delitos previstos en este capítulo.

La reparación del daño respecto de los delitos contenidos en este subtítulo, se aplicará en favor de la colectividad a través de la autoridad correspondiente.

7.- Los artículos 291, 292 y 293 del Código Penal del Estado de Guanajuato, al hacer la remisión a disposiciones reglamentarias o normas técnicas aplicables, se apartan del principio de reserva de la ley penal:

Artículo 291. A quien por cualquier medio, con violación a las disposiciones legales, reglamentarias o normas técnicas aplicables despidas, emita o descargue en la atmósfera o lo autorice, lo ordene o lo consienta, gases, humos, polvos, vapores u olores que ocasionen o puedan ocasionar daños graves a la salud pública, a la flora, a la fauna o a los ecosistemas, se le impondrá de un mes a cinco años de prisión y de veinte a cien días multa.

Artículo 292. A quien por cualquier medio, sin permiso de la autoridad competente o en contravención a las disposiciones legales, reglamentarias o normas técnicas aplicables, descargue, deposite o infiltre o lo autorice u ordene, aguas residuales, desechos o contaminantes en cualquier cuerpo o corriente de agua de jurisdicción estatal o municipal, que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los ecosistemas o a la salud pública, se le impondrá de tres meses a cinco años de prisión y de veinte a cien días multa.

Cuando se trate de agua para ser entregada en bloque a centros de población, la pena se podrá elevar hasta tres años más de prisión y hasta trescientos días multa.

Artículo 293. A quien por cualquier medio, en contravención de las disposiciones legales aplicables y rebasando los límites fijados

en las normas técnicas, genere emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica en zonas de jurisdicción estatal o municipal que ocasionen graves daños a la salud pública, a la flora, a la fauna o a los ecosistemas, se le impondrá de un mes a tres años de prisión y de veinte a cien días multa.

8.- Los artículos 140 y 141 del Código Penal del Estado de Michoacán que establecen delitos cometidos por conductores de vehículos aluden a reglamentos de tránsito:

Artículo 140. Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias semejantes, cometa alguna otra infracción a las leyes y reglamentos de tránsito al manejar vehículos de motor, se le impondrá hasta seis meses de prisión o multa hasta de cincuenta días de salario y suspensión por el tiempo que dure la sanción o pérdida del derecho de usar la licencia para conducir, independientemente de la sanción que le corresponda si causa daño a las personas o a las cosas.

Artículo 141. Se impondrán de tres días a un año de prisión o multa de veinte a quinientos días de salario, al que dentro del plazo de un año viole dos o más veces las disposiciones sobre la circulación de vehículos en carreteras o caminos, por exceso de velocidad o ausencia de señales que indiquen su estacionamiento. Si el estacionamiento, sin señales ocurre de noche, bastará una sola infracción para aplicar de tres meses a dos años de prisión y multa de cincuenta a quinientos días de salario.

9.- El artículo 238 del Código Penal del Estado de Morelos, que establece el delito cometido por conductores de vehículos de motor viola también el principio que se analiza.

Artículo 238. Se impondrán de ciento veinte a ciento ochenta días de trabajo en favor de la comunidad y suspensión hasta por tres años o pérdida del derecho de conducir, a quien en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos, maneje un vehículo de motor e incurra en cualquier otra infracción de reglamentos en materia de tránsito de vehículos.

10.- El artículo 384 del Código Penal de Nayarit, reitera en va-

riadas ocasiones la remisión a normas administrativas:

Artículo 384. Los actos u omisiones que alteren y afecten el equilibrio ecológico y la protección al ambiente, se castigarán:

I. De tres meses a seis años de prisión y multa, por equivalente de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona donde se cometa el ilícito al que, sin contar con las autorizaciones respectivas o violando las normas de seguridad y operación a que se refiere la Ley de la materia, realice, autorice u ordene la realización de actividades que, conforme a este mismo ordenamiento, se considere como no riesgosas, que ocasionen graves daños a la salud pública o a los ecosistemas.

II. [...]

III. De un mes a cinco años de prisión y multa, por el equivalente de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona donde se cometa el ilícito, al que, con violación a lo establecido en las disposiciones legales, reglamentarias y normas técnicas aplicables, les pida descargue la atmósfera, o lo autorice o lo ordene, gases, humo o polvos, que ocasionen o puedan ocasionar daños graves a la salud pública, la flora, la fauna o a los ecosistemas, en el ámbito de la competencia estatal o municipal;

IV. De tres meses a cinco años de prisión y multa por el equivalente de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona donde se cometa el ilícito, al que, sin autorización de la autoridad competente y en contravención a las disposiciones legales, reglamentarias o normas técnicas aplicables, descargue, deposite o infiltre, ya sea que lo autorice o lo ordene, aguas residuales, desechos o contaminantes en los suelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua en jurisdicción estatal, o en su caso municipal, que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a la salud pública, la flora, la fauna, o los ecosistemas.

Cuando se trate de aguas para ser entregadas en bloque a los centros de población, la pena se elevará hasta tres años más;

V. De un mes a cinco años de prisión y multa, por el equivalente de cien y diez mil días de salario mínimo general vigente en la

zona donde se cometa el ilícito, a quien, en contravención a las disposiciones legales aplicables y rebasando los límites fijados en las normas técnicas, genere emisiones o ruido, vibraciones, energía térmica, lumínica, colores o contaminación visual en zona de jurisdicción estatal o municipal, que ocasionen graves daños a la salud pública, la flora, la fauna o a los ecosistemas, y

VI. [...]

11.- El artículo 193 del Código de Defensa Social de Puebla, también es violatorio del principio de reserva de la ley penal:

Artículo 193. Se impondrá prisión hasta de tres años, multa de diez a cien días de salario y suspensión hasta de tres meses o pérdida del derecho a usar la licencia de motociclista, automovilista o chofer:

I. Al que viole dos o más veces los reglamentos o disposiciones sobre tránsito y circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad.

II. Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor.

12.- También el artículo 186 del Código Penal de Quintana Roo al establecer el delito contra la seguridad del transporte de vehículos, permite la remisión a un reglamento administrativo:

Artículo 186. A quien maneje un vehículo de motor y cometa alguna infracción al Reglamento de Tránsito, hallándose en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que impidan o perturben su adecuada conducción, se le impondrá de veinticinco a doscientos días multa y la medida de tratamiento que proceda, según el caso.

13.- El artículo 144 del Código Penal del Estado de Sonora, permite la inclusión del Poder Ejecutivo en la elaboración del tipo, dado que las normas jurídicas a que alude generalmente son reglamentos administrativos:

Artículo 144. Se impondrán de tres días a dos años de prisión y suspensión de la licencia para manejar desde un mes hasta tres años:

I. Al que conduzca un vehículo de motor en estado de embria-

guez o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otra sustancia que afecte las facultades psicomotrices y cometa alguna otra infracción a las disposiciones jurídicas que regulen el tránsito de vehículos; y

II. Al que, por segunda ocasión dentro del plazo de un año, sea infraccionado por conducir vehículos de motor en estado de embriaguez o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otra sustancia que afecte las facultades psicomotrices.

14.- El artículo 314 del Código Penal de Tabasco, uno de los más avanzados del país por estar inspirado en el llamado Modelo Lógico, también es violatorio del principio de la reserva de la ley penal:

Artículo 314. Al que, en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares, maneje un vehículo de motor e incurra en otra infracción de reglamentos en materia de tránsito de vehículos, se le impondrá prisión de tres meses a un año y suspensión de uno a tres años del derecho de conducir vehículos.

Si el vehículo es de transporte público de pasajeros o de carga, la prisión será de uno a tres años y la suspensión de uno a cuatro años.

15.- El artículo 130 del Código Penal de Tlaxcala, al hacer referencia a un reglamento administrativo, se estima violatorio del principio constitucional analizado:

Artículo 130. Se sancionará con prisión de tres días a dos años y multa de cinco a treinta días de salario y suspensión de la licencia respectiva para manejar de uno a cinco años, el hecho de conducir dentro de las poblaciones del Estado un vehículo a una velocidad que exceda en más de diez kilómetros por hora el límite máximo fijado por la Ley, el Reglamento o las autoridades de tránsito. Si la conducción se ejecuta en un camino, las mismas sanciones se impondrán cuando se exceda en más de veinte kilómetros el límite máximo señalado.

16.- De igual manera, los artículos 198, 199 y 200 del Código Penal de Yucatán, que aluden a reglamentos y normas oficiales:

Artículo 198. Se impondrá pena de seis meses a ocho años de

prisión y por el equivalente de cincuenta a ciento cincuenta días-multa, al que sin permiso de la autoridad competente o violando las disposiciones legales, reglamentarias o las normas oficiales mexicanas, realice, autorice u ordene la realización de actividades que conforme a la misma, se consideren riesgosas y que ocasionen graves daños a la salud pública, a la flora, a la fauna o a los ecosistemas.

Cuando las actividades consideradas como riesgosas a que se refiere el párrafo anterior se lleven a cabo en un centro de población, se podrá elevar la pena hasta por tres años más de prisión y hasta trescientos días-multa.

Artículo 199. Se impondrá pena de seis meses a cinco años de prisión y de veinte a cien días-multa al que con violación a las disposiciones legales, reglamentarias o normas oficiales mexicanas aplicables, autorice, ordene, consienta, despida, descargue en la atmósfera, gases, humos y polvos, vapores u olores que ocasionen o puedan ocasionar daños graves a la salud pública, a la flora, a la fauna o a los ecosistemas.

Artículo 200. Se impondrá pena de seis meses a cinco años de prisión y de veinte a cien días-multa, al que sin permiso de la autoridad competente o en contravención a las disposiciones legales, reglamentarias o normas oficiales mexicanas aplicables, autorice, ordene, descargue, deposite, o infiltre aguas residuales, desechos o contaminantes en cualquier cuerpo o corriente de agua de jurisdicción Estatal o Municipal que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los ecosistemas o a la salud pública.

Cuando se trate de agua para ser entregada en bloque a centros de población, la pena se podrá elevar hasta tres años más de prisión, y hasta trescientos días-multa adicionales.

En el ámbito federal violan el principio de reserva de la ley penal las siguientes normas:

1.- Los artículos 354 y 381, fracción II, del Código de Justicia Militar porque aluden a reglamentos:

ARTÍCULO 354.- Al centinela, vigilante, serviola o tope que no esté en su puesto con suma vigilancia o deje de cumplir cualquiera de

los demás deberes que expresamente le imponen las leyes o los reglamentos, y cuya infracción no esté especialmente prevista en este Capítulo, se le impondrá la pena de dos meses de prisión.

ARTÍCULO 381.- Será castigado con nueve meses de prisión, el aviador:

I.- [...]

II.- que cometa cualquiera otra infracción grave a los reglamentos del arma, no prevista en este Capítulo.

2.- El artículo 566 de la Ley de Vías Generales de Comunicación:

ARTÍCULO 566.- Se impondrá multa de cincuenta a cinco mil pesos y prisión hasta por seis meses, al comandante o piloto de una aeronave, cuando realice vuelos después de que la aeronave haya sufrido reparaciones o modificaciones en su planeador, motores o hélices, sin haber pasado la inspección y obtenido la aprobación de la Secretaría de Comunicaciones, en los términos que establezca el reglamento.

Brevísimas conclusiones.

El principio de reserva de la ley penal es una conquista arrancada poco a poco, a lo largo de la humanidad al poderoso. Significa que la ley penal debe ser necesariamente producto de la actividad del poder legislativo. En México, este principio se desprende de los artículos 14, tercer párrafo, y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La primera Sala de la Suprema Corte consideró que el delito de ataques a las vías de comunicación viola el principio de la reserva de la ley penal al hacer una remisión a un reglamento administrativo porque ello implica dejar en manos del poder ejecutivo la criminalización de conductas, actividad que sólo corresponde al Poder Legislativo.

El criterio de la Corte reconoce por primera vez el principio de reserva de la ley penal. Esto resulta muy importante porque permitiría su aplicación por identidad de razón en diversas disposiciones penales estatales y federales que al remitir a normas administrativas,

oficiales o técnicas, violan el principio constitucional apuntado, lo que permitirá ejercer una actividad defensiva en tal sentido.

REFERENCIAS DOCUMENTALES

- 1.- Besares Escobar Marco Antonio, Samuel Ibarra Vargas e Israel de Jesús Gómez Torres, *Derecho Penal Ambiental*, Editorial Porrúa, México 2001.
- 2.- Vásquez Rossi Jorge E. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Conceptos Generales, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1995.
- 3.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México 2004.
- 4.- Comision Nacional de Derechos Humanos, *Derechos Humanos, Documentos y Testimonios de Cinco Siglos*, compilación, editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1991.
- 5.- Becaria César, *Tratado de los Delitos y las Penas*. Décima Tercera Edición Facsimilar, Editorial Porrúa, México 2003.
- 6.- García Ramírez Sergio, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; Universidad Nacional Autónoma de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin edición, México 2001.
- 7.- Consejo de la Judicatura Federal, *Memoria del Congreso Nacional de Jueces de Distrito*, Consejo de la Judicatura Federal, Primera Edición, México 1999.
- 8.- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías de Seguridad Jurídica*, Colección Garantías Individuales, Primera Edición, México 2003.
- 9.- Ferrajoli Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Quinta edición, Madrid 2001.
- 10.- Poder Judicial de la Federación CD ROM IUS 2005.
- 11.- Poder Judicial de la Federación. *Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*.

A

nálisis crítico de la tesis de jurisprudencia 1a./J.1/2003

Óscar Domingo Olguín Almanza

Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública

Sumario: I. La identificación y delimitación de análisis. II. Los criterios de la contradicción de tesis. III. Argumentos sustanciales de la tesis de jurisprudencia 1a./J.1/2003. IV. Crítica. V. Comentario global, al criterio asentado en la tesis de jurisprudencia 1a./J.1/2003. VI. Perspectivas sobre el tema. VII. Referencias de información.

I. LA IDENTIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DE ANÁLISIS

La tesis de jurisprudencia 1a./J.1/2003, adoptó como criterio, que la posesión (en cualquier número) de los cartuchos para las armas de fuego de uso reservado al Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, es punible, conforme a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. El rubro de la tesis en comento es: “CARTUCHOS PARA ARMAS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU POSESIÓN ES PUNIBLE EN TÉRMINOS DE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS”.

La tesis de jurisprudencia relativa,¹ fue aprobada por la Primera Sala del Máximo Tribunal, el cuatro de diciembre de dos mil dos, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Olga

¹ Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, Tomo XVII, febrero de 2003, Pleno y Salas, página 96.

Sánchez Cordero de García Villegas, con la ausencia del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.

La resolución anterior, se formó por la contradicción de tesis 104/2001-PS, sostenida entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito.

II. LOS CRITERIOS DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS

1. El criterio primario (tesis: III.2o.P.64 P, Tribunales Colegiados de Circuito), estableció, considerando los arábigos 9, 10, 11 y 50,² que el delito previsto en el artículo 83 Quat, de la ley de la materia (en lo que interesa: posesión de cartuchos de uso reservado al Ejército, Armada y Fuerza Aérea) era de los denominados “complementados”, ya que para requisitar el tipo penal, se hacía indispensable recurrir a diverso precepto, que indicara el número límite de posesión permitida, y al no regularse tal situación, en ningún numeral de la ley mencionada, ni en su reglamento, se declaró que –para entonces- la conducta era atípica, por incompleta; se agregó, que el juzgador no podría determinar cuál era ese límite permisivo, pues de ser así, se estaría juzgando al gobernado por analogía y mayoría de razón, lo que no está permitido por la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal.

2. La resolución contraria (tesis: III.1o.P.42 P, Tribunales Colegiados de Circuito) determinó que la posesión de cartuchos para arma de fuego de uso reservado (en cualquier cantidad) sí es punible; para arribar a dicha conclusión, se empleó la argumentación sistemática de los artículos 9o., 10, 10 bis, 11, 50, 77, fracciones I y IV, y 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, indicándose que si el legislador había prohibido absolutamente a los particulares la posesión y portación de armas de fuego de uso exclusivo (del Ejército [...]), entonces también los cartuchos de tales armas son de posesión prohibida para aquéllos; que sobre dicho aspecto, resulta irrelevante el número de cartuchos poseídos,

² De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

en virtud a que está absolutamente prohibida la posesión respectiva a los particulares; se concluye el silogismo, diciendo que, de llegar a una conclusión contraria significaría un absurdo: de permitir que un particular poseyera impunemente cualquier cantidad de cartuchos para armas de uso reservado a las fuerzas militares del país, bajo el pretexto de que el legislador no estableció el máximo de cartuchos permitido para su posesión por los particulares, situación que contravendría los más elementales principios de la lógica jurídica y de lo tipificado por el legislador.

III. ARGUMENTOS SUSTANCIALES DE LA TESIS

DE JURISPRUDENCIA 1A./J.1/2003

En lo que sigue, para la mejor comprensión de este trabajo, clasificaré los argumentos de la Corte en cuatro apartados, respetando su orden secuencial; también, identificaré en cada párrafo, el tipo de argumento empleado; ello, facilitará el análisis del contenido en las posturas que sostienen la jurisprudencia analizada.

La Primera Sala de la Suprema Corte, para sostener su resolución, se apoya en los siguientes argumentos:

1. Sistemático. Al interpretar de ésta manera los artículos 9º, 10º, 10 Bis, 11, 50, 77 fracciones I y IV, y 83 Quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos,³ indicando que de dichos numera-

³ "Artículo 9o. Pueden poseerse o portarse, en los términos y con las limitaciones establecidas por esta Ley, armas de las características siguientes:

I. Pistolas de funcionamiento semi-automático de calibre no superior al .380" (9 mm.), quedando exceptuadas las pistolas calibres .38" Super y .38" Comando, y también en calibres 9 mm. las Mausser, Luger, Parabellum y Comando, así como los modelos similares del mismo calibre de las exceptuadas, de otras marcas.

II. Revólveres en calibres no superiores al .38" Especial, quedando exceptuado el calibre .357" Magnum.

Los ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo, fuera de las zonas urbanas, podrán poseer y portar con la sola manifestación, un arma de las ya mencionadas, o un rifle de calibre .22", o una escopeta de cualquier calibre, excepto de las de cañón de longitud inferior a 635 mm. (25"), y las de calibre superior al 12 (.729" ó 18.5 mm.).

III. Las que menciona el artículo 10 de esta Ley.

IV. Las que integren colecciones de armas, en los términos de los artículos 21 y 22".

"Artículo 10. Las armas que podrán autorizarse a los deportistas de tiro o cacería, para poseer en su domicilio y portar con licencia, son las siguientes:

I. Pistolas, revólveres y rifles calibre .22", de fuego circular.

les se desprende que “[...] el legislador excluyó a los particulares la posibilidad de poseer o portar armas reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, así como los cartuchos correspondientes para aquéllas, por lo que la posesión de éstos sí puede ser objeto de las

II. Pistolas de calibre .38" con fines de tiro olímpico o de competencia.

III. Escopetas en todos sus calibres y modelos, excepto las de cañón de longitud inferior a 635 mm. (25"), y las de calibre superior al 12 (.729" ó 18.5 mm.).

IV. Escopetas de 3 cañones en los calibres autorizados en la fracción anterior, con un cañón para cartuchos metálicos de distinto calibre.

V. Rifles de alto poder, de repetición o de funcionamiento semi-automático, no convertibles en automáticos, con la excepción de carabinas calibre, 30", fusil, mosquetones y carabinas calibre .223", 7 y 7.62 mm. y fusiles Garand calibre .30".

VI. Rifles de alto poder de calibres superiores a los señalados en el inciso anterior, con permiso especial para su empleo en el extranjero, en cacería de piezas mayores no existentes en la fauna nacional.

VII. Las demás armas de características deportivas de acuerdo con las normas legales de cacería, aplicables por las Secretarías de Estado u Organismos que tengan injerencia, así como los reglamentos nacionales e internacionales para tiro de competencia.

...” (Lo subrayado es mío).

“Artículo 10 bis. La posesión de cartuchos correspondientes a las armas que pueden poseerse o portarse se limitará a las cantidades que se establecen en el artículo 50 de esta Ley, por cada arma manifestada en el Registro Federal de Armas”.

“Artículo 11. Las armas, municiones y material para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, son las siguientes:

a) Revólveres calibre .357" Magnum y los superiores a .38" Especial.

b) Pistolas calibre 9 mm. Parabellum, Luger y similares, las .38" Super y Comando, y las de calibres superiores.

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

d) Pistolas, carabinas y fusiles con sistema de ráfaga, sub-ametralladoras, metralletas y ametralladoras en todos sus calibres.

e) Escopetas con cañón de longitud inferior a 635 mm. (25"), las de calibre superior al 12 (.729" ó 18.5 mm) y las lanzagases, con excepción de las de uso industrial.

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

g) Cañones, piezas de artillería, morteros y carros de combate con sus aditamentos, accesorios, proyectiles y municiones.

h) Proyectiles-cohete, torpedos, granadas, bombas, minas, cargas de profundidad, lanzallamas y similares, así como los aparatos, artificios y máquinas para su lanzamiento.

i) Bayonetas, sables y lanzas.

j) Navíos, submarinos, embarcaciones e hidroaviones para la guerra naval y su armamento.

k) Aeronaves de guerra y su armamento.

l) Artificios de guerra, gases y sustancias químicas de aplicación exclusivamente militar, y los ingenios diversos para su uso por las fuerzas armadas.

En general, todas las armas, municiones y materiales destinados exclusivamente para la guerra. Las de este destino, mediante la justificación de la necesidad, podrán autorizarse por la Secretaría de la Defensa Nacional, individualmente o como corporación, a quienes desempe-

penas que prevé el último numeral citado [...]”⁴ (Esta postura, la identificaremos en adelante como “sistemática”).

Como puede observarse, la Corte expresamente emplea el raciocinio sistemático,⁵ para dar solución⁶ al problema planteado, ya que efectúa una interpretación, abarcando aquellos preceptos que, estima, tienen estrecha relación con la cuestión planteada en el caso concreto.

2. Analógico. Se emplea dicho argumento, cuando se justifica la postura anterior, escribiéndose: “...*Esto es así, porque si bien en la ley no se señaló cantidad alguna para la posesión de los cartuchos correspondientes a las armas de uso exclusivo, ello fue, precisamente, porque las diversas conductas de posesión o portación de este tipo de armas se consideran constitutivas de delito cuando se llevan a cabo por quien no pertenece a los institutos armados, por lo que si no existe autorización a este respecto, tampoco puede haberla para poseer los cartuchos correspondientes...*”⁷ (Este argumento, en adelante será referido como “analógico”).

ñen empleos o cargos de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados o de los Municipios”. “Artículo 50. Los comerciantes únicamente podrán vender a particulares:

a) Hasta 500 cartuchos calibre 22.

b) Hasta 1,000 cartuchos para escopeta o de otros que se carguen con munición, nuevos o recargados, aunque sean de diferentes calibres.

c) Hasta 5 kilogramos de pólvora deportiva para recargar, enlatada o en cuñetes, y 1,000 piezas de cada uno de los elementos constitutivos de cartuchos para escopeta, o 100 balas o elementos constitutivos para cartuchos de las otras armas permitidas.

d) Hasta 200 cartuchos como máximo, para las otras armas permitidas.

El Reglamento de esta Ley, señalará los plazos para efectuar nuevas ventas a una misma persona”.

“Artículo 77. Serán sancionados con diez a cien días multa:

I. Quienes posean armas sin haber hecho la manifestación de las mismas a la Secretaría de la Defensa Nacional;

...

IV. Quienes posean cartuchos en cantidades superiores a las que se refiere el artículo 50 de esta Ley.

Para efectos de la imposición de las sanciones administrativas a que se refiere este artículo, se turnará el caso al conocimiento de la autoridad administrativa local a la que competa el castigo de las infracciones de policía”.

⁴ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 1/2003. (El subrayado es mío).

⁵ “...Giovanni Tarello ha definido el argumento sistemático, ‘...como aquél por el que a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos debe atribuirse el significado establecido por el sistema jurídico, o bien no debe atribuirse el significado prohibido por el sistema’,...” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, “La Jurisprudencia en México”, página 356).

⁶ Aunque meramente formal, como lo demostraremos más adelante.

⁷ Ob. Cit., nota núm. 4. (Lo resaltado es mío).

En este supuesto, (la analogía)⁸ no se adopta expresamente, sin embargo, de la anterior transcripción, se identifica que es dicho discurso lógico el que prevalece, porque, la consecuencia de una previsión jurídica definida, se aplica –igualmente- a una hipótesis legal autónoma y diferente de aquella.

3. Síntesis del argumento sistemático y analógico: *“No es óbice a lo anterior, que la fracción I, del referido numeral 83 Quat se refiera a la expresión “cantidades mayores a las permitidas”, pues ello no debe entenderse en forma gramatical, sino de manera sistemática, esto es, si se parte de la premisa de que el legislador expresamente prohíbe la posesión o portación de armas reservadas para el uso exclusivo de las instituciones castrenses a los particulares, es evidente que la posesión de los cartuchos, que resultan accesorios a dichas armas, también está prohibida y, por ende, la tenencia de cualquier cantidad de ellos resulta punible...”*⁹ (La posición de este párrafo, en adelante la reconoceremos como “argumento sintético”).

Esta parte, se encuentra construida con la unión de los dos argumentos anteriores, se cita primero el argumento sistemático y se le refuerza con el analógico, lo cual, a primera vista, nos da la impresión de un convencimiento únicamente formal. Obsérvese, como en esta parte, se ataca el enunciado legal (premisa) motivo de la controversia.

4. De reducción al absurdo. “...Estimar lo contrario llevaría a la conclusión errónea de que existe autorización para contar con cartuchos para armas que están expresamente prohibidas para los particulares”.¹⁰

El último de los argumentos utilizados –para el caso, como refuerzo puntualizante del fallo-, aún cuando tampoco se le identifica en la resolución por su nombre, apreciamos que lo es de *reducción al absurdo*,¹¹ cuando se establecen las premisas que *oficialmente* son

⁸ “...La analogía supone la aplicación de la ley penal un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal”. (MIR Puig Santiago, Derecho Penal, Parte General, página 120).

⁹ Ob. Cit., nota núm. 4. (Lo subrayado es mío).

¹⁰ Ob. Cit. Nota núm. 4.

¹¹ “...De acuerdo con Giovanni Tarello se utiliza para justificar el rechazo a la atribución de significado a un enunciado jurídico, por las consecuencias absurdas que acarrearía...” (Op. Cit., nota núm. 5, página 364 y 365).

válidas, por lo que, contradecirlas equivaldría a una opinión burda, sin sentido lógico.

IV. CRÍTICA

Bajo este rubro, externaré mi opinión personal respecto a las anteriores argumentaciones; para lograr tal fin, me valdré únicamente de dos líneas principales de análisis: la lógica y los lineamientos constitucionales que deben observarse en la materia, todo, para determinar si los argumentos asentados en la resolución estudiada soportan una revisión bajo dichos aspectos. En adelante, el análisis lógico lo organizaré atendiendo a cada clasificación argumentativa aquí propuesta.

1. AL ARGUMENTO SISTEMÁTICO

Ahora bien, me parece que la Primera Sala, al emitir su criterio, parte de un argumento sistemático, carente de lógica; en efecto, se analizan los preceptos antes mencionados, para arribar a la premisa de que los particulares se encuentran excluidos de la posibilidad de poseer o portar armas reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, así como de los cartuchos correspondientes para aquellas.

La anterior idea, es parcialmente válida, porque presenta un defecto de análisis lógico, ya que no en todos los casos, los particulares están excluidos de esa posibilidad. Me explico: aún cuando es prohibición –general- la portación y/o posesión de armas de las reservadas a las instituciones armadas precitadas a los particulares, dicha regla, tiene una excepción, prevista en el numeral 8º, in fine,¹² con relación al 10º fracciones V y VI, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; de donde, se desprende que existen armas –de las denominadas reservadas al uso exclusivo- que pueden autorizarse a los deportistas de tiro o cacería, para poseer en su domicilio y portar bajo licencia (que incluso puede llegar a ser especial), aun-

¹² “Artículo 8o. No se permitirá la posesión ni portación de las armas prohibidas por la Ley ni de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, salvo los casos de excepción señalados en esta Ley. (El subrayado es mío).

que a dichas armas técnicamente se les pueda llamar deportivas.

Luego, si aceptamos la posibilidad de que un particular posea (en su domicilio) o porte¹³ bajo licencia un rifle –deportivo– de alto poder, de los comprendidos en el artículo antes descrito, es lógico suponer, que a dicha (s) arma (s), sean necesarios los cartuchos respectivos, para el uso indicado en la misma norma –tiro y/o cacería–; así, podemos concebir que esos cartuchos, que bien puede tratarse de los clasificados como del uso exclusivo de las instituciones armadas del país, también pueden ser objeto de la licencia correspondiente para su posesión y/o portación.

Por tanto, la Corte desestimó¹⁴ (sin un argumento serio) la excepción a la prohibición general (la posibilidad de la permisión de los cartuchos mencionados) y al hacerlo así, queda demostrada la invalidez de su enunciado, porque, entonces no en todos los casos la posesión de los cartuchos respectivos está prohibida; lo escrito, irremediablemente trae como consecuencia la caída de su construcción lógico-argumentativa.

A la demostración anterior, podría rebatirse: si existe autorización para la posesión de los cartuchos (de uso exclusivo), entonces no habría delito¹⁵ y el enunciado demostrativo que sostengo sería nulo; pero, el punto que nos interesa despejar, es: suponiendo que un particular cuente con la autorización indicada en el artículo 8º in fine, 10º fracciones V y VI, esto es para la posesión y/o portación de un rifle deportivo de alto poder, pero que contara con un número *excesivo* de cartuchos (que son de uso reservado al Ejército...) al propósito de tiro o cacería, en este caso, ¿Su conducta sería puni-

¹³ Las armas deportivas, deben trasladarse descargadas a los lugares donde se utilicen, como lo prevé el artículo 30 del Reglamento de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

¹⁴ En la ejecutoria relativa se puede leer: "...Es válido concluir que, en el caso, resulta intrascendente establecer si la posesión de cartuchos para armas de uso prohibido excede de las cantidades permitidas, en tratándose de quienes cuentan con autorización por parte de la Secretaría de la Defensa, esto en virtud de que para los particulares se encuentra absolutamente vedada dicha posesión, lo cual se ve reforzado si se relaciona con el artículo 50 del ordenamiento legal en cuestión..." (Op. Cit., nota núm. 1; Lo resaltado es mío).

¹⁵ De ser así, suponiendo la posesión de los cartuchos –de uso reservado– con *previa autorización*, se eliminaría el elemento de antijuridicidad en el delito, es decir, no habría delito por perseguir, al sujetarse la conducta implicada a la base de la ley.

ble, según el actual criterio de la Corte?, ¿Se castigaría su conducta, aún contando con el permiso correspondiente?, ¿Qué no sería necesaria la existencia de un límite a la posesión de los cartuchos respectivos, para que en el caso de violarse aquél se aplicare la sanción relativa?

Los cuestionamientos escritos, apuntan a un problema de previsión legislativa, no de interpretación judicial, porque bajo la misma hipótesis penal,¹⁶ *válidamente no podría penalizarse* tanto a un deportista de tiro y/o cacería (que contare, desde luego con la autorización correspondiente) con posesión desmedida de cartuchos, como a un particular (sin esa calidad) que poseyera (sin el permiso respectivo) cualquier cantidad de cartuchos, sin obtenerse resoluciones incongruentes.

Como observamos, el anterior razonamiento lógico apunta a la regulación actual del ilícito previsto en el artículo 83 Quat, fracción II, de la ley tratada, lo cual revela, la *ratio legis*, en su actual redacción: este delito se encuentra destinado a un sujeto activo, con determinada calidad, no a cualquier persona que posea los cartuchos; y, ha de ser aquél deportista de tiro o cacería, con autorización para poseer y/o portar las armas indicadas en el artículo 10º fracciones V y VI, que posea los cartuchos en las cantidades superiores a las que se indicaren.

Sobre este punto, la deducción apunta a la siguiente pregunta: ¿Entonces, cómo se resuelve el problema de quienes no teniendo la calidad antes apuntada poseen cualquier cantidad de los cartuchos reservados? La respuesta es sencilla, el legislador tiene una nueva tarea: especificar cuál es el límite máximo, de los cartuchos que se permiten poseer a los deportistas de tiro y/o cacería; además, la de precisar en el tipo penal, la prohibición que tienen los particulares –que no son deportistas en tiro y/o cacería– de poseer cualquier cantidad de los cartuchos mencionados, so pena de sanción penal determinada.

¹⁶ Haciendo cita del artículo 83 Quat, fracción II, de la ley federal de la materia.

2. AL ARGUMENTO ANALÓGICO

El segundo argumento, también carece de solidez lógica: partimos de que es válido sostener que los particulares bajo determinadas condiciones tienen la posibilidad de poseer cartuchos para armas de fuego de uso reservado, mediante la autorización necesaria al efecto. Ergo, si es viable dicha circunstancia, hay impedimento lógico para utilizar el segundo argumento (analógico) y también para justificar, en consecuencia, la punibilidad de los cartuchos referidos.

Así las cosas, puede sostenerse el siguiente contra-argumento relacionado a la segunda hipótesis (analógica) empleada por la Corte: sí puede existir autorización –bajo ciertos requisitos- para poseer o portar armas de fuego de uso reservado y también puede haberla para poseer los cartuchos correspondientes.

Por consiguiente, el segundo argumento (de analogía) empleado por el Máximo Tribunal, no pasa un examen de estricta lógica jurídica, por defecto de la premisa sustancial sistemática.

3. AL ARGUMENTO SINTÉTICO

El tercer argumento de la Corte, es una síntesis de los dos anteriores (del sistemático y analógico), cuyo fin, aparentemente, es desvirtuar la validez y utilidad de la oración legal (obstaculizadora) a la forma de la emisión concluyente del fallo: es un argumento engañoso señalar que “...No es óbice a lo anterior, que la fracción I, del referido numeral 83 *Quat se refiera a la expresión “cantidades mayores a las permitidas”,...*”, porque tal redacción fue la ideada, con el propósito legislativo de contemplar un tipo penal con una calidad determinada en el sujeto activo del ilícito, como se apuntó anteriormente.

4. AL ARGUMENTO DE REDUCCIÓN AL ABSURDO

Respecto al argumento de reducción al absurdo, propuesto en la jurisprudencia analizada, propiamente no existe tal, por el contrario, no es errónea la conclusión de que existe autorización –desde luego, bajo ciertos requisitos–, para que los particulares cuenten con cartuchos para armas de uso reservado al Ejército, Armada y Fuerza

Aérea, así se desprende del precepto 10º fracciones V y VI; demostración que ya fue realizada al analizar el argumento sistemático.

V. COMENTARIO GLOBAL, AL CRITERIO ASENTADO EN LA TESIS DE JURISPRUDENCIA 1A./J.1/2003

Leídas las líneas que anteceden, observamos dentro de los argumentos anteriores, la presencia del criterio subjetivo¹⁷ de interpretación, ya que se busca el sentido de la norma, en la forma que el legislador “quiso proyectarla”.¹⁸

Bajo este rubro, solamente resta indicar que la Corte tuvo pluralidad de opciones interpretativas al momento de emitir el fallo, entre ellas tenemos los siguientes criterios que pudieron tomarse en cuenta al resolverse la contradicción de tesis multicitada:

1.- El criterio de calibre de los cartuchos, según el cual, la posesión de los cartuchos para armas de fuego de uso reservado, resulta ilícita, sin importar el número de aquellos, ni el sujeto que los porte, es decir, no se reconoce excepción alguna a la prohibición general (que fue adoptado por el Máximo Tribunal).

2.- El de la calidad del sujeto que los posea, en el que, la posesión de los cartuchos mencionados no en todos los casos resultaría punible, advirtiéndose dos vertientes:

a) Para los deportistas de tiro y/o cacería, que contaren con las licencias correspondientes, en los términos de ley, según quedó precisado en el apartado 1, de crítica de esta elaboración; respecto aquellos, la conducta de posesión de los cartuchos referidos, no resultaría

¹⁷ “El sentido de la norma, según el criterio subjetivo, es el originario o sea el que se le quiso dar a quien la creó; es preciso por ende determinar cuál es la “voluntad” o intención del legislador y así desentrañar el fin, el contenido, la ubicación y la congruencia sistemática del contenido de la norma”. (Gamas Torruco José, *Reflexiones sobre la interpretación de la Constitución y la nueva posición del órgano judicial federal*, página 15).

¹⁸ Ello se corrobora en la lectura de la ejecutoria de la jurisprudencia analizada: “...si se admitiera que existe permiso para que los particulares puedan poseer cualquier cantidad de cartuchos para armas de uso prohibido, bajo el argumento de que el legislador no lo tipificó, va en contra de los principios que se plasmaron en las reformas que concluyeron con el decreto publicado el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y, entre otras, se estableció el tipo penal en estudio”. (Ob. Cit., nota núm. 1; El subrayado es mío).

punible, al contarse con las autorizaciones respectivas (siempre que no se excediera en la posesión de cartuchos, en cuanto los fines de tiro y/o cacería).

Cabe mencionar en este caso, según nuestro particular punto de vista, la posesión aludida engendraría responsabilidad, siempre y cuando aquel deportista de tiro y/o cacería, excediera la posesión de los cartuchos comentados, al fin de la actividad correspondiente.

b) Quienes no disfrutan de la calidad de deportista de tiro y/o cacería, para los que, en estricto sentido, la ley no contempla excepción alguna.

Conforme a lo anterior, ya nos percatamos del verdadero trasfondo de la cuestión traída al presente análisis: la existencia de una laguna legislativa penal. En efecto, considerando las ideas vertidas con anterioridad y el contenido del propio texto de las disposiciones implicadas, no es difícil percatarnos, de que no está regulada expresamente la diferencia tipológico-penal, para quienes son deportistas de tiro y/o cacería y quienes no tienen tal distinción, lo cual ha generado confusiones interpretativas, y en consecuencia, se ha criminalizado indebidamente a los primeros.

Por lo anterior, se insiste, se requiere una labor legislativa que perfeccione el tipo penal previsto en el artículo 83 quat, fracción II, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, de forma que contemple una norma jurídica completa, según los incisos antes plasmados.

VI. PERSPECTIVAS SOBRE EL TEMA

Una vez sentado lo anterior, considerando la razonabilidad de los argumentos críticos antes detallados, conviene escribir la actual valoración y la posibilidad de una visualización futura del tema.

El primer punto a tratar, es determinar si en las circunstancias actuales, existe la posibilidad de interrumpir (totalmente) el criterio judicial vigente analizado. Sobre tal punto, si tenemos presentes los medios idóneos para lograr tal fin, advertiremos que en ellos nuestro Máximo Tribunal tendrá la última palabra, pero también,

la alternativa de reconsiderar la razonabilidad de la resolución aquí comentada.

a) En primer lugar, la Corte puede retomar el análisis del tópico, si después de haberse agotado los recursos ordinarios interpuestos por la defensa y/o el inculcado, dentro del proceso penal federal, se promueve¹⁹ *amparo directo contra la resolución de alzada*, argumentando violación al principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, contenido en el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; tal conocimiento, puede ejercerse, desde luego, en recurso de revisión, bajo los lineamientos de la facultad de atracción, acogida en el numeral 107 constitucional, fracciones V in fine, VIII y IX, además de los preceptos 84 fracciones II y III de la actual Ley de Amparo.

Lo anterior, no obstante que el amparo directo fue la vía utilizada para impugnar las determinaciones recaídas a la segunda instancia, en los procesos penales seguidos por el delito que nos interesa y que posteriormente, bajo las resoluciones antagónicas de los Tribunales Colegiados de Circuito, desembocó en la contradicción de tesis, cuyo fruto constituye el actual criterio (de jurisprudencia); empero, bajo aquellas condiciones dejaron de ponderarse argumentos trascendentales, que actualmente, obligan a un mejor razonamiento de todas las situaciones implicadas para un posible y renovado fallo, porque:

El criterio adoptado en la jurisprudencia analizada, transgrede el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal,²⁰ adoptado por nuestra Constitución Política en el artículo 14, tercer párrafo.

La Suprema Corte, para emitir su resolución se basó, en los ar-

¹⁹ Con apoyo en los artículos 1º, 14, 17, 73 fracción XXI, 103, fracción I, 107, fracciones V y VI, 124 y 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1º, fracción I, 4, 5, 11, 158, 166 de la Ley de Amparo vigente; 10, fracción III, 21, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

²⁰ Tal principio: "...es el postulado más importante del derecho penal. Suele expresarse diciendo que no hay delito sin ley, ni pena sin ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Es decir, no hay más hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan. Ni más penas que las que las mismas leyes establecen". (García Maynes Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, página 379).

gumentos sistemático, analógico y de reducción al absurdo, pero dejó de ponderar el principio de “conformidad a la norma constitucional”, para resolver el caso concreto. Tal situación se evidencia, con mayor fuerza, en el razonamiento analógico (al que nos remitimos, por haberse citado anteriormente).

Conforme a lo expuesto, nos encontramos en la posición de afirmar que la Corte ignoró el límite a la interpretación judicial (prohibición de analogía *in malam partem*²¹) previsto en la norma constitucional precitada,²² porque arguyendo una supuesta interpretación

²¹ Que, según el extinto estudioso Malo Camacho Gustavo: “...es el procedimiento analógico relacionado con la creación de tipos o de penas, el cual está estrictamente prohibido de la ley penal. Esta forma de integración analógica, prácticamente de manera unánime, aparece negada por las legislaciones del mundo, orientadas en la línea, del derecho penal liberal”. *Derecho Penal Mexicano*, página 182.

²² Esa situación ya había sido advertida por la Magistrada Alicia Guadalupe Cabral Parra, de quien comparto opinión destacada en voto particular relacionado a la Tesis III. 1º.P.42P, página 1266; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Época: NOVENA ÉPOCA. Tomo: XV, Enero de 2002. Rubro: CARTUCHOS DE USO EXCLUSIVO PARA LAS FUERZAS CASTRENSES DEL PAÍS. POSESIÓN TRATÁNDOSE DE PARTICULARES: “... la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, contenida en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, deriva de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, que son aceptados y recogidos en nuestra Carta Magna, con el objeto de dar seguridad jurídica a los gobernados y evitar arbitrariedades gubernamentales.-De este modo, se tiene que por virtud de los principios mencionados en el párrafo que antecede, cualquier hecho que no esté señalado por la ley como delito, no será delictuoso y, por tanto, no es susceptible de acarrear la imposición de una pena y, por otra parte, para todo hecho catalogado como delito, la ley debe prever expresamente la pena que le corresponda, en caso de su consumación, motivo por el cual, con el propósito de que se respete la garantía constitucional de exacta aplicación de la ley en materia penal, se proscribe la imposición de penas por analogía y por mayoría de razón.-Este requisito de aplicación exacta de la ley penal, se traduce en la tipificación previa de la conducta o hechos que se reputen como ilícitos y que el señalamiento de las sanciones también estén consignados con anterioridad al comportamiento incriminatorio; de ahí que deba considerarse que las normas punitivas se componen de la descripción de una conducta que configura la infracción y el señalamiento de la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada.-Al ser las cosas así, debe precisarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Federal, que consagra el principio de legalidad en materia penal y que proscribe precisamente a la analogía o mayoría de razón en la imposición de penas por delitos, deben establecerse los elementos del delito en toda conducta que la ley penal tipifique como tal, pues si no se encuentra en las descripciones legales algún elemento del delito, esa norma es contraria al principio de legalidad, pues se crearía confusión en su aplicación y se dejaría en manos del juzgador la precisión de ese elemento faltante; por tanto, una defectuosa técnica en la delimitación de tipos en leyes penales, traería como consecuencia su colisión con el principio de legalidad.-Ese principio de legalidad tiene su razón de ser, en permitir la defensa de los particulares que en un momento determinado se coloquen en los

(en la manera antes citada) de la disposición penal, en realidad la integra, infiriendo de *motu proprio*, –vía interpretación subjetiva– el elemento faltante de un tipo penal,²³ violando el principio “nullum

supuestos de un tipo penal, pues evidente sería que quien se situara en la hipótesis señalada en el párrafo que antecede, esto es, cuando faltare algún elemento del delito, no tendría posibilidad de defensa, en virtud de que cualquier conducta similar a la ahí prevista, por absurda que pareciere, lo colocaría como sujeto activo del mismo, y es claro que quedaría en manos de la autoridad jurisdiccional determinar su situación legal, de manera que el principio de legalidad tiene como fundamento primordial la defensa de los gobernados.-En la especie, la conducta desplegada por el promovente del juicio constitucional, la cual se hizo consistir en la prevista en la fracción I del artículo 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, resulta atípica, por ausencia de uno de los elementos que constituyen dichos delitos.-Así es, como acertadamente lo determinó el tribunal de amparo en la resolución recurrida: “... Del contenido de los preceptos legales en comento, resulta que tal como lo señalan los quejosos en su demanda de garantías, la posesión de cartuchos utilizables en armas de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, no está tipificada como delito, ya que el artículo 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos establece sanciones a quienes posean cartuchos en cantidades mayores a las permitidas y tratándose de los mencionados cartuchos no se puede establecer qué cantidades son mayores a las permitidas, ...Al ser las cosas así, resulta evidente que al sujeto activo que se encuentre en los supuestos del delito que nos ocupa, no se le permitiría llevar a cabo una adecuada defensa, pues éste no tendría posibilidad alguna de defenderse ante la imprecisión de la ley, de no establecer con exactitud el número de cartuchos que lícitamente se pueden poseer por un particular, puesto que sería cualquier cantidad de cartuchos que el juzgador estimara conveniente, para establecer que la posesión de esos artefactos bélicos encuadra en los supuestos del delito de posesión de cartuchos de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, que prevé el artículo 83 quat, fracción I, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.-Sirve de apoyo a lo anterior la tesis registrada con la clave P. IX/95, sustentada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página número ochenta y dos del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, mayo de mil novecientos noventa y cinco, novena época, cuyo contenido se transcribe a continuación: “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.-La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República”.-Consecuentemente, la suscrita Magistrada estima que en el caso se hizo una aplicación analógica de la ley, contrariando lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, razón por la que no está de acuerdo con la mayoría. (CD, *Legislación Penal y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, 2004).

²³ Identificado como complementado, por el criterio primigenio que inició la contradicción de tesis.

crimen sine lege”, de observancia y aplicación estricta, e invadiendo -con interpretación- la función legislativa prevista constitucionalmente en el artículo 73, fracción XXI.²⁴

Aunque este espacio es por naturaleza reducido, por el momento sólo resta precisar que el tercer párrafo del artículo 14 constitucional previene el principio de reserva en materia penal, que contempla la legalidad que en dicha materia prevalece, en cuanto sólo la ley, mediante la *función legislativa*, es fuente formal de los delitos que se establezcan en las leyes, y un argumento que utilice la forma sistemática y por mayoría de razón, no debe “integrar la ley penal”,²⁵ ya que de ser así, el juzgador sustituye a la función legislativa, trastocando los principios de una estructura jurídica liberal, que deben ser respetados en un Estado social y democrático de derecho.

b) También, existe la opción de impugnar²⁶ mediante el *amparo* (contra leyes), el arábigo que prevé el supuesto delito de posesión de cartuchos de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, bajo el argumento de contravención al principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, específicamente porque al ser el delito presupuesto de la pena, al no configurarse aquél por *defecto legislativo de tipificación*, se atenta de manera directa contra el principio constitucional aludido.

Así, la previsión penal-legislativa de la posesión de cartuchos de uso reservado a las instituciones armadas del país, transgrede el principio de exacta aplicación de la ley en material penal, adoptado

²⁴ Cuyo contenido revela, que el Congreso tiene facultad, para establecer los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deben imponerse.

²⁵ Al respecto, Guastini Ricardo precisa: “Si se acepta que el argumento analógico es un argumento “productor” de derecho, o sea, un argumento que sirve para justificar (no una interpretación preferente a otras, sino) la creación jurisprudencial de normas nuevas, la ratio de la prohibición de la analogía en derecho penal es obvia en una cultura de tipo liberal: permitiendo la analogía en derecho penal se violaría el principio de seguridad del derecho, característico del sector de la disciplina jurídica que más directamente incide en la libertad personal”. (Guastini Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, página 5).

²⁶ Con fundamento en los artículos 1º, 14, 17, 73, fracción XXI, 103, fracción I, 107, fracción VII, 124 y 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1º, fracción I, 4, 5, 11, 114, fracción I, 116 de la Ley de Amparo vigente; 10, fracción II, 21, fracción II, inciso a), 48, 51, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

por nuestra Constitución en el artículo 14, tercer párrafo.²⁷

En efecto, la actividad legislativa perteneciente al actual contenido del artículo 83 quat fracción II de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, dejó de ponderar el principio de “conformidad a la norma constitucional”,²⁸ al que están sujetos todas la autoridades estatales, ya que, al anterior Cuerpo de Normas, se incorporó con falta de precisión, claridad y estructura adecuada, el tipo penal ahí descrito, por lo cual, se habla de un *tipo penal defectuoso*, ideado con ausencia de técnica legislativa, que redundo en perjuicio de los gobernados.

Sobre el punto abordado, resulta indispensable mencionar, que constituye obligación del órgano legislativo federal, expedir leyes penales sustantivas claras, precisas, exactas, que proporcionen la seguridad jurídica que los individuos requieren en una sociedad democrática, evitando en la mayor medida posible las irregularidades que se pueden desprender cuando se yerra en tal encomienda,²⁹ cuan-

²⁷ Textualmente prevé: “En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

²⁸ Que abarca implícitamente el de supremacía constitucional, previsto en el artículo 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁹ Sobre tales ideas destaca el contenido de la tesis aislada, cuyos datos de localización y contenido son: novena epoca, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Septiembre de 2003, página: 288, Tesis: 1a. XLVI/2003, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal: “ASOCIACIÓN DELICTUOSA. EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, AL ESTABLECER SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, CUMPLE CON LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL. La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en la prohibición de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, obliga al legislador a que, al expedir las normas de carácter penal, señale las conductas típicas y las penas aplicables con tal precisión que evite un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador, por lo que la ley penal debe estar concebida de tal forma que los términos mediante los cuales se especifiquen los delitos o las penas, sean claros, precisos y exactos a fin de evitar que la autoridad aplicadora incurra en confusión ante la indeterminación de los conceptos y, en consecuencia, en demérito de la defensa del procesado; además, el legislador, establecerá los tipos penales y elementos que los contienen, acorde con la conducta que trate de regular y del bien jurídico que se pretenda proteger, [...]”.

Amparo directo en revisión 268/2003. 11 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. (Ius 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005; El corchete es mío).

do no hay cumplimiento con tal cometido, se origina incertidumbre jurídica, divergencia de criterios³⁰ e inconsistencias judiciales.

El medio alternativo de impugnación propuesto, aún cuando sobre el tema existe el criterio definido de la Corte, se justifica, porque la materia de la contradicción de tesis traída al análisis, se ocupó únicamente el estudio de la punibilidad del supuesto jurídico ahí expuesto, trayendo a colación diversas normas secundarias, sin incluir, el análisis de constitucionalidad³¹ del propio precepto 83 quat fracción II, de la ley de la materia, bajo los presupuestos antes descritos, lo cual, constituye una posibilidad de impugnación alternativa en defensa de los gobernados.³²

VII. REFERENCIAS DE INFORMACIÓN

1. BIBLIOGRAFÍA

Gamas Torruco José, *Reflexiones sobre la interpretación de la Constitución y la nueva posición del órgano judicial federal*, Serie Estudios Jurídicos, N° 9; 1ª edición; Universidad Nacional Autónoma de México; México, 2002.

García Maynez Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 30ª edición, México, 1979.

Guastini Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Gascón Marina y Carbonell Miguel, traductores; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; 1ª edición; México, 1999.

³⁰ Respecto a la existencia de criterios contradictorios en el orden judicial, hay estudiosos que hacen notar dicha circunstancia: “Ciertamente, en el análisis del sistema de justicia penal mexicano no han faltado las manifestaciones críticas que inciden directamente en la función jurisdiccional; así, además de atribuir la crisis a un poder judicial realmente autónomo e imparcial, también se le atribuye a la complejidad y lentitud de los procedimientos penales por la existencia de obsoletas e incongruentes normas y viciadas prácticas procesales, a la corrupción administrativa, a la jurisprudencia a menudo contradictoria e inconsistente por la diversidad de criterios, entre otras causas; ...” (Moreno Hernández Moisés, *Retos del Sistema Procesal Mexicano*, página 97).

³¹ Que sin duda resultaría interesante, al sopesarse sendas normas ordinarias y constitucionales implicadas (entre las que destaca, sin duda, el artículo 10º en estrecha correlación con los anotados a lo largo de esta elaboración).

³² Debemos reconocer que la impugnación a que aludimos, lleva aparejados argumentos detractores, empero entrar al estudio judicial del tema, en la perspectiva propuesta, significaría dar la oportunidad de una eventual evolución del sistema jurídico-penal mexicano.

Malo Camacho Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 2000.

Mir Puig Santiago, *Derecho Penal*, Parte General; 6ª edición; Editorial Repertor; Barcelona, 2002.

Moreno Hernández Moisés, *Retos del Sistema Procesal Mexicano*, *Conferencias Magistrales*, Colección, N° 8; INACIPE, 2004.

Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Jurisprudencia en México*, 1ª edición, Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2002.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVII, febrero de 2003, Pleno y Salas, página 96.

2. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Reglamento de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

3. OTROS

Multimedia:

Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación; Dirección de Compilación y Sistematización de Tesis; 2004.

Ius 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección de Compilación y Sistematización de Tesis; 2005.

R

esponsabilidad penal del adolescente. Rechazo y consecuencias en el esquema legal vigente

Apolinar Pedro Vargas Ordóñez
Defensor Público Federal

1. RESPONSABILIDAD PENAL

Todavía hoy día, algunos expertos en materia de menores infractores consideran una prohibición hablar de la responsabilidad penal del adolescente, en gran medida por el arraigamiento de los rancios postulados del esquema de justicia de corte tutelar, subsistentes en la mayoría de las legislaciones estatales y la permanencia de sus resabios en las denominadas “semi-garantistas” como la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores de 1991, aún vigente, que por justa razón ha sido calificada como ecléctica y poco funcional pues en vez de mejorar la situación jurídica de aquéllos, la vino a empeorar.¹

Los paladines de la continuidad del paternalismo (tutelarismo) en el ajusticiamiento a niños y adolescentes desecharon toda posibilidad de formular a éstos juicio de reproche con base en un concepto de responsabilidad limitada, acorde a la edad e inconcluso desarrollo psico-físico, aduciendo que por estas condiciones requieren de “mayor protección”, la cual hipotéticamente se lograría con una regulación y procedimientos especiales, pero alejados del ámbito penal. Así, partiendo de una presunción “*iuris et de iure*” de que los menores son inimputables, se les pretendió extraer del “*ius puniendi*” para albergarlos en el ámbito administrativo, pero la consecuencia jurídica necesaria, que ahora todos observamos fue la su-

¹ González Placencia, L. (2000) *Las consecuencias del peligrosismo frente a los derechos humanos: límites éticos de la prevención especial positiva*. Alegatos, 40, septiembre-diciembre, páginas 465 a 480.

presión de casi todas las garantías sustantivas y procesales.

Según el tradicional discurso tutelar, el Estado debía intervenir tratándose de niños infractores, de la forma como lo hace en cuestiones relativas a salud, educación, construyendo así una rama especial sobre menores delincuentes diferente de la penal, en la que no se exige observancia de las garantías de carácter penal, perdiendo con ello la calidad de sujetos de derecho para pasar a ser objetos de derecho. Se afirmaría que *“El Estado interviene en bien de los trabajadores en la justicia obrera, y en los campesinos en la justicia agraria. El mismo Estado también se constituye en tutor de los menores en la justicia destinada a los infractores...”*²

En realidad, la aceptación de la responsabilidad penal del adolescente no viene a significar desprotección para él sino una revaloración objetiva de su capacidad intelectual y reinserción en el segmento jurídico que le corresponde: el derecho penal. Para que, en principio, se beneficie del sistema de garantías constitucionales diseñadas para todos los procesados con inclusión del niño y adolescente y además para que reconociéndoseles calidad de sujetos de mayor vulnerabilidad dentro de la sociedad y atendiendo al principio de *interés superior del niño* también se les hagan extensivos los derechos que la doctrina internacional de protección a la infancia ha sustentado en diversos instrumentos internacionales.

En la actualidad, el ritmo de vida, el avance tecnológico en los medios de comunicación masiva y satelital, la mayor interacción social y elevación del nivel de educación son factores que inciden en la temprana madurez del adolescente, haciéndolo más precoz, por ello objetivamente es imposible sostener que se es inimputable a los 17 años. Sobre esta consideración López Rey señala que: *“es evidente que el menor de nuestro tiempo es maduro para asignarle un papel en la colectividad, papel que significa responsabilidad”*.³

No existe un momento específico en la vida del adolescente en

² García Ramírez, Sergio *La Justicia Penal para Menores Infractores* en: Memoria del Curso de Actualización. México S. G. páginas 153 a 174.

³ López Rey y Arrojo, Manuel. *Criminología*. Tomo I. Editorial Aguilar, Madrid 1985, Página 285.

el cual deja de ser inimputable y pasa a ser imputable sólo por virtud de una presunción “*iuris et de iure*”. Más bien es indispensable suponer la capacidad de culpabilidad y con ello de responsabilidad del menor. Se ha sostenido que en todo, existen niveles de imputabilidad. “*Sabemos que hay grados de reprochabilidad porque hay grados de autodeterminación*”, en cada momento el ser humano tiene un particular ámbito de autodeterminación que nunca es igual no sólo entre dos hombres, sino en uno mismo, en ello influyen las circunstancias físicas y psíquicas.⁴

2. GARANTISMO. CONCEPTO

El garantismo, como el modelo actual más acabado, para administrar justicia a niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, se empezó a gestar en el seno de la Organización de Naciones Unidas, desde la Declaración de Ginebra de 1924, luego con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, conformándose plenamente la doctrina de protección integral del menor mediante la elaboración de cuatro de los más relevantes documentos: la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de dicha Organización en 1989, las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de Riad y las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad.

El garantismo, antítesis del discurso tutelar, no suprime los beneficios de la legislación nacional, por el contrario propugna porque al menor en conflicto con la ley penal, en el caso de nuestro país, se le instruya procedimiento dentro del esquema de garantías constitucionales, consagradas en los artículos 13, 14, 16, 19, 20, 21, 22 y 23 de nuestra Carta Magna, como límite necesario para evitar los excesos de la autoridad, ampliadas por la ley secundaria y por la legislación internacional supracitada.

Una de las marcadas diferencias entre los sistemas garantista y tutelar estriba en que aquél pugna por el reconocimiento de garan-

⁴ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 3, página 178.

tías, mientras el segundo, so pretexto de propiciar una sobreprotección estatal (paternalismo), las estima innecesarias. Entre las legislaciones primeramente correccionales, luego transformadas en tutelares, se cuentan el Reglamento de 1926, luego la Ley de 1928, su Reglamento, la Ley de 1941, la que creó los Consejos Tutelares de 1973 y muchas legislaciones estatales actuales.

Un sistema de justicia penal moderno, tanto más justo puede ser calificado, cuanto más le den sentido las garantías porque sirven de limitación al abuso del poder estatal: *“la función específica de las garantías en el derecho penal en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, desvincular, el ejercicio absoluto de la potestad punitiva”*.⁵ Por ello, un esquema legal de menores no puede ser excepción, más deberá construirse sobre el presupuesto de la responsabilidad del menor, de otra forma no existe posibilidad de mantenerse y de constituirse como un genuino sistema de justicia. *“Uno de los elementos básicos de este modelo de justicia es la consideración del menor como responsable de sus actos, debiendo asumir por lo tanto, las consecuencias que de ello se deriven”*.⁶

3. RÉGIMEN ACTUAL Y VIOLACIÓN DE DERECHOS

La creación de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, publicada el 24 de diciembre de 1991, aún vigente, se dio en un contexto de apertura y globalización en el que el gobierno mexicano deseaba mostrar la intención de cumplir sus compromisos contraídos con la comunidad internacional con el objeto de que se aprobara el TLC, apresurando para ello la elaboración de la dicha Ley que recepcionaría el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, compromiso previo. Sin embargo, lamentablemente, a pesar de que sus artículos 1º y 2º señalan como objetivos reglamentar la función del Estado en la “protección de los derechos de los menores” y el “irrestricto respeto” a la Constitución

⁵ Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1995, página 92.

⁶ Ríos Martín. *El menor infractor ante la Ley Penal*. Granada 1993.

y a los tratados internacionales, no ocurrió así, sólo constituyó un intento tímido. El error del ordenamiento estriba en haber rechazado, como punto de partida y base de su contenido, la responsabilidad del adolescente, así como los principios fundamentales consagrados en aquel instrumento internacional, generando antagonismo con nuestra ley fundamental. *“A pesar de que la palabra clave para entender la receta contenida en la Convención en cita es responsabilidad que debe traducirse en una nueva ley, dado que ese documento propone que cada uno asuma la responsabilidad que le corresponda, en función de su edad, de su inserción social y su lugar en el mundo, devolviéndoles autonomía, iniciativa y responsabilidad”*.⁷

Afortunadamente los residuos de tutelarismo en la ley de 1991 y la oposición irreflexiva a homologarla a los instrumentos internacionales y a que se estructure un modelo de verdadera justicia garantista de menores está a punto de sucumbir. Muy recientemente ha sido votada mayoritariamente en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión la reforma al artículo 18 constitucional que ahora mismo podría haberse publicado como un primer paso para adoptar en definitiva los postulados de la doctrina de protección del menor de Naciones Unidas para después crear la ley ordinaria. Existen al menos cuatro anteproyectos de ley de justicia de menores, destacando una iniciativa del Ejecutivo Federal. En tanto ocurre lo anterior, procede destacar sólo algunas de las consecuencias del yerro de la ley en comento, traducidas en afectación de garantías del menor:

a).- Dentro del procedimiento instaurado a menores, por la comisión de un ilícito penal se dio vida jurídica a un órgano de procuración eufemísticamente denominado “comisionado” (artículo 35, fracción II), diverso del Ministerio Público, no previsto en el artículo 21 constitucional.

b).- La ley propicia la detención del adolescente en fase de ave-

⁷ Beloff, Mary. *Los jóvenes y el delito. Responsabilidad es la Clave*. Revista Bien Común. Número 124. México. Abril 2005. páginas 35 a 37.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

riguación por un plazo mayor al de cuarenta y ocho horas, prohibido por el 16 constitucional porque teóricamente aquél puede permanecer a disposición del Ministerio Público hasta por ese plazo y posteriormente ante el comisionado veinticuatro horas más.

c).- En esa etapa de investigación, se limita el derecho a la libertad provisional inmediata del menor, contraviniendo la fracción I, apartado “A”, del numeral 20 de la Carta Magna porque siendo el Ministerio Público el que la inicia, suele agotar las cuarenta y ocho horas que como máximo puede retenerlo, pero no puede disponer su libertad provisional, excepto tratándose de delito culposo, por ende es hasta que lo remite al comisionado cuando dicho menor podrá solicitar tal beneficio (35, fracción II, incisos a) y b) y 46).

d).- La compresión de la garantía de la libertad provisional, el uso generalizado de la prisión preventiva y de “tratamientos en internación” quebranta el principio de subsidiariedad el cual busca que la privación de la libertad, sea el último recurso y por un *periodo mínimo necesario*; así como la presunción de inocencia, pues al privársele preventivamente se presume su responsabilidad, en oposición a la Convención Internacional.

e).- La naturaleza y función de los órganos, con especial énfasis en el Consejo de Menores, que intervienen en este procedimiento, se torna criticable por ser atentatorio del principio de división de poderes porque estando adscrito al Ejecutivo Federal, dirime conflictos de naturaleza penal y sobre todo impone tratamientos en internación (penas), facultad conferida sólo a la autoridad judicial por disposición del artículo 21 de la Carta Magna, sin preverse en ésta como excepción.

f).- Las órdenes de comparecencia o de presentación de menores y la sujeción a procedimiento en internación (formal prisión) por los consejeros violentan garantías de seguridad jurídica, contenidas en los artículos 16 y 19 de la Constitución porque la observancia de dichas garantías supone que no podrá girarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de 72 horas sin que se justifique

con un auto de formal prisión, pero estos actos no los puede emitir una autoridad que no sea judicial.

g).- Hay operancia deficiente del principio de culpabilidad y excluyentes de responsabilidad. Al negarse ésta, sería improcedente alegar causales de inculpabilidad tales como el estado de necesidad exculpante, inexigibilidad, etc.

h).- Existe indeterminación de la sanción legal y judicialmente que viola el principio de legalidad y genera inseguridad. Además de contravenir los artículos 15 y 17 constitucionales por no aplicar un convenio internacional e impedírseles la justicia.

El principio de solidaridad en la producción de la prueba judicial

Salvador Velázquez Larios

Asesor Jurídico Federal

*“El arte del proceso no es esencialmente otra
cosa que el arte de administrar las pruebas”.*

Jeremías Bentham

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de prueba judicial. III. Papel de las partes en la producción de la prueba. IV. Carga de la prueba. V. Visión individualista. VI. Planteamiento solidarista. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La prueba, entendida como el medio para demostrar hechos o actos en el proceso judicial, consigna múltiples y variados tópicos, tanto en la producción como en la valoración y percepción que de la misma realiza el operador jurídico.

Las partes contendientes, según la visión clásica o tradicional de las cargas probatorias, tienen la obligación, deber o responsabilidad, de aportar los medios de prueba al proceso, según el interés y la necesidad que les compele a obtener lo que piden en el contradictorio; se sigue el principio de que quien afirma está obligado a probar, salvo excepciones de negativa lisa y llana.

El juzgador, por su parte, dentro de las facultades que legalmente le competen, tiene el deber de vigilar y llevar a buen puerto el debido proceso, por sí mismo, destacadamente el trámite de la recepción de los medios de prueba y, excepcionalmente, con las limi-

taciones que toda excepción conlleva y que la propia ley estipula, a decretar diligencias para mejor proveer, siempre respetando las garantías del proceso y fundamentalmente, la salvaguarda irrestricta del principio de igualdad de las partes en el proceso.

Bajo esta perspectiva, una visión individualista de las cargas de probar, conduce a establecer que sólo a quien importe la responsabilidad del buen éxito de su accionar en la obtención de declaración jurisdiccional que le reporte los beneficios pretendidos en el contradictorio, sólo a esa parte interesará la producción de la prueba para alcanzar ese fin egoísta; egoísmo que en principio, pugna con el fin de la justicia entendida en su sentido amplio y no circunscrita a la “justicia legal”.

La desigualdad de las partes en el proceso, obliga a buscar mecanismos de equilibrio para impartir justicia eficaz, distribuyendo cargas de probar partiendo de la solidaridad que implica que la parte que cuente con los medios de prueba y que por razones diversas le resulte a la otra parte materialmente imposible aportarlas al contradictorio, aquel contendiente las aporte al juicio para la debida impartición de justicia.

Formularé las conclusiones de esta aportación, con las citas de pies de página y los créditos de quienes sobre el punto a desarrollar, han contribuido de manera siempre notable.

II. CONCEPTO DE PRUEBA JUDICIAL

En el Diccionario Enciclopédico Salvat de la Gran Enciclopedia del Estudiante versión multimedia, año 2000, encontramos que la palabra prueba expresa: “1 Acción y efecto de probar. 2 Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se demuestra una cosa. 3 Indicio o señal de algo. 4 Ensayo o experiencia que se hace de algo. 5 Competición deportiva. 6 Pequeña cantidad de un género que sirve para demostrar su calidad. 7 Operación aritmética con que se averigua la exactitud de otra ya realizada. 8 Muestra de una composición tipográfica para poderla corregir. Se usa especialmente en plural. 9 Por ext., muestra del grabado y de la fotografía; repro-

ducción de una imagen fotográfica. 10 A prueba. Que se puede probar o experimentar antes de comprarlo. 11 Hecho con perfección, a toda ley. 12 A prueba de agua, de bomba, etc., o a toda prueba muy sólido. 13 En prueba de. En señal de lo que se expresa. 14 Poner a prueba procurar que se demuestren las condiciones de una persona o cosa”.

Estas son definiciones de prueba en lo general, palabra que tiene su origen en el vocablo latino *probandum* que significa probar o hacer fe.

Ramírez Gronda,¹ define prueba: “Demostración de la existencia de un hecho físico o jurídico según las formas y condiciones exigidas por la ley. // Los medios que pueden utilizarse en juicio para demostrar la veracidad de los hechos aducidos”.

Por otra parte, Cernelutti,² señala que: “en el lenguaje común, prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición; sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar;...”

Teniendo la noción del significado de la palabra prueba, diremos que la prueba judicial, según versión de Bermúdez Cisneros,³ es “la que se desarrolla ante las autoridades judiciales durante la tramitación de un juicio, cualquiera que sea la materia sobre la que verse la contienda”.

Por prueba judicial, para Devis Echandía,⁴ “es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”.

Falcón,⁵ por su parte dice, tributando a Lessona que: “la prueba

¹ Ramírez Gronda, Juan D.- *Diccionario Jurídico*. Colección Diccionarios. Editorial Claridad, S. A. Cuarta edición, Buenos Aires, Argentina 195., página 209.

² Cernelutti, Francesco.- *La Prueba Civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones De Palma Buenos Aires, Segunda edición, Argentina 1982, página 38.

³ Bermúdez Cisneros, Miguel.- *La Carga de la Prueba en el Derecho del Trabajo*. Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México 1976, páginas 3 y 4.

⁴ Devis Echandía, Hernando.- *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Víctor P. De Zavala-Editor, Quinta edición, Buenos Aires, Argentina 1981, página 34.

⁵ Falcón, Enrique M.- *Cómo se Ofrece y se Produce la Prueba*. Abeledo-Perro t S.A.E. e I, Segunda edición actualizada, Buenos Aires, Argentina 1995, página 22.

es la demostración en juicio de la ocurrencia de un suceso o de un fenómeno”.

Convenimos entonces que prueba es la acción y efecto de probar, y que prueba judicial es la que, en su sentido amplio, se aporta al proceso y siguiendo las reglas preestablecidas para su producción, aporta convicción al juzgador sobre la certeza de los hechos contradictorios.

III. PAPEL DE LAS PARTES EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

El Estado - Juez, es decir, el órgano jurisdiccional creación del Estado para resolver los conflictos entre las partes en contradicción, es el principal interesado en que se imparta justicia, evitando males mayores –conflictos sociales o de otra índole-, cumpliendo así con uno de sus fines de acuerdo a la teoría clásica (orden social).

Sin embargo, con sus particularidades en la materia penal, las partes en conflicto son las principales interesadas en que el contradictorio se resuelva de manera pronta, cada una pretendiendo se le otorgue razón a su causa de pedir, accionando bajo los principios de buena fe y veracidad de la prueba.

En el proceso, la producción de la prueba es el aspecto fundamental para crear convicción en el juzgador sobre la certeza de los hechos y de las afirmaciones de quienes contienden, por lo que, el papel o rol que juegan las partes es vital para la debida integración de la litis y resolución del sumario, aportando los medios de prueba que serán la columna vertebral sobre la que descansará la solución del conflicto. Por ello las partes contendientes producirán la prueba en el proceso, de una manera determinante, sin dejar de observar que por virtud del activismo judicial, el juzgador pueda producir prueba en el proceso, aún cuando no haya sido motivada por las partes en contradicción, principalmente en aquellos asuntos en que el Estado tiene particular interés en tutelar de manera abierta y con excepción al principio dispositivo, derechos de grupos sociales vulnerables (menores, incapaces, etc.).

IV. CARGA DE LA PRUEBA

Cuando en un litigio se pretende la obtención de la pretensión, o bien, la liberación del cumplimiento de aquella por la contraria, la pregunta que surge es: ¿quién debe probar? ¿el demandante? ¿el demandado? o acaso ¿tendrá que hacerlo el juez?

Para resolver estas interrogantes, se han establecido reglas en la legislación y ha sido tema de innumerables textos especializados, coincidiendo en que el concepto global del problema debe considerarse como “carga de la prueba”.

Por carga de la prueba, Ramírez Gronda,⁶ dice: “Obligación que se impone en juicio a quien invoca la existencia de un hecho o de un derecho, a establecer su existencia”.

“Un principio de justicia y de seguridad social – señala Martínez Silva,⁷ – exige a la vez que el que pretende introducir alguna innovación sea quien demuestre que su aserción es fundada. En todas las legislaciones del mundo el acreedor debe demostrar la obligación de su pretensión. Lo contrario sería introducir la desconfianza en todas las relaciones sociales y entregar a los azares de la inseguridad los más preciosos derechos”.

El significado etimológico del concepto carga, es: cosa que hace peso sobre otra. Pero con el afán de convertir dichas apreciaciones en una terminología eminentemente jurídica – dice Bermúdez Cisneros⁸ – iniciaremos con la cita de un egregio del derecho, Carnelutti, para quien carga es: “una facultad cuyo ejercicio es necesario para la obtención de un interés”.

Santiago Sentís Melendo,⁹ señala que respecto de la carga de la prueba: “debemos conformarnos con señalar que tiene su funda-

⁶ Ramírez Gronda, Juan D.- *Op. Cit.* página 54.

⁷ Martínez Silva, Carlos.- *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Ediciones Ariel, Dirigida por Luis Martínez Delgado, Barcelona, España 1968, páginas 37 y 38. “...toca al demandante presentar la prueba de su aserto; pero que, si una vez presentada, la otra parte alega a su turno una excepción cualquiera, corresponde a ésta dar las pruebas de esa excepción, y así indefinidamente”. “... estos principios, que no son otra cosa que la razón y el buen sentido aplicados al procedimiento...”

⁸ Bermúdez Cisneros, Miguel.- *Op. Cit.* página 107.

⁹ Sentís Melendo, Santiago.- *Estudios de Derecho Procesal* Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Argentina, página 547.

mento en la libertad de las partes y en la responsabilidad por su actuación”.

No olvidemos que a las partes les incumbe probar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuya aplicación están solicitando; de tal manera que ellas soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras, constituyendo este el principio de autorresponsabilidad.¹⁰

La función probatoria implica –en palabras de García Morelos–¹¹ partes y juzgador, las primeras serán las que lleven las pruebas al proceso mediante la actividad procesal, mismas que pueden y deben contar con oportunidades materiales de contradecir en sede judicial, cuidando que sus derechos no se vean menoscabados; por otra parte, el juez, debe, desde su nuevo sitio, imparcial pero no indiferente, cuidar que los medios de convicción no sean contrarios al derecho.

Por tanto, la inercia tradicional de las cargas probatorias implica trasladar a cada una de las partes en conflicto el probar su afirmación o su contradicción según sea el caso, como sujetos activos o pasivos de la prueba, según el rol que les corresponda en su momento desempeñar, actor, demandado, o contrademandado.

V. VISIÓN INDIVIDUALISTA

El principio dispositivo y el interés de las partes en el proceso, han contribuido a formar una visión egoísta de las cargas de probar, es decir, que cada parte, por su propio interés, legítimo desde luego –considerando que se actúa con lealtad y buena fe–, aporta las pruebas que a su reclamo puedan resultar pertinentes y eficaces, a fin de alcanzar la sentencia que le favorezca.

La propia legislación conduce a esta visión individualista al es-

¹⁰ Parra Quijano Jairo.- *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional, Décima primera edición, páginas 5 y 6.

¹¹ García Morelos Gumesindo.- *Los Derechos Humanos como límites a las actividades probatorias procesales*. Revista Cuadernos Procesales, Órgano de divulgación del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, A.C. y del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal, A.C. Año VI, marzo de 2002, México, D.F., página 10.

tablecer reglas de cargas probatorias, así corresponde al actor probar su acción y al demandado su excepción, resultando el juzgador el aplicador de esta norma y del principio clásico de probar en el proceso.

El reparto probatorio, bajo esta perspectiva, constituye botón de cada una de las partes, con el riesgo de que si los medios de certeza no están al alcance de la parte a quien benefician, sino en el ámbito y bajo el poder o resguardo de la otra parte, quien goza de una mejor condición para aportarlos al proceso, pero por formalismos jurídicos no puede allegarse a éste, esos elementos de convicción no serán agregados al contradictorio y por tanto no producirán efectos para dilucidar el conflicto.

Sobre el tópico, Morello¹² dice, al citar jurisprudencia del tribunal argentino: “El reparto de esa carga se atiende fundamentalmente al estado de necesidad en que se halla la parte que pretende beneficiarse con cuanto le es favorable en lo tocante a las derivaciones jurídicas que persigue. Dicho de otro modo, es (sic) aspecto de la carga de la prueba se regula a (sic) tenor del principio de que la probanza del hecho corresponde a quien tiene interés en afirmar su existencia en razón de que le serán favorables las consecuencias jurídicas”.

VI. PLANTEAMIENTO SOLIDARISTA

Solidario, *ria*, dice el Diccionario Larousse: “Que obliga a varias personas a una misma cosa”

Conforme a este concepto, en materia probatoria, el principio de solidaridad, obliga a que las partes, con lealtad y buena fe, aporten los medios de prueba sin atender a la visión egoísta o individualista que hemos relatado antes, sino partiendo de un concepto amplio de justicia donde los medios probatorios los aporta la parte que está en mejores condiciones de allegarlas para la resolución del diferendo judicial de manera pronta y eficaz.

¹² Morello, Augusto Mario.- *Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba* (La cooperación con el órgano sin refugiarse en el solo interés de la parte) Revista Debate Procesal Civil, Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán, Año 1, Número 4, enero – febrero del 2000, página 53.

La aplicación de este principio solidario en las cargas de probar en juicio, implica, para las partes, cooperar con el órgano jurisdiccional, sin argumentos o artilugios de refugio en el solo interés de la parte (visión individualista o egoísta), y por otro lado, la liberalidad en la producción de la prueba y el activismo judicial, son elementos importantes para que la solidaridad sea efectiva; esto es, el juzgador debe tener la libertad de estimar en qué casos la parte que está en mejores posibilidades de aportar la prueba al contradictorio debe aportarla, aún cuando bajo el principio dispositivo no se tendría la carga de aportarla. Por virtud del activismo judicial el operador jurídico tiene una participación directa, efectiva y tutelar en relación a cuestiones que la ley contempla como de especial atención por tratarse de grupos vulnerables en los que el Estado otorga tutela efectiva, sin ceñirse a las reglas clásicas de las cargas probatorias en la producción de los medios de convicción.

Morello,¹³ al referirse al activismo judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, señala que: “La expresión “activismo” ha ganado plaza para referirse a una actitud en la práctica de los tribunales superiores (lo que vale en general obviamente, para el conjunto de cortes o tribunales) que coloca el acento de las diferencias en la participación directa, intensa y continuada que impulsa y guía, innovadoramente, el accionar del gobierno; en el caso, el que corresponde a la competencia o área del Servicio de la Justicia”.

Ahora, ese liberalismo y ese activismo, no puede llevar al extre-

¹³ Morello, Augusto Mario.- *La Corte Suprema en Acción*. Librería Plaense – Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 1989, página 117 y siguiente. “Tal activismo, horizontalmente, gana espacio porque la Corte ingresa con osadía en la composición o respuesta de fondo de las controversias y, asimismo, también lo gana en profundidad, en lo que concierne a la interpretación, que se reviste de notas creativas. Es que, en relación a los precedentes, marca un cambio de enfoques, tratamientos y sentido de las soluciones, que se corresponden más dinámicamente con las putativas valoraciones comunitarias, en un tiempo histórico determinado y con el propósito de servir de otro modo (al que lo reputa más eficaz para el orden de lo justo). El referido activismo conduce, además y casi necesariamente, a un notorio protagonismo, en cuanto afán del más alto Órgano de la Administración de Justicia, de mostrarse como institución calificada para asumir y plasmar los necesarios razonables desplazamientos y ajustes que contribuyan a la perfección de sus técnicas, con su consecuente aggiornamento, o puesta al día, mejorando, en los resultados, la calidad del Servicio”.

mo de que el juzgador asuma posiciones autoritarias o arbitrarias en detrimento de la igualdad de las partes en el proceso, pues está obligado a respetar el derecho fundamental de defensa de ambas partes e igualmente a no recabar prueba ilícita, es decir, la que se obtiene con violación de derechos humanos; amén de que sus fallos y determinaciones deben fundarse en derecho.

Estas ideas actuales sobre el proceso, en materia de producción de la prueba judicial, haciéndola recaer en quien está en mejores condiciones de verificarlo, porque se sabe, le es más cómodo o menos oneroso o en razón de que hay un deber ético para así cumplirlo, colaborando en aras de la justicia, por sobre las probanzas de la contraria, permiten al juez formar, por esta ruta, la certeza suficiente con la que motivará su fallo.

El juez, respetando las garantías del proceso justo, está habilitado a flexibilizar los principios procesales y fijar las reglas de distribución de la carga de prueba. A esos fines y a tenor de las particulares circunstancias del objeto en controversia o hallarse la parte en mejores condiciones para colaborar en la producción de la misma, será ella la que viene principalmente gravada en su gestión. Este emplazamiento normativo –que recoge los dictados de la realidad litigiosa– incide, determinantemente en el delicado tema de facilitar “razonablemente” al juez formar su convicción fundada y desembocar en una solución acorde con los valores y fines del proceso justo.¹⁴

Se intenta conciliar la libertad de las partes con la solidaridad que debe estar presente en la producción de la prueba judicial.

Los jueces deben asumir ese gran desafío, al pensamiento y al accionar de un modelo de justicia que se polariza en el consumidor, en la protección de los intereses difusos, y en el diseño de un proceso colectivo cruzado por nuevas coordenadas que quieren arribar a consecuencias útiles y justas.¹⁵

¹⁴ Morello, Augusto Mario.- *Carga de Probar: dos puntos clave*. Revista Debate Procesal Civil, Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán, Año 1, Número 2, septiembre – octubre de 1999, página 5.

¹⁵ Morello, Augusto Mario.- *Perfil del Juez al final de la centuria*. Revista Debate Procesal Civil, Supremo Tribunal de Justicia, Año 2, Número 7, julio – agosto del 2000, página 19. El autor

La solidaridad en la carga de probar se justifica en la búsqueda del proceso justo, cuando la fuente de la prueba se encuentra bajo el dominio de una de las partes, por ser esta la que custodia, por disposición de ley o de hecho esa fuente de prueba necesaria para el contradictorio; y en este caso, en congruencia con el principio de solidaridad, no debe hacerse soportar a la parte contraria la falta de acreditación del hecho falto de prueba, pues hacerlo de esa manera, implica exigirle un comportamiento imposible que es incompatible con la prestación de una tutela judicial efectiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Neira Alegría – Perú*, sobre desaparición forzada de personas, identificación de los restos, y carga de la prueba, dijo: “La Corte considera que no corresponde a la Comisión demostrar el paradero de las personas a que se refiere este proceso, sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del gobierno, la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del gobierno o deberían haberlo estado si éste hubiera procedido con la necesaria diligencia. La Corte en casos anteriores ha dicho: “a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de

cita a Cueto Rua, Julio César: “El factor decisivo en el proceso judicial es la justicia; el juez actúa como una suerte de justicia viviente al decir de Aristóteles. Con la sentencia el derecho adquiere su conformación final, dice sus últimas palabras. Cualquier teoría sobre el proceso judicial (o arbitral) de interpretación del derecho que ignore la realidad social y la experiencia jurídica es, obviamente, incompleta e insatisfactoria y aunque la reconozcan si no toma en cuenta la estructura compleja de los valores jurídicos será igualmente incompleta e insatisfactoria. Citando a Periman puntualiza que “el buen juez es aquel que utiliza toda la maquinaria legal para asegurar el reinado de la justicia” y concluye: en última instancia una teoría compleja y satisfactoria del proceso judicial es una teoría de comprensión del sentido de la justicia.

la cooperación y de los medios que le proporcione el gobierno”.¹⁶

En el caso *Bácama Velásquez – Guatemala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a las formalidades requeridas en relación con el ofrecimiento de prueba, ha expresado que: “el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y ... ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”.¹⁷

En otro tópico, es grato percatarse que en el Código Procesal Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero,¹⁸ en aras de un proceso sin dilaciones y observándose el principio solidario de la prueba y el “activismo judicial”, sus artículos 270 y 522 son muy ilustrativos en su contenido sobre el particular:

“Artículo 270.- El juzgador podrá ordenar la práctica de las diligencias de prueba que considere pertinentes para lograr su cercioramiento sobre los hechos discutidos. Esta facultad deberá ejercerse respetando las reglas de la carga de la prueba y procurando mantener la imparcialidad del juzgador y la igualdad de las partes”.

“Artículo 522.- En los juicios del orden familiar regirán las siguientes reglas generales:

I.- Las reglas sobre repartición de la carga de la prueba no tendrán aplicación;

II.- Para la investigación de la verdad, el juzgador puede ordenar cualquier prueba, aunque no la ofrezcan las partes;

III.- El principio preclusivo, en cuanto signifique un obstáculo para el logro de la verdad no tendrá aplicación, y

¹⁶ García Ramírez, Sergio.- (Coordinador).- *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Primera edición, México 2001, página 129 y siguiente.

¹⁷ García Ramírez, Sergio.- *Op. Cit.* página 516.

¹⁸ Nereo, Mar.- *Guía de Derecho Procesal Civil para el Estado de Guerrero*. Comentarios a los artículos del Código Procesal Civil para el Estado de Guerrero, doctrina y jurisprudencia, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México 1997, páginas 229, 430.

IV.- La admisión de hechos y el allanamiento no vinculan al juzgador”.

Los Tribunales Judiciales de la Federación, sobre el tema desarrollado han sustentado las tesis que relaciono: Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Tesis: XXI.1º.101 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo: XII, Septiembre de 2000, página: 763

“JUICIOS DE ORDEN FAMILIAR. NO LE SON APLICABLES LAS REGLAS SOBRE LAS CARGAS PROBATORIAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). El principio general de la carga de la prueba que establece el artículo 269 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guerrero, conforme al cual las partes deben probar sus respectivas proposiciones de hecho, así como los hechos sobre los que el adversario tenga a su favor una presunción legal, no rige tratándose de los juicios de orden familiar, que al respecto tienen una reglamentación especial en el propio código. En efecto, en términos del numeral 522, fracciones I y II del ordenamiento adjetivo referido, en todos los asuntos inherentes a la familia las reglas sobre la repartición de la carga de la prueba no tendrán aplicación, y el juzgador puede ordenar cualquier prueba, para la investigación de la verdad, aunque no la ofrezcan las partes; lo que implica que ninguna de éstas, está obligada a probar sus afirmaciones, pero esto tampoco constituye imposibilidad para que aporten los medios de convicción que estimen pertinentes a fin de que el juzgador, con conocimiento de causa, pueda resolver el conflicto planteado; tampoco la omisión de las partes de aportar pruebas al juicio es concluyente para determinar la procedencia o improcedencia de la acción”.

Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Amparo directo 178/2000. Marcela Díaz Gómez. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Patiño Pereznegrón. Secretario: Armando Cruz Espinosa

Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Tesis: XXI.1o.96 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, no-

vena época, tomo: XI, Abril de 2000, página: 930

“ALIMENTOS, REGLAS SOBRE LAS CARGAS PROBATORIAS, SON INAPLICABLES TRATÁNDOSE DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). De la interpretación recta y armónica del contenido de las fracciones I y II, del artículo 522 del Código Procesal Civil del Estado, se desprende que en los juicios del orden familiar, no son aplicables las reglas sobre la repartición de la carga de la prueba; sin embargo, dependiendo de la deficiencia de las que los contendientes aporten al juicio, el juzgador tiene amplias facultades para ordenar el desahogo de cualquier prueba, aún cuando las partes no la ofrezcan, con la finalidad de investigar los hechos sobre los que descansan las pretensiones de los acreedores y deudores alimentarios, y así llegar a la verdad buscada”.

Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Amparo directo 658/99. José Bello Morales. 26 de enero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Patiño Pereznegrón. Secretario: Salvador Vázquez Vargas.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Tesis: 917. Apéndice de 1995, séptima época, tomo: VI, Parte TCC, página 630.

“PRUEBA, CARGA DE LA. A falta de normas expresas y categóricas que regulen el caso, y con arreglo a los principios en que se inspiran los artículos 81, 82 y 84 del Código Federal de Procedimientos Civiles, la carga de la prueba no recae sobre aquel de los litigantes para el cual resulte imposible demostrar las situaciones en que apoya su pretensión, porque no tiene en su mano los documentos idóneos para justificarla, y le sería extremadamente difícil obtener esos documentos, sino que la mencionada carga grava a quien se encuentra en condiciones propicias para acreditar plenamente su acción o su excepción, porque están a su disposición de las probanzas relativas”.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 508/74. Cía de Fianzas Inter.-Américas, S.A. 17 de octubre de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo directo 555/74. Cía de Fianzas Inter.-Américas, S.A. 17 de octubre de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo directo 572/74. Cía de Fianzas Inter.-Américas, S.A. 17 de octubre de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo directo 608/74. Afianzadora Cossío, S.A. 24 de octubre de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo directo 612/74. Cía de Fianzas Inter.-Américas, S.A. 14 de noviembre de 1974. Unanimidad de votos.

En la materia laboral, la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 804 más que fijar un principio de solidaridad en la producción de la prueba, al determinar qué documentos tiene la obligación de conservar el patrón y por tanto, exhibir en el contradictorio, está delimitando un principio de “igualdad por compensación”, aportado por el ilustre procesalista Eduardo J. Couture, citado por García Morelos.¹⁹

VII.- CONCLUSIONES

La prueba judicial es la que se aporta al proceso para formar convicción en el juzgador sobre los hechos y las afirmaciones de las partes.

Las partes tienen la libertad, el deber y el interés de producir la prueba en juicio para satisfacción de su pretensión.

La carga de la prueba implica, en el sistema tradicional de este concepto, que el actor está obligado a probar los hechos de su acción y el demandado los de sus excepciones.

El principio dispositivo y la regulación en ese sentido, contribuyen a la persistencia de una visión individualista o egoísta en la producción de la prueba judicial.

¹⁹ García Morelos, Gumecindo.- Eduardo J. Couture: *Las garantías constitucionales del proceso civil*. En 20 Juristas del siglo XX, ABZ editores, S.A. de C.V., Primera edición, México 2000, página 63. “...Otras de las importantes aportaciones del ilustre procesalista sudamericano es el tratar de equilibrar las cargas procesales de las partes, tomando en consideración la naturaleza del litigio. Tal acontece en materia laboral, donde aporta el principio de la igualdad procesal por compensación”, que viene a revolucionar la postura individualista liberal del proceso, para determinar, atendiendo al caso concreto las obligaciones en los contenciosos jurisdiccionales”.

El principio de solidaridad en la producción de la prueba judicial juega un papel fundamental en la búsqueda de la justicia plena, de un proceso sin dilaciones, donde las partes actúan con lealtad y buena fe, aportando los medios de prueba quien está en mejores condiciones de verificarlo, porque sabe, le es más cómodo o menos oneroso o en razón de que hay un deber ético que se quiere cumplir.

El artículo 2º, fracción II, de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, su problemática constitucional

Jorge Aristóteles Vera Martínez

Asesor Jurídico Federal

La Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 23 de junio de 2005, misma que entró en vigor el pasado 23 de julio, contempla diversas disposiciones que tienen por objeto regular los derechos y garantías básicos de los contribuyentes en sus relaciones con los particulares, tales como el derecho a la información, difusión y asistencia al contribuyente, así como sus derechos y garantías relacionados con la facultad potestativa de la autoridad fiscal para iniciar y substanciar el procedimiento de comprobación del cumplimiento de obligaciones fiscales.

El artículo 2 de la Ley en comento enumera los derechos generales de los contribuyentes, entre los que se encuentra el derecho a obtener en beneficio de aquéllos, las devoluciones de impuestos que procedan en términos del Código Fiscal de la Federación y de las leyes fiscales aplicables.

El artículo en comento, en la fracción referida expresamente señala:

“Son derechos generales de los contribuyentes los siguientes:

I...

II. Derecho a obtener, en su beneficio, las devoluciones de impuestos que procedan en términos del Código Fiscal de la Federación y de las

leyes fiscales aplicables...”

Este precepto contiene cuatro elementos a saber:

1. *El derecho del contribuyente a obtener las devoluciones de impuestos,*
2. *La obligación de la autoridad para devolver los impuestos que solicite el contribuyente,*
3. *Que la devolución de impuestos sea procedente,*
4. *Que la devolución de los impuestos se hará en términos de lo que establezca el Código Fiscal de la Federación y de las demás leyes aplicables.*

Ahora bien, el artículo 22 del Código Fiscal de la Federación establece que las autoridades fiscales devolverán las contribuciones pagadas indebidamente y las que procedan conforme a las leyes fiscales.

No obstante lo anterior, el artículo 2, fracción II en análisis, omite encuadrar ciertas hipótesis en las que siendo procedente la devolución de impuestos, esta procedencia no deriva de lo que establece el Código Fiscal ni las leyes fiscales, sino de la Jurisprudencia.

Por lo anterior es importante establecer cuándo es procedente la devolución de un impuesto, aspecto al que más adelante me referiré.

El problema se presenta tratándose de impuestos contemplados en una ley que ha sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lo anterior se afirma debido a que el artículo 1 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente establece que la ley tiene por objeto regular los derechos y garantías básicos de los contribuyentes en sus relaciones con las autoridades fiscales, lo que necesariamente trae como consecuencia que éstas, conforme lo dispone el artículo 2, fracción II, de la citada ley, estarán obligadas a devolver los impuestos, cuando procedan conforme lo dispuesto en el Código Fiscal y las leyes fiscales aplicables; sin embargo, cuando un contribuyente solicita la devolución de impuestos que se encuentran comprendidos en una ley que haya sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la autoridad fiscal no podría ordenar la devolución debido a que el principio de relatividad de las sentencias de amparo, establece que éstas sólo

beneficiarán a quien haya impugnado el acto autoritario; aunado a lo anterior, la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación no obliga a las autoridades fiscales.

Por ello, se reitera la necesidad de establecer cuándo es procedente la devolución del impuesto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la devolución de impuestos tratándose de los contenidos en una norma que haya sido declarada inconstitucional por el propio Máximo Tribunal, es procedente a partir de que un contribuyente que no fue beneficiado por una sentencia, formula una consulta ante las autoridades fiscales a fin de que se determine si procede o no devolverle impuestos pagados y que se hayan declarado inconstitucionales.

La jurisprudencia en comento establece:

DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS. PROCEDE CUANDO LA SOLICITUD RESPECTIVA SE REALIZA CON MOTIVO DE LA RESPUESTA A UNA CONSULTA FISCAL EMITIDA EN CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA QUE DETERMINÓ QUE UNA NORMA NO ES APLICABLE POR EXISTIR JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE DECLARA SU INCONSTITUCIONALIDAD, PERO SÓLO RESPECTO DE LOS PAGOS EFECTUADOS CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE TAL CONSULTA.- Cuando el particular solicita la devolución de impuestos fundada en la respuesta emitida por la autoridad fiscal a una consulta en la que se determinó la no aplicación de la norma que prevé el impuesto relativo, por haber sido declarada inconstitucional por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respuesta que se emitió en cumplimiento de una sentencia dictada en el juicio de nulidad por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en ese sentido, la mencionada devolución sólo procederá respecto

de los pagos efectuados con posterioridad a la presentación de la consulta, en virtud de que es cuando se obtiene el beneficio de la aplicación de la jurisprudencia a favor del contribuyente y, por ende, que los enteros relativos deben considerarse como pago de lo indebido, lo que no sucede con los pagos efectuados con anterioridad, pues éstos fueron realizados en cumplimiento a una disposición de observancia obligatoria, al estar vigente y gozar de plena eficacia jurídica en el momento de realizarse el pago, en tanto no fue controvertida mediante amparo indirecto, y porque en términos del artículo 22 del Código Fiscal de la Federación no se actualiza el error de hecho o de derecho que condicione su devolución.

Segunda Sala. Tesis: 2a./J. 6/2005. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXI, febrero de 2005, página: 314.

Contradicción de tesis 52/2004-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Séptimo en Materia Administrativa, ambos del Primer Circuito. 1o. de diciembre de 2004. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Constanza Tort San Román.

Tesis de jurisprudencia 6/2005. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintiocho de enero de dos mil cinco.

De lo transcrito, la solución parecería sencilla ya que bastaría con que el contribuyente hiciera una solicitud de devolución de impuestos, previa consulta que se hiciera a las autoridades fiscales para tener derecho a la misma.

Ahora bien, el artículo 192 de la Ley de Amparo establece:

“La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribu-

nales administrativos y del trabajo, locales o federales...”

Del artículo transcrito, como se puede advertir, no se desprende que la Jurisprudencia obligue a las autoridades administrativas o fiscales.

Por lo tanto, toda vez que la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo obliga a las Salas, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito, tribunales militares, tribunales judiciales del orden común y del Distrito Federal, así como a Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales, conforme lo dispone el artículo 192 de la Ley de Amparo, la autoridad fiscal no podría válidamente devolver el impuesto que solicita un contribuyente sustentando su petición en la jurisprudencia, lo anterior aunado al hecho de que conforme lo prevé el artículo 2, fracción II, de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, éste tendrá el derecho de solicitar la devolución de impuestos y la autoridad la obligación de devolverlos, cuando así se prevea en el Código Fiscal de la Federación y en las leyes fiscales aplicables.

Luego entonces, considero que la redacción del artículo 2, fracción II, de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, resulta desafortunada ya que en la práctica, nunca se podría dar el caso de que de manera voluntaria, y más aún, de manera obligatoria por disposición de la ley, la autoridad fiscal haga la devolución de un impuesto que haya sido declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es decir, si la Jurisprudencia establece en su parte conducente que la devolución de los impuestos declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procede sólo respecto de los pagos posteriores a la presentación de la consulta, se entiende que precisamente con dicha consulta, existe la obligación de las autoridades fiscales para hacer la devolución.

Sin embargo, debido a que, como se ha dicho, la jurisprudencia no obliga a las autoridades administrativas, si un contribuyente formula una consulta a fin de que se provea sobre la procedencia o no

de la devolución de impuestos, la autoridad fiscal siempre contestará en sentido negativo siendo necesario que se acuda ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, a fin de obtener la devolución del impuesto que corresponda, caso en el cual, la autoridad devolverá el impuesto a partir de la fecha de la consulta, pero no lo hará porque se cumpla con lo que prevé la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente ni porque al contribuyente le asista el derecho a obtener tal devolución en atención a que la misma sea procedente como lo ha establecido la Jurisprudencia, sino en cumplimiento a una sentencia dictada por un tribunal administrativo, a quien sí obliga la jurisprudencia, luego entonces el precepto legal que nos ocupa, no es del todo eficaz, de hecho es desafortunado.

Independientemente de que resulta claro que la Jurisprudencia no obliga a las autoridades administrativas, existe un precedente con el que coincido y que de manera alterna a la materia del presente trabajo se señala, en el entendido de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en un sentido contrario al pronunciado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil, en la tesis que se cita a continuación:

JURISPRUDENCIA. ES OBLIGATORIA PARA LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN ACATAMIENTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE DIMANA DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.- Si bien los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo que determinan la obligatoriedad de la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o en Salas y cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito, se refieren de manera genérica a órganos jurisdiccionales sin hacer mención a las autoridades administrativas, éstas también quedan obligadas a observarla y aplicarla, lo cual se deduce del enlace armónico con que se debe entender el texto del artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Federal y el séptimo párrafo del artículo 94 de la misma Codificación Suprema; ello porque, por un lado, la jurisprudencia no es otra cosa sino la inter-

pretación reiterada y obligatoria de la ley, es decir, se trata de la norma misma definida en sus alcances a través de un procedimiento que desentraña su razón y finalidad; y por el otro, que de conformidad con el principio de legalidad que consagra la primera de las disposiciones constitucionales citadas, las autoridades están obligadas a fundar y motivar en mandamiento escrito todo acto de molestia, o sea que deberán expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso, así como las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del mismo. Por tanto, conjugando ambos enunciados, obvio es que para cumplir cabalmente con esta obligación constitucional, toda autoridad deberá no solamente aplicar la ley al caso concreto, sino hacerlo del modo que ésta ha sido interpretada con fuerza obligatoria por los órganos constitucional y legalmente facultados para ello. En conclusión, todas las autoridades, incluyendo las administrativas, para cumplir cabalmente con el principio de legalidad emanado del artículo 16 constitucional, han de regir sus actos con base en la norma, observando necesariamente el sentido que la interpretación de la misma ha sido fijado por la jurisprudencia.

Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XIV.1o.8 K. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo VIII, diciembre de 1998, página 1061.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Precedentes: Revisión fiscal 27/98. Administrador Local Jurídico de Ingresos de Mérida. 1o. de octubre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Rafael Quero Mijangos.

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 40/2001-PL resuelta por la Segunda Sala, de la que derivó la tesis 2a./J. 38/2002, que aparece publicada en el Semanario Judicial de

la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XV, mayo de 2002, página 175, con el rubro: “JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS”.

Ahora, independientemente del criterio transcrito y que no representa sino una interpretación con la que en lo particular coincido, es importante señalar que si bien es cierto, el principio de relatividad de las sentencias de amparo establece de manera sustancial que quien no haya sido expresamente amparado no puede beneficiarse con la apreciación que acerca de la inconstitucionalidad del acto reclamado haya expresado el juzgador en la sentencia que dicte,¹ no menos cierto es que en el particular, la propia Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en el criterio jurisprudencial primeramente transcrito, que tratándose de impuestos declarados inconstitucionales por el Máximo Tribunal, es procedente su devolución respecto de los pagos que se hayan hecho con posterioridad a la presentación de la consulta que formule el contribuyente.

Por ello se afirma que el artículo 2 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, en su fracción II, resulta desafortunado en su redacción al condicionar la devolución de impuestos únicamente cuando proceda conforme a las leyes fiscales y al Código Fiscal de la Federación, dejando fuera la posibilidad de devolución tratándose de impuestos declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y provocando en consecuencia que el contribuyente, aún teniendo el derecho de solicitar la devolución de impuestos que hubiere pagado con posterioridad a la formulación de su consulta ante las autoridades fiscales, tenga que iniciar una demanda ante los tribunales competentes (*con las consecuencias legales, económicas y temporales que se verán reflejadas en un*

¹ Manual del Juicio de Amparo, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Themis, 1ª Edición, 1988, página 30.

deterioro en el patrimonio al gobernado), procedimiento en el que previa secuela procesal, finalmente en cumplimiento a la Jurisprudencia multireferida, se dictará resolución favorable a sus intereses.

En consecuencia, considero que en el artículo en análisis era necesario que verdaderamente se tutelaran las garantías y derechos básicos de los contribuyentes en relación con las autoridades fiscales, estableciendo expresamente la posibilidad de devolución de los impuestos que hubieren sido declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de romper con el paradigma de la aplicación estricta del principio de la relatividad de las sentencias, para en su lugar adecuarlo a la realidad actual y así proteger verdaderamente al gobernado que se encuentre en el supuesto que se menciona, dejando a un lado el afán proteccionista del legislador hacia las autoridades fiscales y velar en realidad por esas garantías y esos derechos básicos del contribuyente.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General

Magistrado César Esquinca Muñoa

Junta Directiva

Ministro José de Jesús Duarte Cano
Doctor Ricardo Franco Guzmán
Ministro Manuel Gutiérrez de Velasco Aranda
Doctor Julio Antonio Hernández Pliego
Doctor José Ovalle Favela

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Mario Alberto Torres López
Unidad de Defensoría Pública y Evaluación en Materia Penal

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciado Pedro Pérez Popomeya
Unidad de Supervisión y Control de Defensoría Pública y Asesoría Jurídica

Licenciada Lidia Beristáin Gómez
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen
estuvieron a cargo de la Dirección General de
Comunicación Social del Consejo de la Judi-
catura Federal*

